

# **Sobre la limitación del derecho a la protección de datos en el ámbito electoral y el nivel de predeterminación legal constitucionalmente exigido\***

**Gustavo Manuel Díaz González**

(Profesor ayudante doctor de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo)

## **SPANISH TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Grand Chamber): Judgment 76/2019, of 22 May**

*Recital 56 of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data states that, “where in the course of electoral activities, the operation of the democratic system in a Member State requires that political parties compile personal data on people’s political opinions, the processing of such data may be permitted for reasons of public interest, provided that appropriate safeguards are established”. According to the Spanish Tribunal Constitucional, the processing of such data on the domestic legal order requires that (1) the processing is legally provided to reach a constitutional objective or to safeguard a constitutionally relevant good; that (2) the legal provision delivers the highest possible degree of predictability and certainty; and that (3) appropriate technical, organisational and procedural safeguards are established.*

*Section 58 bis of the Organic Law 5/1985 of 19 June on the general electoral system appears to infringe Section 18 (4) (right to data protection) and 53 (1) (regulation by law of the exercise of fundamental rights and liberties) of the Spanish Constitution since (1) it has not identified the reasons of public interest for the processing of personal data on people’s political opinions; (2) has not delivered a satisfactory degree of predictability and certainty regarding the limitation of the right to data protection; and (3) has not established appropriate safeguards.*

---

**ABSTRACT** On its Judgment 76/2019, of 22 May, the Spanish Tribunal Constitucional has declared the invalidity of Section 58 bis of the Organic Law 5/1985, of 19 June, on the general electoral system, as incorporated by the Organic Law 5/2018, of 5 December, on personal data protection and safeguard of digital rights. In accordance to Recital 56 of the Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, the Section mentioned above stated the possibility for the political parties to compile personal data on people’s political opinion in the course of the electoral process. The unconstitutionality of such a provision has been declared because (1) the reasons of public interest for the processing of personal data on people’s political opinion had not been identified, (2) the legal provision lacked certainty and predictability as required by the Spanish Constitution, and (3) appropriate safeguards had not been established. This brief comment on the Judgment argues that the Spanish Tribunal Constitucional has come to the right decision and tries to identify the public interest that would enable the Spanish legislator to regulate such a processing of personal data.

---

### **1. Introducción**

Un muy reciente estudio ha subrayado certeramente que el sistema electoral español es un auténtico algoritmo, caracterizado, eso sí, por un elevado –y pernicioso– grado de manipulación. En este sentido, el mismo habría sido diseñado con el objetivo no solo de proceder a la asignación de escaños a las diversas fuerzas políticas con base en la voluntad popular manifestada en las elecciones, sino también con el de “corregir” los resultados –léase, de acuerdo con la filosofía inspiradora de la normativa, la inestabilidad– a que conduciría la garantía de una representación plenamente proporcional en el Congreso de los Diputados<sup>1</sup>.

A esta última característica, más que reprochable en términos democráticos, cabe asociar el espectacular desarrollo experimentado por el empleo de las técnicas de la inteligencia artificial en las campañas electorales de varios países con el objeto de influir en el voto de importantes sectores de la población. En este sentido, a los escándalos relacionados con la utilización fraudulenta de datos personales recopilados por la empresa *Cambridge Analytica* en diversos procesos electorales y referendarios (elección presidencial estadounidense; *referendum* sobre la salida de Reino Unido de la

---

<sup>1</sup> Cfr. M. Presno Linera, *Algoritmos y Derecho electoral*, en *La regulación de los algoritmos*, A. Huergo Lora (dir.) y G. M. Díaz González (coord.), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, 163-180, *passim*.

\* Article submitted to double-blind peer review.

Unión Europea) ha sucedido, casi inmediatamente, el caso brasileño: de acuerdo con las informaciones publicadas en numerosos medios, la victoria, en octubre de 2018, del presidente Jair Bolsonaro habría tenido lugar tras el envío, a través de la aplicación *WhatsApp*, de cientos de millones de mensajes falsos contra su principal rival (Fernando Haddad, del Partido de los Trabajadores) entre la primera y la segunda vueltas. La posibilidad de que el fenómeno se reproduzca en otros procesos electorales se ha erigido en refuerzo de las visiones más críticas en relación con el imparable avance del *Big Data* y ha dado ya lugar a la adopción de importantes iniciativas normativas en diferentes sistemas jurídicos, como el de la Unión Europea<sup>2</sup>.

En el contexto inmediato al del discutido triunfo electoral de Bolsonaro tendría lugar la introducción, por la Disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, relativo a la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales<sup>3</sup>. El legislador orgánico español aprovecharía, así, la adopción de las disposiciones de adaptación del ordenamiento jurídico nacional al Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, para hacer frente al extraordinario reto jurídico planteado por el empleo de las nuevas tecnologías en los procesos electorales.

El tenor original del nuevo precepto era el siguiente:

“Artículo cincuenta y ocho bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

<sup>2</sup> Reglamento (UE, Euratom) 2019/493, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) 1141/2014 en lo que respecta a un procedimiento de verificación relativo a las infracciones de las normas de protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo.

<sup>3</sup> Para una detallada reconstrucción del procedimiento seguido para la aprobación del precepto, inicialmente no incluido en el Anteproyecto remitido a las Cortes, véase B. Adsuares Varela, *La protección de datos en los procesos electorales. ¿Qué ocurrió en el caso Cambridge Analytica? La crónica del ‘Cambridge Analytica’ español*, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, vol. 88-89, 2020, 153 ss.

2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral.

3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.

5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición”.

Las dudas interpretativas, no menores, a que daba lugar la disposición motivarían la adopción de la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, texto susceptible de una muy positiva valoración por diversos motivos. En este sentido, la Circular no solo ofrece una explicación sucinta de la razón de ser de la intervención del legislador nacional en la materia, apoyada en un repaso de la normativa aprobada en otros Estados, sino que justifica, además, su propio dictado por la Agencia: a este respecto, la sujeción del tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas de los afectados por partidos, coaliciones y agrupaciones electorales al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, obligaría a una interpretación restrictiva de las facultades reconocidas por el artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, en la medida en que (1) la configuración legal de dicho tipo de tratamiento encontraría su base jurídica en el artículo 9.2.g) del Reglamento General de Protección de Datos, precepto que habilita para la articulación de tratamientos de datos personales de carácter sensible por razón de un interés público esencial; (2) la implementación del nuevo precepto poseería una relevancia constitucional cualificada, al afectar potencialmente a diversos derechos fundamentales; y (3) el legislador nacional no habría definido las medidas adecuadas y específicas de protección de los derechos de los afectados que exige, en casos como el controvertido, la normativa europea. Esta última tarea sería, por lo tanto, acometida por la Agencia Española de Protección de Datos al amparo de lo establecido en los artículos 57 y 58 del Reglamento, lo que se traduciría en la fijación de diversos aspectos relacionados con el tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos en el marco de los procesos electorales, tales como, entre otros, la identificación de las categorías de datos

susceptibles de tratamiento (artículo 5); la precisión de las actividades de tratamiento de posible realización, con imposición de la toma en consideración del principio de proporcionalidad para la consecución de su fin justificativo, esto es, la garantía de un adecuado funcionamiento del sistema democrático (artículo 6); la definición de las garantías aplicables (artículo 7) o el momento para su adopción (artículo 9).

Lo loable del esfuerzo acometido por la Agencia Española de Protección de Datos para corregir los defectos de la disposición controvertida es, a nuestro juicio, evidente, pero, como habrá de comprobarse de inmediato, no serviría para impedir un pronunciamiento de eficacia anulatoria del Tribunal Constitucional: la Circular se habría revelado, en definitiva, como un ejercicio de “malabarismo jurídico”<sup>4</sup> infructuoso. En las páginas que siguen se dará cuenta de las principales líneas de razonamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/2019, de 22 de mayo, merecedoras, en nuestra opinión, de una valoración positiva desde una perspectiva general (II). El trabajo se cerrará con la formulación de unas breves conclusiones acerca del margen de maniobra de que disponen los legisladores de los Estados Miembros para la articulación de tratamientos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos en el marco de los procesos electorales, de conformidad con lo previsto en el Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos (III).

### **2. La impugnación de la norma por el Defensor del Pueblo y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional**

Apenas dos días antes de la adopción de la Circular 1/2019 de la Agencia Española de Protección de Datos, el Defensor del Pueblo interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado primero del nuevo artículo 58 bis de la LOREG, denunciando la vulneración de los artículos 9.3 (principio de seguridad jurídica), 16 (derecho a la libertad ideológica), 18.4 (derecho a la protección de datos), 23 (derecho a la participación política) y 53.1 (reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales) de la Constitución Española. En extrema síntesis, el recurso se fundaba en tres argumentos esenciales: en primer lugar, la regulación del tratamiento de los datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos no habría identificado la finalidad del mismo, más allá de la muy genérica referencia al interés público; en segundo lugar, el tratamiento no se encontraría suficientemente limitado, al no

<sup>4</sup> Tal es la calificación que a la misma otorga B. Adsuar Varela, *La protección de datos en los procesos electorales*, 159.

haberse perfilado los criterios aplicables a la restricción de los derechos fundamentales afectados; por último, el legislador se habría abstenido de fijar las garantías adecuadas de protección de los mismos. En contra de la postura sostenida por el Defensor del Pueblo, alegraría el Abogado del Estado que, en la línea de lo establecido en la Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, recién referida, la finalidad del tratamiento sería la contribución a la mejora del funcionamiento del sistema democrático y que las garantías aplicables al mismo resultarían tanto del Reglamento General de Protección de Datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, como del propio precepto impugnado.

El Tribunal Constitucional resolvería el recurso de inconstitucionalidad con una rapidez ciertamente inusitada<sup>5</sup> –apenas dos meses y medio después de su interposición–, haciendo suyas, en esencia, las alegaciones del Defensor del Pueblo en lo relativo a la vulneración de los artículos 18.4 y 53.1 de la Constitución Española.

Comenzaría el Tribunal razonando en relación con la procedencia de la toma en consideración de diversos instrumentos normativos de Derecho supranacional para la decantación de criterios interpretativos del derecho fundamental a la protección de datos, al amparo de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución Española. A este respecto, y no obstante la especial posición que habría de atribuirse al Reglamento General de Protección de Datos, en tanto norma dotada de aplicabilidad directa en el ordenamiento jurídico interno, insistiría el Tribunal en la improcedencia de su utilización como canon de constitucionalidad de la disposición legal enjuiciada, sobre la base de su conocida doctrina, de acuerdo con la cual la compatibilidad entre la Ley nacional y el

<sup>5</sup> Aplaudida, de hecho, por la doctrina, que ha podido ver en la misma la mejor forma de proporcionar seguridad jurídica en los supuestos de activación de los mecanismos procesales de control de constitucionalidad de las leyes; cfr. F. Pascua Mateo, *Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político*, en *Revista de las Cortes Generales*, vol. 106, 2019, 553. En un sentido similar, F. J. Enériz Olaechea, *Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la recopilación por los partidos políticos de datos personales con opiniones políticas, obtenidos de las páginas web y de otras fuentes de acceso público*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 9, 2019, 183; el autor identifica como una de las circunstancias determinantes de la celeridad del Tribunal Constitucional la “menor complejidad técnico-jurídica” del recurso, valoración con la que disintimos respetuosamente, por cuanto, como habrá de exponerse seguidamente, no obstante nuestro sustancial acuerdo con la postura del Tribunal, en nuestra opinión, el mismo debería haber precisado los contornos jurídico-constitucionales que habrían de tomarse en consideración en una futura regulación de la categoría de tratamientos controvertida.

Derecho de la Unión Europea es una cuestión de mera legalidad ordinaria<sup>6</sup>. En otro lugar hemos tenido ocasión de criticar lo desfasado de dicha interpretación, en especial si se consideran los desarrollos que la cuestión ha conocido en la jurisprudencia constitucional de otros países (Francia e Italia)<sup>7</sup>; en este momento, bastará con señalar que, no obstante el alcance restrictivo expresamente reconocido por el Tribunal al artículo 93 de la Constitución como fundamento de la integración del parámetro de validez de las leyes en clave supranacional, no ha dejado de señalarse, a nuestro juicio con razón, que, en puridad, en la Sentencia 76/2019 los cánones hermenéuticos que resultan del artículo 18.4 de la Constitución Española y del Reglamento General de Protección de Datos terminan por confundirse<sup>8</sup>.

A continuación, el Tribunal efectuaría un repaso del régimen jurídico aplicable al tratamiento de los datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos. En tanto categoría especial de datos personales, los mismos se encontrarían sujetos a un nivel de protección más exigente que el ordinario: la regla general sería la prohibición del tratamiento, si bien la misma podría ser matizada por el legislador nacional, que dispondría para ello de un cierto margen de maniobra, ejercitable, en todo caso, con observancia del elenco de circunstancias justificativas de la introducción de las correspondientes excepciones previsto en el artículo 9.2 del Reglamento General de Protección de Datos. El referido margen de maniobra habría hallado concreción en el caso español, con referencia al conjunto de datos “sensibles”, en el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de acuerdo con el cual el mero consentimiento del interesado es insuficiente como presupuesto habilitante de su tratamiento, debiendo el mismo ampararse en alguno de los restantes motivos enumerados en el artículo 9.2 del Reglamento General de Protección de Datos y hallarse previsto en una norma de rango legal. Asimismo, del Considerando 56 del Reglamento resultaría la exigencia de articulación de un conjunto de

garantías adecuadas para el tratamiento de los datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos<sup>9</sup>.

Inmediatamente después precisaría el Tribunal Constitucional el parámetro de validez aplicable a la disposición impugnada, con profusa cita de su importante Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, por la que había resuelto el recurso de inconstitucionalidad promovido –también por el Defensor del Pueblo– contra la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuya íntegra derogación, como es sabido, ha acordado la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Las principales conclusiones alcanzadas a partir del repaso de dicha resolución, así como de la jurisprudencia comunitaria, serían, de una parte, la precisión de los requisitos para una limitación constitucionalmente admisible del derecho fundamental a la protección de datos<sup>10</sup> –persecución de un fin de interés general y previsión legal de los requisitos y del alcance de la restricción, en su doble vertiente de proscripción de las habilitaciones reglamentarias en blanco y de exigencia de cumplimiento de los principios de certidumbre y previsibilidad con respecto a las injerencias en el derecho fundamental–, y, de otra, de las implicaciones de la exigencia relativa al establecimiento de garantías adecuadas de tipo técnico, organizativo y procedimental, cuya especial relevancia en los supuestos de tratamiento de datos de carácter sensible habría sido subrayada tanto por el Derecho de la Unión Europea como por la Agencia Española de Protección de Datos en su Circular 1/2019, ya referida<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> FJ 4°.

<sup>10</sup> FJ 5°.

<sup>11</sup> FJ 6°. A este respecto, el Tribunal Constitucional español desarrollaría algunas argumentaciones de detalle poseedoras de una extraordinaria significación. Así, entre otros aspectos, subrayaría el Tribunal que la ausencia de previsión de garantías adecuadas constituiría, por sí misma, una injerencia ilícita en el derecho fundamental, equiparable a cualesquiera otras inmisiones directas en el contenido esencial del mismo. De otra parte, con cita de la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, apartado 54), precisaría que la exigencia de previsión de garantías adecuadas se orientaría a proporcionar a los sujetos interesados mecanismos de protección eficaz de sus datos personales frente a los posibles abusos, así como frente al acceso o utilización ilícitos. Por su íntima conexión con la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la previsión de garantías adecuadas sería especialmente relevante en los casos en que el tratamiento controvertido afectara a categorías especiales de datos personales. En definitiva, el canon aplicable a dichas garantías vendría determinado por tres factores esenciales: “el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate”. En

<sup>6</sup> FJ 3°.

<sup>7</sup> Cfr. G.M. Díaz González, *La inconstitucionalidad de la Ley interna por vulneración del Derecho de la Unión Europea*, en *Revista de Administración Pública*, vol. 202, 2017, 91-130.

<sup>8</sup> En este sentido, véanse F. Pascua Mateo, *Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político*, 554; y F. J. Enériz Olaechea, *Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la recopilación por los partidos políticos de datos personales con opiniones políticas, obtenidos de las páginas web y de otras fuentes de acceso público*, 184-186. Este último autor argumentaría, en todo caso, que el Tribunal Constitucional “se ha [bría] dejado arrastrar a un marco normativo que no le es propio” (*ibidem*, 189-190).

Delimitado el canon de enjuiciamiento aplicable, el Tribunal acometería el examen de las tachas de inconstitucionalidad formuladas por el Defensor del Pueblo en relación con el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio. Así, en primer lugar, declararía que el precepto legal impugnado no habría precisado el interés público en que habría de encontrar fundamento la restricción del derecho fundamental a la protección de datos, cuya identificación tampoco sería posible a partir de la enmienda de la que habría resultado su introducción (núm. 331) ni de su interpretación conjunta con el Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos, disposición esta última de eficacia meramente habilitante de la configuración legal de un tratamiento como el controvertido. A este respecto, resultarían manifiestamente insuficientes las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado, que se referiría a los beneficiosos efectos que para el funcionamiento del sistema democrático traería consigo el que los partidos pudieran servirse de los datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos para un mejor diseño de sus estrategias electorales: la restricción del derecho fundamental a la protección de los datos personales no encontraría un fundamento constitucionalmente válido en finalidades definidas a partir del empleo de conceptos genéricos o de fórmulas vagas, por lo que no sería suficiente la mera invocación del interés público o de la pretendida contribución a la mejora del funcionamiento del sistema democrático –extremo, este último, en relación con el que el Tribunal Constitucional se mostraría especialmente crítico, por cuanto del juego combinado de los dos últimos criterios resultaría el traslado a los partidos políticos de una función constitucionalmente atribuida con carácter exclusivo al legislador, en concreto, la relativa a la precisión de los límites y a la regulación del derecho fundamental a la protección de datos–. El discurso del Tribunal a este respecto concluiría con una precisión que, no por obvia, puede dejar de referirse: las exigencias constitucionales aplicables a la articulación legal del tratamiento controvertido no deberían necesariamente conectarse con la sospecha de que el mismo hubiera de servir a la consecución de un fin ilícito, pues resultaría

---

todo caso, en fin, el nivel de protección exigible a las garantías que habrían de articularse no podría ser fijado con carácter definitivo por medio de la regulación inicial del tratamiento, puesto que, de una parte, el mismo habría de ser revisado y actualizado cuando fuera necesario y, de otra, el principio de proporcionalidad determinaría su forzosa reconfiguración en los supuestos en que los avances tecnológicos permitieran la consecución de la finalidad a que sirve el tratamiento mediante procedimientos menos incisivos sobre los derechos fundamentales de los interesados.

suficiente para entender vulnerados los artículos 18.4 y 53.1 de la Constitución que la regulación no identificara de forma suficientemente precisa la finalidad de aquel<sup>12</sup>.

La disposición no proporcionaría tampoco criterios limitativos del tratamiento, que permitieran a los afectados conocer con un mínimo nivel de certidumbre los supuestos y condiciones en que habrían de ver limitado su derecho y las consecuencias que de ello resultarían. En este sentido, el Tribunal se limitaría a constatar que la previsión recogida en el apartado primero del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, en relación con la posibilidad de realización del tratamiento de datos personales tan solo “en el marco de las actividades electorales” de los respectivos partidos políticos resultaría insuficiente desde la perspectiva de la forzosa concreción de los presupuestos y condiciones del mismo<sup>13</sup>.

El legislador orgánico habría fallado, en fin, a la hora de prever garantías adecuadas para el tratamiento. En este punto, el desacuerdo entre el Defensor del Pueblo, que sostenía que la ley habilitante del tratamiento debería incorporarlas, y el Abogado del Estado, que rechazaba dicha comprensión del problema y defendía que el sistema de garantías aplicables resultaba de la interpretación conjunta del precepto impugnado, de la enmienda de adición por la que el mismo se había introducido y del Reglamento General de Protección de Datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, como normas reguladoras, con carácter general, del derecho a la protección de datos personales, obligaría al Tribunal a precisar su propia doctrina en relación con la fuente normativa en que las garantías de protección adecuadas deben preverse.

A este respecto, razonaría el Tribunal que la referida concreción no podría llevarse a cabo en un momento posterior al de la adopción de la disciplina inicial del tratamiento, debiendo incorporarse las garantías al texto legal regulador del mismo o, alternativamente, precisarse mediante una remisión a otras fuentes normativas de rango suficiente. Sobre dicha base, concluiría el Tribunal Constitucional rechazando que se pudieran acoger las alegaciones de la Abogacía del Estado. En este sentido señalaría, en primer lugar, que el precepto impugnado se habría limitado a establecer que la licitud del tratamiento dependería, justamente, de que se ofrecieran “garantías adecuadas”, sin ulteriores precisiones. De otra parte, la enmienda de adición, de dudosa utilidad, desde una perspectiva general, para el fin aquí considerado, habría tan solo reproducido el contenido del Considerando 56 del Reglamento General de

---

<sup>12</sup> FJ 7º. a).

<sup>13</sup> FJ 7º. b).

Protección de Datos, disposición, tal y como se ha destacado *supra*, meramente habilitante para la articulación legal del tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas de la ciudadanía en el marco electoral. Por último, la pretendida integración del marco regulador del sistema de garantías aplicable al tratamiento previsto en el artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, mediante la interpretación conjunta del precepto con las normas de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y del Reglamento General de Protección de Datos, a partir de su concreción por la Circular 1/2019 de la Agencia Española de Protección de Datos, tampoco podría admitirse: la reserva de ley no podría entenderse satisfecha ni mediante una remisión *in toto* a los dos primeros cuerpos normativos, pues ello resultaría contrario a las exigencias de certeza y previsibilidad de la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales –y además porque, como se señala en un pasaje posterior de la resolución, el Reglamento General de Protección de Datos establece un marco general para el tratamiento de datos personales que no son especiales, pero no precisa el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales sensibles–, ni por medio de un reenvío a la Circular de la Agencia Española de Protección de Datos, dada su manifiesta insuficiencia para colmar el requisito de rango normativo que resulta del artículo 53.1 de la CE. A mayor abundamiento, concluiría el Tribunal que la falta de predeterminación legal detectada no podría subsanarse a través del recurso a la técnica de la interpretación conforme, pues no existiría en este caso opción alguna en la lectura del precepto impugnado que permitiera concluir su carácter respetuoso del marco jurídico constitucional<sup>14</sup>.

Por último, precisaría el Tribunal que la estimación de las alegaciones relativas a la vulneración de los artículos 18.4 y 53.1 de la Constitución Española determinaría la improcedencia de analizar los restantes motivos en que se basaba el recurso promovido por el Defensor del Pueblo<sup>15</sup>.

Resulta ciertamente difícil contradecir, en líneas generales, la argumentación en que se basa la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo: las conclusiones que se extraen de la interpretación conjunta de los artículos 18.4 y 53.1 de la Constitución Española son, en nuestra opinión, incontestables, y no puede decirse en modo alguno que el Tribunal no haya explorado vías alternativas al pronunciamiento anulatorio, como la consistente en la interpretación constitucionalmente

conforme del precepto impugnado, habida cuenta de los muy escasos criterios que, desde la perspectiva del deber de predeterminación legal, el mismo proporcionaba<sup>16</sup>. Dejando a un lado la pertinaz insistencia del Tribunal Constitucional español en la caracterización del conflicto entre la Ley nacional y el ordenamiento jurídico comunitario como cuestión de mera legalidad ordinaria, no puede sino convenirse con quienes han visto en el razonamiento en que se basa la Sentencia 76/2019 una construcción dogmática sólida, auténtico ejemplo del correcto funcionamiento del sistema<sup>17</sup>.

Con todo, la Sentencia deja abierta una incógnita en modo alguno menor, como es la precisión de los estándares que habrá de cumplir una hipotética regulación futura del tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos en el marco de los procesos electorales. El Tribunal Constitucional, ello es evidente, debe limitarse en sus pronunciamientos al análisis de los extremos que se someten a su enjuiciamiento; sin embargo, no es menos cierto que su condición de máximo intérprete de las garantías constitucionales lo obliga a tomar en consideración la eficacia cualificada de su doctrina en el ejercicio de su función depuradora del ordenamiento jurídico. En este sentido, el Tribunal, como se ha destacado *supra*, no se limita a rechazar que una mera invocación genérica del interés público en la articulación normativa del tratamiento controvertido cumpla la exigencia de identificación legal de la finalidad del mismo, pues añade, de manera un tanto confusa, que las alegaciones formuladas a este respecto por el Abogado del Estado, relativas a que aquel coadyuvaría a una mejora del funcionamiento del sistema democrático, podrían “suponer un razonamiento circular”, dada la vinculación constitucional de los partidos políticos con el mismo<sup>18</sup>, y deja –con probabilidad conscientemente– imprejuzgada la cuestión relativa a si una justificación más depurada en la línea de lo apuntado por la representación procesal del Estado podría llegar a considerarse constitucionalmente admisible. Habida cuenta, en suma, de la extraordinaria relevancia del problema y de su más que probable replanteamiento en un futuro próximo, habría

<sup>14</sup> FJ 8º.

<sup>15</sup> FJ 9º.

<sup>16</sup> Debe destacarse, en todo caso, que la viabilidad de una interpretación conforme con la Constitución ante una (entonces) eventual impugnación de la norma había sido defendida por algunos autores; véase, en este sentido, R. Martínez, *El tratamiento de datos personales en la ley de régimen electoral general. Partidos, algoritmos y campañas electorales*, en *Telos: Cuadernos de Comunicación e Innovación*, vol. 110, 2019, 134-135.

<sup>17</sup> Cfr. F. Pascua Mateo, *Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político*, 557.

<sup>18</sup> FJ 7º a).

resultado oportuno que el Tribunal Constitucional lo hubiera abordado con un mayor detenimiento.

### 3. Reflexiones conclusivas

No es propósito de este breve comentario dar una respuesta definitiva a la cuestión con que se cerraba el apartado anterior. Lo que en este momento interesa especialmente destacar es que, no obstante la carencia de eficacia vinculante en términos jurídicos del Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos, el mismo se ha referido específicamente al problema, lo que abona la comprensión de que el tratamiento de los datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos por parte de los partidos en el contexto electoral *puede*, efectivamente, llegar a constituir un elemento facilitador del correcto funcionamiento de los sistemas democráticos de los respectivos Estados Miembros. En este sentido, con referencia a España, no parece ocioso destacar nuevamente la extraordinaria relevancia que el Tribunal Constitucional atribuye a la fuente comunitaria en la interpretación del artículo 18.4 de la CE. Por consiguiente, deben rechazarse, a nuestro juicio, por excesivamente tajantes, las manifestaciones radicalmente contrarias a dicha conclusión, que ven en cualquier tipo de tratamiento de estas características, con independencia de su hipotética configuración legal, una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales ayuna de justificación en lugar de un mecanismo de refuerzo del sistema democrático<sup>19</sup>.

La cuestión es enormemente compleja y precisa de una aproximación prudente y reflexiva<sup>20</sup>. Ciertamente, la problemática experiencia que nos es conocida no invita al optimismo. En este sentido, incluso antes de que tuviera lugar la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos y de que se produjeran los escándalos referidos en el apartado introductorio del presente trabajo, la doctrina constitucionalista española alertaba sobre la negativa incidencia que ya entonces tendría la praxis propagandística desarrollada por

los partidos políticos mediante el recurso a las nuevas tecnologías en el contexto electoral no solo sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales, sino también sobre el propio principio democrático, particularmente desde la perspectiva del principio de igualdad de armas entre los participantes en el proceso<sup>21</sup>. La gravedad de los hechos en el caso *Cambridge Analytica*, sumada, en el caso español, a la escasa fortuna del legislador orgánico en la regulación de la cuestión y al subsiguiente pronunciamiento anulatorio del Tribunal Constitucional, no abonaría precisamente el terreno para la adopción de una perspectiva de análisis posibilista<sup>22</sup>.

Sin embargo, a nuestro juicio, debe en este punto tenerse presente que, resultando incontrovertible que el creciente uso de algoritmos en numerosos ámbitos de actividad, tanto pública como privada, provoca importantes riesgos para la garantía de los derechos fundamentales –singularmente, pero no solo, el derecho a la protección de los datos personales –, aquella generalización trae consigo, al mismo tiempo, ventajas en absoluto desdeñables, que impiden la renuncia al empleo de las técnicas de la inteligencia artificial en cualquier sociedad avanzada. De hecho, esta dualidad ha sido destacada, con específica referencia al tratamiento de datos personales en el marco electoral, en el ámbito institucional europeo: en este sentido, dos años después de la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos, la Comisión subrayaría que las técnicas de la inteligencia artificial favorecen, de una parte, una mayor interacción entre partidos y ciudadanía en el debate político, si bien, al mismo tiempo, facilitan el desarrollo de actuaciones fraudulentas, con una potencial afectación muy negativa sobre el principio democrático y sobre la confianza del conjunto de la sociedad en los procesos electorales<sup>23</sup>.

Abierta por el legislador europeo la puerta al tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos en el ámbito electoral, debe, en definitiva, ensayarse una interpretación acorde con los principios constitucionales en juego para delimitar los contornos que habrán de ser tenidos en cuenta en el momento de su regulación. Si bien es cierto

<sup>19</sup> En el sentido aquí criticado, B. Adsuares Varela, *La protección de datos en los procesos electorales*, 154 y 163; F. J. Enériz Olaechea, *Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucional la recopilación por los partidos políticos de datos personales con opiniones políticas, obtenidos de las páginas web y de otras fuentes de acceso público*, 189-191; y J. A. Castillo Parrilla, *La elaboración de perfiles políticos en España tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo de 2019 por la que se declara inconstitucional el art. 58 bis.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, en *Anuario do NOVA Consumer Lab*, vol. 1, 2019, 80.

<sup>20</sup> Lo subraya F. Pascua Mateo, *Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político*, 558.

<sup>21</sup> En este sentido, vid. R. García Mahamut, *Partidos políticos y derecho a la protección de datos en campaña electoral: tensiones y conflictos en el ordenamiento español*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 35, 2015, 309-338, *passim* (sobre los riesgos para el principio de igualdad de armas: 320 ss.).

<sup>22</sup> Cfr. nuevamente las referencias al trabajo de B. Adsuares Varela en la nota al pie 19.

<sup>23</sup> Commission guidance on the application of Union data protection law in the electoral context [COM(2018) 638, documento de 12 de septiembre de 2018], 1.

que el abundante empleo de conceptos jurídicos indeterminados en el Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos dificulta dicha operación<sup>24</sup>, este no es, sin embargo, un obstáculo insalvable. De esta forma, ha podido considerarse, a nuestro juicio con acierto, que la previsión buscaría proporcionar a los partidos políticos posibilidades de reacción frente a estrategias fraudulentas como la difusión de *fake news* o la viralización de debates ficticios en la red, mediante la creación de perfiles falsos y la emisión masiva de *likes* por parte de los mismos, que harían que la auténtica “voluntad popular” deviniera prácticamente irreconocible. Constatado, por lo tanto, el riesgo de falseamiento o manipulación de la misma, el tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos permitiría a los partidos identificar el verdadero sentir general en relación con temas objeto de debate social, a fin de acompasar su acción electoral al mismo<sup>25</sup>. No es baladí, en este sentido, el que el artículo 6 de la Constitución Española atribuya a los partidos políticos la expresión del pluralismo político –valor superior del ordenamiento jurídico español; cfr. el artículo 1.1 de la Constitución–, la función de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y la condición de instrumento fundamental para la participación política. La base jurídico-constitucional del tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos por los partidos en el ámbito electoral y la contribución del mismo al correcto funcionamiento del sistema democrático, presupuesto incorporado por el tantas veces citado Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos, son, pues, en nuestra opinión evidentes.

Sentado lo anterior, la validez de un tratamiento de estas características exige, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, una articulación legal satisfactoria desde la perspectiva de la previsibilidad y certidumbre en relación con las limitaciones al derecho fundamental a la protección de datos personales. Se impone, en definitiva, la fijación por ley parlamentaria, con estricta observancia del principio de proporcionalidad, de las condiciones que el tratamiento habrá de cumplir –presupuesto habilitante, finalidad, objeto, límite temporal, datos susceptibles de tratamiento, garantías aplicables, etc.–.

A tal fin, el legislador español cuenta ya con importantes aportaciones provenientes de los ámbitos institucionales europeo e interno, tales como, respectivamente, la *Commission guidance on the application of Union data protection law in the electoral context* o la muy completa y varias veces referida en este trabajo Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos. En ambos textos se ha puesto el acento sobre diversos extremos esenciales, entre los que destaca la prohibición del perfilado ideológico y de técnicas como el *micro-targeting*. A este respecto, la Comisión ha subrayado la intensidad de su potencial afectación, tanto cualitativa como temporal, sobre la esfera personal del ciudadano, particularmente en determinadas circunstancias<sup>26</sup>. En consonancia con este planteamiento, en el artículo 6 de la Circular 1/2019, relativo a las actividades de tratamiento, la Agencia Española de Protección de Datos ha afirmado el carácter contrario al principio de proporcionalidad de la técnica del *micro-targeting* en el contexto electoral y ha admitido exclusivamente la implementación de un perfilado *soft*, que permita a los partidos la deducción, a partir del tratamiento de los datos personales de los ciudadanos relativos a sus opiniones políticas, de patrones de conducta no de sujetos específicos, sino tan solo de sectores o grupos amplios de población. Cautelas como esta, así como el establecimiento de garantías adecuadas de protección adicional –entre las que destaca especialmente la evaluación de impacto relativa a la protección de datos<sup>27</sup>–, deberán necesariamente orientar una futura intervención del legislador en la materia.

No parece, en conclusión, que deba descartarse de raíz que el tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos por los partidos pueda orientarse a la consecución de fines constitucionalmente lícitos. El mismo no podrá consistir, ello es evidente, en la elaboración de perfiles ideológicos individuales para la posterior remisión en línea de propaganda electoral a los sujetos afectados; menos aún podrá perseguir la manipulación de la voluntad popular, a través, por ejemplo, del envío de mensajes falsos por medio de aplicaciones móviles o de las redes sociales. Sí podrá servir, en cambio, a los partidos políticos para conocer con mayor exactitud que la que proporcionan otras técnicas –como las encuestas o los trámites de participación en los procesos

<sup>24</sup> Lo destaca R.M<sup>a</sup>. García Sanz, *Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: todo en interés público*, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. 183, 2019, 132.

<sup>25</sup> Cfr. nuevamente R.M<sup>a</sup>. García Sanz, *Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: todo en interés público*, 136 ss.

<sup>26</sup> *Commission guidance on the application of Union data protection law in the electoral context* [COM(2018) 638, documento de 12 de septiembre de 2018], 8.

<sup>27</sup> Cuestión considerada por R. Martínez, *El tratamiento de datos personales en la ley de régimen electoral general*, 134, como exigencia esencial de entre las resultantes del documento de la Comisión europea de septiembre de 2018.



normativos— la percepción social mayoritaria en relación con temas polémicos, lo que debe reputarse constitucionalmente admisible, cuando menos, en los casos en que tal indagación se vea dificultada por maniobras fraudulentas llevadas a cabo en la red. Ello constituiría, claro está, un instrumento estratégico valiosísimo para el posicionamiento por parte de las formaciones políticas ante las disyuntivas a que las mismas se enfrentan todos los días, pero también —e incluso en primer término— podría facilitar una más adecuada defensa de los intereses del conjunto de la ciudadanía por parte de los representantes políticos en el ejercicio de su mandato.

