

Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 76/2019, de 22 de mayo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo respecto del apartado primero del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales [BOE n.º 151 de 25-VI-2019]

EL TRATAMIENTO DE CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA

La [Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo](#), [ECLI:ES:TC:2019:76], aborda el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 interpuesto, el 5 de marzo de 2019, por el Defensor del Pueblo contra el apartado 1 del artículo 58 bis de la [Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General \(LOREG\)](#), incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales \(LOPDGDD\)](#).

La disposición legal recurrida, la cual no ha estado exenta de polémica desde su tardía aparición en los debates parlamentarios que condujeron a la aprobación de la esperada LOPDGDD, autoriza a los partidos políticos a recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas en el marco de sus actividades electorales, lo que en opinión del Defensor del Pueblo —y la mayor parte del conjunto de la ciudadanía— no solo vulnera diversos preceptos constitucionales, en concreto los artículos 9.3, 16, 18.4, 23 y 53.1 CE, sino que además contribuye a poner en serio riesgo el correcto funcionamiento del sistema democrático —rompiendo con ello el propio espíritu de la nueva regulación europea en materia de protección de datos personales—, en tanto en cuanto dicha disposición permite la implementación de técnicas de tratamiento masivo de la información, las cuales pueden realizar importantes injerencias en cuestiones capitales como la intimidad personal, la protección de datos personales, la libertad ideológica o la libertad de participación política.

Ante esta difícil tesitura, el Defensor del Pueblo alega que dicha disposición es inconstitucional por las siguientes razones:

- (i) Falta de determinación de la finalidad del tratamiento de datos personales, más allá de la genérica mención al «interés público». En este sentido, el Defensor del Pueblo argumenta que el legislador no limita el tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas por parte de los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales, y no establece cuáles son las garantías a las que se refiere el precepto impugnado, ni los criterios para determinarlas, ni el vehículo normativo

que deba contenerlas, ni la autoridad o poder público que deba establecerlas, y ni siquiera realiza referencia alguna a los derechos de los titulares de los datos ni al modo y condiciones en que estos pueden ejercitarlos.

- (ii) Ausencia de mecanismos de limitación del tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental, indicando, por ejemplo, las fuentes de las que pueden recogerse los datos personales y las operaciones que pueden realizarse con ellos, lo que contradice frontalmente los postulados establecidos por la línea normativa internacional y europea en materia de protección de datos.
- (iii) No establecimiento por parte del legislador de las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados. Debido a esas insuficiencias, el precepto impugnado habría incurrido en una doble y simultánea vulneración, la de los artículos 18.4 y 53.1 CE, por infringir la reserva de ley y por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales. En este punto, el Defensor del Pueblo arguye que la disposición legal recurrida no solo tiene un carácter lesivo para el derecho a la protección de datos personales, sino también para derechos tan importantes como la libertad ideológica (artículo 16 CE) y el derecho a la participación política en los asuntos públicos (artículo 23 CE), al señalar que estas libertades y derechos fundamentales difícilmente pueden darse «en un entorno tecnológico en el que las modernas técnicas de análisis de la conducta sobre la base del tratamiento masivo de datos y la inteligencia artificial permiten procedimientos complejos orientados a modificar, forzar o desviar la voluntad de los electores y sin que estos sean conscientes de ello».

En contraposición, la Abogacía del Estado, mediante escrito de alegaciones registrado el 10 de abril de 2019, solicitó la desestimación en su integridad del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo, alterando el orden de las imputaciones de inconstitucionalidad y centrando su exposición en lo que el abogado del Estado considera la piedra angular del litigio: la ausencia de inseguridad jurídica y el cumplimiento del requisito de la exigencia de las «garantías adecuadas». De esta forma, la Abogacía del Estado argumenta las siguientes cuestiones:

- (i) La mencionada enmienda se justificó en el contenido del considerando 56 del [Reglamento Europeo 2016/679/UE](#), cuyo tenor literal es el siguiente: «Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas».

Ahora bien, para determinar las «garantías adecuadas» para la aplicación del precepto impugnado, el abogado del Estado afirma que debe acudir a las previsiones del precepto impugnado y de la propia LOPDGDD, apoyando su disertación en dos documentos trascendentales elaborados por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que el abogado del Estado manifiesta que hace suyos: el [informe de la asesoría jurídica de la agencia núm. 210070/2018](#), publicado en la

página web de la AEPD; y la [Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general](#), publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 60, de 11 de marzo de 2019.

Adicionalmente, a la hora de explicar el fundamento de la previsión normativa impugnada, el abogado del Estado, frente a las afirmaciones del Defensor del Pueblo, defiende que el citado precepto «tiene por finalidad asegurar que la recopilación de este tipo de datos, en procesos electorales, es de indudable interés público y que la ley, al regularla, incrementa las garantías frente a situaciones de hecho en que se proceda a recopilar estos datos contraviniendo los derechos fundamentales implicados».

Asimismo, la Abogacía del Estado prosigue su exposición señalando que las garantías adecuadas constan «en la literalidad del precepto impugnado, en la fundamentación de la enmienda, en el Reglamento y, supletoriamente en la LOPD». Con todo ello, se pretende acabar con la desregulación previa de la recopilación por los partidos políticos de datos relativos a las opiniones políticas, y evitar situaciones como la que causó el caso denominado «Cambridge analytica» en el que se produjo una utilización indebida de datos de los ciudadanos.

(ii) En consecuencia, según la Abogacía del Estado no es correcta la afirmación de que el precepto legal impugnado no establece un mínimo suficiente de garantías adecuadas para poder llevar a cabo la recopilación de datos, lo que propicia que decaigan el resto de argumentos invocados en la demanda:

- El hecho de que las garantías, como concreta la AEPD, se encuentren desarrolladas en el reglamento y la propia LOPD priva de fundamento a la impugnación según la cual la definición de las garantías adecuadas debe hacerse por ley, de acuerdo con el artículo 18.4 CE en conexión con el artículo 53 CE.
- El precepto en ningún caso vulnera la libertad ideológica (artículo 16 CE), puesto que no se obliga a ciudadano alguno a manifestar su opinión política conforme al fundamento jurídico 12 de la STC 20/1990, y en ningún caso el tratamiento de las opiniones políticas expresadas se podrá utilizar para un fin distinto del que motivó su expresión o manifestación.
- No se acierta a comprender cómo se vulnera el artículo 23 CE, pues la recopilación de datos por parte de los partidos políticos en nada afecta a este derecho, ni se persigue forzar una determinada voluntad.

Una vez analizadas las alegaciones de las partes litigantes, y con carácter previo a la exposición de los fundamentos jurídicos que sustentarán el enjuiciamiento constitucional, el Alto Tribunal centra su atención en delimitar e identificar el núcleo de la controversia, pues, como correctamente aprecia el abogado del Estado, en la demanda

del Defensor del Pueblo late una impugnación central, de las que las demás son más bien complementarias. No obstante, esa impugnación central no es, como afirma el abogado del Estado, la relativa al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), sino la que se refiere a la vulneración del artículo 18.4 CE en conexión con el artículo 53.1 CE.

Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional continúa la delimitación de la polémica jurídica suscitada, señalando que «alrededor de la impugnación referida a la posible vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales (artículo 18.4 en conexión con el artículo 53.1 CE) se articulan en el recurso de inconstitucionalidad otros motivos, unos relativos también a la infracción de otros derechos fundamentales sustantivos, como los derechos a la libertad ideológica (artículo 16 CE) y de participación política (artículo 23 CE), y otro referido al principio general de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)».

Seguidamente, y en aras de realizar un correcto enjuiciamiento constitucional de la impugnación central, el Tribunal Constitucional revisa sucintamente el régimen jurídico del tratamiento de datos personales relativo a las opiniones políticas de la ciudadanía, destacando las siguientes cuestiones:

- El carácter complementario del RGPD y la LOPDGDD, en tanto en cuanto ambas fuentes configuran conjuntamente de forma directa o supletoria el desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (FJ 4).
- Si bien es cierto que el apartado 1 del artículo 9 RGPD prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen las opiniones políticas, del mismo modo que lo está el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física; el Tribunal Constitucional recuerda que «el tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento general de protección de datos ha reconocido a los Estados miembros “margen de maniobra” a la hora de “especificar sus normas”, tal como lo califica su considerando 10».

Estas apreciaciones permiten al Tribunal Constitucional dilucidar que el artículo 58 bis LOREG impugnado «contiene una modificación normativa introducida por el legislador orgánico para hacer posible un tratamiento de datos que, de no existir dicha habilitación, estaría prohibido tanto por el Derecho de la Unión como por nuestro ordenamiento jurídico, tal como se refleja en los artículos 9.1 RGPD y 9.2 LOPDGDD», lo que puede producir una afectación del derecho a la protección de datos personales desde una doble perspectiva: como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la libertad ideológica.

No obstante, en este punto, el Tribunal Constitucional argumenta que, como los demás derechos, el derecho fundamental a la protección de datos personales no tiene carácter absoluto, pudiendo ser restringido por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad.

Además de los requisitos anteriormente mencionados, y a la vista de los potenciales efectos intrusivos en el derecho fundamental afectado que resultan del tratamiento de datos personales, el Tribunal Constitucional argumenta que la jurisprudencia le exige al legislador el establecimiento de unas garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, que prevengan los riesgos de distinta probabilidad y gravedad y mitiguen sus efectos, pues solo así se puede procurar el respeto del contenido esencial del propio; correspondiendo en este punto al Alto Tribunal determinar si el legislador ha respetado escrupulosamente dichas exigencias.

Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional determina que la disposición legal impugnada representa una doble vulneración del artículo 18.4 y 53.1 CE en base a los siguientes argumentos:

- (i) Que la disposición legal recurrida no haya determinado por sí misma la finalidad del tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas, más allá de la genérica mención al «interés público». En este sentido, la primera tacha de inconstitucionalidad que se dirige a la disposición legal impugnada es que no especifica el interés público esencial que fundamenta la restricción del derecho fundamental, limitándose a presuponer que ha de existir, pero sin llegar a especificarlo en ningún momento («se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas»), ni tan siquiera en la enmienda de la que la disposición legal trae causa.
- (ii) Que no haya limitado el tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental. Ciertamente, la disposición legal impugnada solo recoge una condición limitativa del tratamiento de datos que autoriza: la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas solo podrá llevarse a cabo «en el marco de sus actividades electorales». En palabras del Tribunal Constitucional, este hecho representa una condición que apenas contribuye a constreñir el uso de la habilitación conferida. De una parte, el desarrollo de las actividades electorales no tiene por qué contraerse al proceso electoral, expresión que, en cambio, es la utilizada en el apartado 2 del artículo 58 bis LOREG. De otra, los procesos electorales son relativamente frecuentes en nuestro sistema político. Más allá de la citada condición («en el marco de sus actividades electorales»), la disposición legal impugnada carece de reglas sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza.

Todo ello permite concluir al Alto Tribunal que el legislador no ha precisado qué finalidad o bien constitucional justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales ni ha determinado en qué supuestos y condiciones puede

limitarse, mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias.

- (iii) Que no haya establecido ella misma las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados. En este punto, y con la finalidad de clarificar el alcance de la doctrina constitucional acerca de si las garantías adecuadas frente al uso de la informática deben contenerse o no en la propia ley que autoriza y regula ese uso, o si por el contrario dichas garantías pueden establecerse en otras fuentes normativas, el Tribunal articula la siguiente respuesta constitucional:

La previsión de las garantías adecuadas no puede deferirse a un momento posterior a la regulación legal del tratamiento de datos personales de que se trate. Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado. Solo ese entendimiento es compatible con la doble exigencia que dimana del artículo 53.1 CE para el legislador de los derechos fundamentales: la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución y el respeto del contenido esencial de dichos derechos fundamentales.

Según reiterada doctrina constitucional, la reserva de ley no se limita a exigir que una ley habilite la medida restrictiva de derechos fundamentales, sino que también es preciso, conforme tanto a exigencias denominadas —unas veces— de predeterminación normativa y —otras— de calidad de la ley como al respeto al contenido esencial del derecho, que en esa regulación el legislador, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Sin embargo, el abogado del Estado rechaza la tercera queja mencionada argumentando que las garantías adecuadas sí existen, y se deducen por una triple vía: en concreto, de la literalidad del precepto impugnado; del sentido de la enmienda de adición de la que trae causa el precepto impugnado, así como de las dos normas que regulan la protección de datos personales en España, la LOPDGDD y el RGPD, tal como las ha concretado la Circular 1/2019, de la AEPD; interpretaciones desestimadas por el Tribunal Constitucional en base a los siguientes razonamientos:

- a) La lectura del apartado impugnado o del precepto legal en su totalidad, reproducido en el fundamento jurídico primero, permite descartar la primera de las interpretaciones, pues su redacción literal ni contiene ni especifica en forma alguna las imprescindibles garantías y se limita a reconocer que deben ofrecerse «garantías adecuadas», sin más precisiones.
- b) Tampoco se puede acoger la segunda interpretación avanzada por el abogado del Estado, pues convertiría el contenido o la justificación de las enmiendas de las que traen causa las disposiciones legales en parte integrante de su programa normativo a pesar de que ese contenido o esa justificación no se hubiera incorporado a su tenor literal.

- c) Las garantías adecuadas frente a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas tampoco se encuentran establecidas en el doble marco normativo que resulta aplicable, el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018; garantías que, según el abogado del Estado, la Circular 1/2019 solo habría codificado, sin innovarlas en ningún momento.

Por todo lo señalado con anterioridad, el Tribunal Constitucional sentencia estimar el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo y, en consecuencia, declarar contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del artículo 58 bis LOREG, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos LOPDGDD.

Con todo ello, el Tribunal Constitucional pone fin a un sinsentido normativo que desde su aparición en el debate público estaba abocado al fracaso, ya que, tal y como hemos insistido desde un primer momento, la atribución de la capacidad —desorbitada— de los partidos políticos para llevar a cabo el desarrollo de actuaciones de tratamiento de datos personales referentes a las ideas políticas de la ciudadanía es contraria al espíritu inherente de la LOPDGDD y, por extensión, contraria a la razón de ser y a la propia naturaleza del elenco de nuevas normas que han propiciado el cambio de paradigma en la regulación de protección de datos de carácter personal.

José Luis DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ
Personal Investigador en Formación (FPU)
Área de Derecho Administrativo
jldoal@usal.es