



## AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Francisco Fernández Marugán, en mi condición de Defensor del Pueblo en funciones, de conformidad con la Resolución de 19 de julio de 2017, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la Institución del Defensor del Pueblo, (Boletín Oficial del Estado número 172, de 20 de julio de 2017); con domicilio institucional en la Villa de Madrid, calle Eduardo Dato número 31, por virtud de la autoridad y responsabilidad que me confiere la Constitución española, comparezco ante el Tribunal Constitucional y, como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que en ejercicio de la legitimación que al Defensor del Pueblo le viene atribuida por los artículos 162.1 de la Constitución Española, 32.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, y oído el informe favorable emitido por la Junta de Coordinación y Régimen Interior de esta institución, en sesión del día 1 de marzo de 2019, mediante la presente demanda, interpongo

## RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

contra el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera, punto, dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por estimar que vulnera los artículos 9.3, 16, 18.4, 23.1 y 53.1 de la Constitución, en razón de los fundamentos que se exponen a lo largo de la misma.

El presente recurso se interpone ante el Tribunal Constitucional, a quien corresponde la jurisdicción y competencia para conocer el mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161.1.a) de la Constitución, así como en los artículos 1.2 y 2.1.a) de su Ley Orgánica, dentro del plazo y cumplidos los requisitos que determina el artículo 33 de dicha disposición, y en base a los siguientes:

## ANTECEDENTES

1º) El día 6 de diciembre de 2018 se publicó en el Boletín Oficial del Estado número 294, correspondiente a esa fecha la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2º) Tras la publicación de la ley, se han recibido diversas solicitudes instando del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a la misma, solicitudes estas coincidentes en el cuestionamiento de la Disposición final tercera por la que se añade a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, un nuevo artículo cincuenta y ocho bis, con el siguiente texto:

«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.

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».

3º) La Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 1 de marzo de 2019, y según determina el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, de fecha 6 de abril de 1983, tuvo conocimiento de los informes jurídicos elaborados por los servicios competentes de la institución en relación con la posible inconstitucionalidad mencionada, e informó por unanimidad favorablemente sobre la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

En consecuencia, entendiendo que se producen los requisitos objetivos de inconstitucionalidad en y en uso de las atribuciones que la Constitución, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional me confieren, interpongo mediante la presente demanda recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera punto dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, con arreglo a los fundamentos jurídicos siguientes:

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO.** La integración de los sujetos en la sociedad digital tiene como consecuencia que estos están generando continuamente información sobre sus actividades, localizaciones, contactos, contenidos, intereses, consumo y otra gran variedad de datos. Esta información se encuentra en fuentes accesibles, como redes sociales, o se recopilan directamente de los dispositivos de los usuarios. Usando las técnicas de *Big Data* es posible recoger todo ese gran volumen de información de diversas fuentes, estructurarla para poder ser objeto de tratamiento, y todo ello en tiempo real. El objeto de dicho análisis puede ser el perfilado del individuo dentro de una categoría, es decir, como perteneciente a un colectivo y así ofrecer productos y servicios orientados a un grupo social o económico. Pero también puede ir más lejos, hasta perfilar a cada individuo como un elemento singular, determinando para cada sujeto sus preferencias, fortalezas y debilidades específicas, de tal forma que sea posible diseñar un servicio o mensaje único adaptado a cada uno de ellos, además, en tiempo real. Esto último es lo que se denomina *microtargeting*.

La posibilidad, o más bien la certeza como acredita el todavía reciente asunto de Cambridge Analytica, de la utilización de estas técnicas para modular, cuando no manipular, opiniones políticas evidencia la necesidad de que las garantías normativas y las limitaciones legales sean contundentes, precisas y efectivas en lo que se refiere a la recopilación y tratamiento de los datos personales relativos a las opiniones políticas que puedan llevar a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales.

**SEGUNDO.** El nuevo artículo 58 bis.1 incorporado a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), por la disposición final tercera punto dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece que «*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».*

La lectura del precepto pone de manifiesto que, aparte de esas indeterminadas «garantías adecuadas», en nada limita el legislador el tratamiento (recopilación o recogida es tratamiento) de datos personales que revelen opiniones políticas por parte de los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales.

El legislador no establece cuáles sean esas garantías, ni siquiera los criterios para determinarlas, ni el vehículo normativo que deba contenerlas, ni la Autoridad o Poder Público que deba establecerlas ni, menos aún, referencia alguna a los derechos de los titulares de los datos ni al modo y condiciones en que estos puedan ejercitarlos.

De este modo cualquier dato personal relativo a opiniones políticas, aun siendo un dato sensible especialmente protegido, puede ser objeto de tratamiento sin que hubiera sido aportado para este fin, o sin que su titular lo consienta, o sin que tenga noticia del tratamiento ni de su finalidad y sin que sepa en qué condiciones puede ejercer sus derechos de oposición y cancelación. Todo es posible al no haber precisado el legislador como debía, por mor del artículo 53.1 de la Constitución, en qué consisten y cuáles son esas «garantías adecuadas», con lo que los poderes de disposición y control sobre los datos personales que forman parte del contenido esencial del derecho del artículo 18.4 de la Constitución quedan en cuestión, propiciándose una situación evidente de inseguridad jurídica contraria a su artículo 9.3 que, en el contexto tecnológico actual, afecta también al derecho a la libertad ideológica del artículo 16 y al derecho a la participación política de artículo 23.1, todos ellos de la Constitución.

**TERCERO.** Como ha declarado ese Tribunal en su Sentencia 292/2000, confirmada por otras posteriores:

«El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por

un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele» (FJ.7).

El poder de disposición y control sobre los datos personales adquiere una relevancia extraordinaria cuando los datos concernidos son, como ocurre en este caso, los relativos a las opiniones políticas, los cuales, por su vinculación con otros derechos y libertades, como la ideológica (16.1 CE) y las de expresión y comunicación (20.1.a y d CE), así como el principio de igualdad (14 CE), pertenecen a la categoría de datos especialmente protegidos.

Aunque los tratados y acuerdos internacionales y el derecho comunitario derivado no son canon de constitucionalidad, pero sí constituyen -a tenor de lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución- valiosos criterios hermenéuticos del contenido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce a los ciudadanos, conviene hacer un repaso del tratamiento que en ellos se da a este asunto.

Ya el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, incluye en lo que denomina «categorías particulares de datos» a los datos personales «que revelen ... las opiniones políticas» (artículo 6), los cuales «no podrán tratarse a menos que el derecho interno prevea las garantías apropiadas», admitiendo como única excepción a la regla anterior el supuesto de que «constituya una medida necesaria en una sociedad democrática» para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública,

para los intereses monetarios del Estado, la represión de las infracciones penales o para la protección de la persona concernida y los derechos y libertades de otras personas.

En términos similares se pronuncia el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 8 referido a la garantía de la intimidad individual y familiar, y aplicable también al tráfico de datos de carácter personal como recuerda ese Tribunal en la ya citada Sentencia 292/2000 (FJ.9), donde se alude a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que exige que las limitaciones a ese derecho estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; «mutatis mutandis», caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

Por su parte, el Reglamento Europeo 2016/679/UE, de 27 de abril, de Protección de Datos (REPD), en línea con lo anterior, prohíbe el tratamiento de las que denomina categorías especiales de datos personales, entre las que se encuentran los que revelen opiniones políticas (artículo 9.1), prohibición que admite, no obstante, algunas excepciones.

Por lo que aquí interesa, el apartado g) del número 2 del mismo precepto autoriza el tratamiento cuando «es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado». A su vez el apartado a) autoriza el tratamiento en el supuesto de que el interesado hubiera dado su consentimiento explícito para ello, si bien esta excepción puede enervarse «cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado».

Y, precisamente, en esta línea más limitativa frente al tratamiento de datos sensibles y especialmente protegidos, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP), en su artículo 9.1 dispone que «a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal



*Defensor del Pueblo*

sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico», aunque admite en el párrafo segundo que «lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 216/679 cuando así proceda».

**CUARTO.** Esta línea normativa, acorde con la regulación internacional y europea se rompe sin embargo con la tramitación de una enmienda de adición (la 331), ya que la previsión no figuraba en el proyecto, por la que se incorpora a la ley una nueva disposición final tercera que modifica la LOREG y añade a esta el nuevo artículo 58 bis, cuyo número 1, lejos de atender a la protección especial que en el contexto tecnológico actual debe proporcionarse a los datos que revelen opiniones políticas de las personas, abre la puerta a su tratamiento por los partidos políticos en los siguientes términos:

«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».

Este precepto ampara el tratamiento (la recopilación lo es), en principio prohibido, de datos personales relativos a opiniones políticas. Lo ampara genéricamente en el «interés público», no en un interés público *esencial* como pide la norma europea. Y para obtener este amparo basta con la oferta de unas inciertas e indeterminadas «garantías adecuadas» que ni el precepto ni la norma en la que se inserta (la LOREG) concretan en absoluto. Y lo hace a favor de los partidos políticos «en el marco de sus actividades electorales», otro concepto indeterminado que no tiene por qué coincidir con el período legalmente previsto en cada proceso de elecciones con la campaña electoral.

La justificación de la enmienda que introdujo el precepto cuestionado en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley fue la existencia de un Considerando, el 56, en la parte expositiva 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».

Sin embargo, el mero valor interpretativo y no normativo del Considerando no solo no proporciona amparo al precepto impugnado en este recurso sino que confirma las dudas que este suscita, ya que la referencia al interés público al que genéricamente alude artículo 58 bis.1 de la LOREG en el Considerando citado se vincula al que se daría si lo «exige el funcionamiento del sistema democrático» y no cualquier otro.

A juicio del Defensor del Pueblo, la genérica mención al «interés público» sin especificar cuál es el concreto interés público en juego, esto es, qué interés público es el que justifica el tratamiento, no basta para fundamentar la intromisión que en el derecho a la protección de datos de carácter personal implica el amparo que se otorga al tratamiento de los datos relativos opiniones políticas a favor de los partidos políticos en el también impreciso marco de sus actividades electorales.

Además, la determinación de las «garantías adecuadas» a las que alude el precepto sin concretarlas implica necesariamente la regulación de las facultades atribuidas a los sujetos concernidos, esto es, a los titulares de los datos, así como las posibilidades de actuación que les correspondan, en definitiva, las facultades de disposición y control respecto de esos datos cuya recopilación se autoriza, lo que sin duda es parte integrante del contenido esencial del derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución.

Y esa regulación debe contenerse en la ley por imperativo del artículo 53.1 de la Constitución, sin que quepa derivarla en ningún caso, ni explícita ni implícitamente como aquí ocurre, a otro poder, operador o instancia, y sin que el legislador pueda abdicar de su deber de regular concreta y pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental que se derivan de la autorización concedida a los partidos políticos para recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas.

Así, en el fundamento jurídico 10 de la ya citada sentencia 292/2000 se recuerda que:

«Tanto en la STC 254/1993 con carácter general como en la STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ.7, este Tribunal ha declarado que un régimen normativo que autorizase la recogida de datos personales, incluso con fines legítimos, vulneraría el derecho a la intimidad si no incluyese garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático, al igual que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta».

Por tanto, las facultades legalmente atribuidas a los sujetos concernidos y las consiguientes posibilidades de actuación de éstos son necesarias para el reconocimiento e identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, esas facultades o posibilidades de actuación son absolutamente necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ.8), «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Y en el último párrafo de ese mismo fundamento jurídico ese Tribunal afirma, en referencia a la norma antecesora de esta, que:

«... la LOPD puede ser contraria a la Constitución por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE), por haber regulado el ejercicio del haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 CE)».

Eso es lo que ocurre a juicio del Defensor del Pueblo en el presente caso, en el que la mera mención al interés público y a las garantías adecuadas sin concretar ni cual es aquel ni cuales sean estas implica una intromisión directa en el derecho a la protección de datos personales contraria, por tanto, a los artículos 18.4 y 53.1 de la Constitución. Dicho de otro modo, no se respeta el contenido esencial del derecho a la protección de datos cuando se ampara la recopilación de datos relativos a opiniones políticas sin fijar los límites de tal amparo; y no se respeta el principio de reserva de ley cuando el legislador abdica de su deber de concretar detalladamente las condiciones y requisitos en las que ese tratamiento en principio prohibido deviene en legítimo.

**QUINTO.** La inconcreción de la norma respecto de las garantías que han de rodear la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por parte de los partidos políticos, también produce una afectación indeseable respecto de la libertad ideológica que la Constitución garantiza en su artículo 16.

Como se pone de manifiesto en la Sentencia 20/1990, de 15 de febrero de ese Tribunal «sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 CE no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Ello hace necesario que el ámbito de la libertad ideológica no se recorte ni tenga «más limitación (en singular utiliza esta palabra el artículo 16.1 CE) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»

Además, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero, «el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución, comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales, el artículo 16.2 establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias.”» (FJ.2).

De nuevo, la redacción del artículo 58 bis.1, en cuanto ampara la recopilación por los partidos políticos de las opiniones políticas expresadas por los ciudadanos siempre que se «ofrezcan garantías adecuadas» pero sin establecer dichas garantías, supone una injerencia indebida en la libertad ideológica, al posibilitar el tratamiento de las opiniones políticas para un fin distinto del que motivó su expresión o manifestación y sin que quepa predecir las consecuencias que puedan derivarse de dicho tratamiento, el cual, además, con la tecnología disponible para el tratamiento combinado y masivo de datos procedentes de fuentes diversas, es potencialmente revelador de la propia ideología y contrario a la garantía del artículo 16.2 de la Constitución.

Al respecto, resulta indicativo que la enmienda 331, origen del precepto, incluía un número 2 con las siguientes previsiones:

«2. Cuando la difusión de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes se base en la elaboración sistemática y exhaustiva de perfiles electorales de personas físicas, deberá realizarse una previa evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales en los términos previstos en el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679. Dicha difusión no podrá

realizarse cuando se identifique un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas y no se adopten las medidas necesarias para impedirlo.

Quedan prohibidas las actividades de propaganda electoral basadas en la elaboración de perfiles electorales en redes sociales o equivalentes cuando no se informe a sus destinatarios sobre su finalidad, la identidad del responsable, o la entidad contratada para su realización y los criterios de selección».

Este punto 2 de la enmienda, que no superó el trámite y no figura en el texto finalmente aprobado, evidencia la preocupación por las consecuencias que sobre los derechos de los electores puede tener la elaboración sistemática y exhaustiva de perfiles electorales. Pese a ello el legislador, aun siendo consciente del riesgo que las nuevas tecnologías y el tratamiento masivo de datos puede suponer para los derechos y libertades de las personas y, en lo que aquí interesa, para la libertad ideológica y el derecho a no hacer pública la propia, ha abdicado de su deber de incluir detalladamente las garantías adecuadas para la recopilación de datos personales que revelen opiniones políticas.

Y no solo eso, sino que al tiempo que ampara esta recopilación autoriza a los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales a utilizar datos personales (incluidos los relativos a opiniones políticas) obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el período electoral (art. 58 bis.2 de la LOREG).

En razón de todo ello, se considera que el artículo 58 bis.1 de la LOREG resulta contrario al artículo 16 de la Constitución.

**SEXTO.** Si la libertad ideológica se ve comprometida por la deficiente regulación del nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG también lo está el derecho a la participación política del artículo 23 que garantiza el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, «libremente elegidos» en elecciones periódicas por sufragio universal.

Esa libertad difícilmente puede darse en un entorno tecnológico en el que las modernas técnicas de análisis de 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 sea conscientes de ello.

A los poderes públicos les corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9 CE). Y si bien ese Tribunal tiene declarado que «en rigor, en el ámbito de los procesos electorales, solo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ.16), en el contexto actual, muy diferente al de hace dos décadas, la garantía de la libertad de sufragio exigiría una acción positiva del legislador para que la misma no se viera comprometida.

Nuevamente aquí la inconcreción del nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG respecto de los límites precisos en los que los partidos políticos pueden recopilar datos personales relativos a opiniones políticas de los ciudadanos y el uso que puedan darle a esa recopilación genera una afectación negativa de la libertad, en este punto en la de sufragio, contraria al artículo 23.1 de la Constitución.

**SEPTIMO.** Resta por último fundamentar la alegación referida a la infracción del principio de seguridad jurídica que la Constitución garantiza en su artículo 9.3.

La doctrina de ese Tribunal al respecto la sintetiza la STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ.9, en los términos siguientes:

«Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE que ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ.1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ.5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ.4). De tal modo, que si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ.8; 142/1993, de 22 de abril, FJ.4; 212/1996, de 19 de diciembre,

FJ.15; 104/2000, de 13 de abril, FJ.7; 96/2002, de 25 de abril, FJ.5; y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ.5)».

Como ya se ha expuesto reiteradamente el nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG declara amparada la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos con una total imprecisión. Un «interés público» genérico, unas «actividades electorales» que los partidos realizan o pueden realizar en cualquier momento y no solo durante la campaña electoral y unas «garantías adecuadas» que, en el mejor de los casos, un operador jurídico avezado tendría serias dificultades para deducir de la interpretación conjunta de la normativa electoral y de la vigente en materia de protección de datos personales tanto nacional (de aplicación solo supletoria artículo 2.3 LPD), como proveniente del derecho internacional y del europeo derivado.



La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas. Estas aseveraciones, extraídas de la sentencia de ese Tribunal 46/1990 (FJ.5) pueden aplicarse prácticamente sin matices al precepto aquí impugnado.

Sin ánimo de exhaustividad hay que fiar al criterio del operador jurídico de turno la determinación de si los sujetos legitimados para realizar la recopilación de datos son exclusivamente los partidos políticos a los que literalmente alude el precepto o si también lo están los restantes sujetos que pueden concurrir al proceso electoral de acuerdo con la LOREG, esto es, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores. También hay que colegir si los datos recopilados pueden ser comunicados o transferidos a terceros, o si hay que entender prohibida tal práctica al tratarse de una habilitación de tratamiento excepcional.

Asimismo, hay que determinar el marco en el que se habilita el tratamiento y la finalidad del mismo, pues, como ya se ha dicho, las actividades electorales pueden realizarlas los partidos durante el periodo electoral definido en la LOREG o en cualquier otro momento, y si se circunscriben o no a los actos de propaganda y de campaña, como

podría parecer, dada la inserción del precepto en la sección quinta del capítulo VI del título I de la LOREG.

También la determinación de las fuentes en las que pueden recogerse los datos personales que pueden ser objeto de tratamiento exige sopesar si éstas son las páginas web y otras fuentes accesibles al público a las que hace referencia el número 2 del precepto aquí impugnado, o si pueden ser cualesquiera otras, ya que su tenor literal no establece límite alguno al respecto.

Finalmente, y dado que el precepto ampara la recopilación, habrá de determinarse si ese amparo habilita o no a la realización de las restantes operaciones o conjunto de operaciones que a tenor del artículo 4.2 del RGPD constituyen el tratamiento. La literalidad del precepto parece apuntar a ello, aunque la mera recopilación de los datos sin una ulterior operación de organización, estructuración, consulta o utilización, entre otras operaciones incluidas en el concepto de tratamiento (artículo 4.2 del REPD) carece de sentido.

Si a estas y otras dificultades habrá de enfrentarse el operador jurídico que aplique la norma o el que supervise su aplicación o el que la enjuicie, mayores serán las que padezca el titular de los datos personales afectados, a quien la norma y el ordenamiento en el que se inserta, el electoral, no proporciona indicación alguna respecto de sus poderes de disposición y control sobre los mismos, ni sobre las condiciones de su ejercicio.

Ciertamente, como ese Tribunal ha expresado «cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Solo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 150/1990 FJ.8).

Entiende el Defensor del Pueblo que, en el contexto tecnológico actual y frente a los riesgos evidentes que el tratamiento masivo de la información puede suponer para la intimidad personal, la protección de datos personales, la libertad ideológica y la



libertad de participación política, resulta inexcusable -por expresarlo en términos propios de ese Tribunal- el esfuerzo del legislador por alumbrar una normativa abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia.

Se solicita, por ello, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 bis.1 de la LOREG por infringir el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución.

Por todo cuanto ha quedado expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores

#### SUPLICO

al Tribunal Constitucional que, teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se sirva admitirlo y tener por interpuesta demanda de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera punto dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por considerar que a través del mismo se vulneran los artículos 9.3, 16, 18.4, 23.1 y 53.1 de la Constitución, y que tras los trámites procesales oportunos acuerde dictar sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad de dicho precepto.

Todo ello por ser justicia que pido en Madrid, a cuatro de marzo de dos mil diecinueve.

Francisco Fernández Marugán  
Defensor del Pueblo (e.f.)