

**COMUNICACIÓN DE ANTONIO FARRIOLS PARA EL  
CAPÍTULO 'DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOCIEDAD  
DIGITAL'.**

**I CONGRESO INTERNACIONAL ATITLAN-CEPC, 21 y 22 de  
octubre de 2021**

**Título de la comunicación:**

**INICIATIVA PARA DEFENDER LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN  
LA SOCIEDAD DIGITAL**

## INTRODUCCION

En el mes de noviembre de 2017, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos para adaptar, decía en su Exposición de Motivos, nuestra legislación a las disposiciones del Reglamento UE 2016/679, introduciendo novedades y mejoras en la regulación de este derecho fundamental. Este Reglamento Europeo (RGPD) en vigor desde el 25 de mayo de 2018, recoge como uno de sus principales objetivos, acabar con la fragmentación existente en las distintas normativas de los países comunitarios. Además, persigue la adaptación de normas de protección de datos a la rápida evolución tecnológica y los fenómenos derivados del desarrollo de la sociedad de la información y la comunicación.

La Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), de la que formo parte también, expresó en su momento su satisfacción por las mejoras reflejadas en el texto del Proyecto y se dijo entonces que habría que esperar a que se confirmaran a lo largo de todo el debate parlamentario. Además, en una colaboración conjunta entre la APDHE y la

Fundación Alternativas (FA) se entregaron a los Grupos Parlamentarios un buen número de propuestas de enmienda que fueron asumidas en buena parte.

Pero después de su paso por el Congreso y Senado, se incorporó en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales (LOPD), una Disposición final tercera para modificar la ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), añadiendo el artículo 58 bis 1 para habilitar la previsión del Considerando 56 del RGPD que dice: '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'.

La APDHE manifestó su oposición a esta iniciativa puesto que podían desintegrarse sustancialmente algunos de los avances incorporados en la nueva LOPD, como son:

- La exclusión de la figura del 'consentimiento tácito' en el tratamiento de los datos de carácter personal que se sustituye por una acción afirmativa y expresa por parte del afectado/afectada y se recoge manifiestamente el deber de confidencialidad.

- La prohibición de almacenar datos de especial protección como 'ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, origen racial o étnico y creencias'. En estas categorías de datos, el solo consentimiento del interesado no basta para dar viabilidad al tratamiento.

Además, la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 292/2000 es clara en el sentido de que 'el derecho a la protección de datos es un derecho esencialmente de prestación cuyo objeto son los datos que permiten identificar a una persona, y su propósito es que esa persona sepa, consienta y pueda disponer en todo momento sobre la publicidad

de sus datos y el alcance que ella tenga'. Por así decirlo y como señala el Profesor Ignacio Villaverde, 'la privacidad protege el dato antes de ser conocido y la protección de datos lo hace una vez que se revela a un tercero'.

### **OBJETIVO DE LA COMUNICACIÓN**

El objetivo de la comunicación es poder exponer en este I Congreso Internacional ATITLAN-CEPC, la demostración de que la 'sociedad civil' puede intervenir con eficacia para resolver problemas que se generan, como es el caso, en el Poder Legislativo. En la situación que nos ocupa, entendimos que el problema lesionaba los Derechos Fundamentales.

### **MÉTODO**

Por todo ello, la APDHE solicitó a Diego López Garrido, en su calidad de Catedrático emérito de derecho constitucional, que estudiara la posible inconstitucionalidad del texto y que, en ese caso, redactara el correspondiente Dictamen.

Así ocurrió, y el día jueves 7 de febrero de 2019, se entregó el Dictamen al Defensor del Pueblo, solicitando el correspondiente Recurso de Inconstitucionalidad.

El día 3 de marzo de 2019, el Defensor comunicó la interposición de dicho recurso

### **HIPÓTESIS DE LA GESTACIÓN DEL PROBLEMA: EL CASO FACEBOOK**

La enmienda que originó nuestra oposición y las acciones ejercitadas ante el Defensor, fue introducida en el texto de la LOPD que se estaba debatiendo, por un Grupo Parlamentario con el apoyo de todos los demás en el Congreso de los Diputados, se refiere a la Disposición Final Tercera que modificaba la LOREG. En su exposición de motivos

alegó el legislador, que proponía esta iniciativa para que no se pudiera producir en España el conocido como escándalo de 'Cambridge Analytica'.

Antes de seguir, permítaseme recordar dicho asunto.

Diego López Garrido dice en su análisis publicado 'La protección de datos personales y el caso Facebook, una cuestión transnacional':

'Efectivamente, las redes sociales son ya una forma de poder político -no solo social o económico'. La utilización por Cambridge Analytica de 87 millones de datos personales obtenidos de los ficheros de Facebook para influir -al parecer decisivamente- en la campaña electoral que llevó a Trump a la presidencia de EEUU, o en la campaña del último referéndum británico, en favor del Brexit, es el más siniestro ejemplo del poder político determinante de las redes sociales dominantes. Este cambio tecnológico, socioeconómico y político que han introducido las redes sociales difícilmente se puede combatir'.

Por el contrario, me parece que el legislador, en vez de intentar controlar el cambio para que no afecte negativamente a los Derechos Fundamentales de las personas, y alegando que pretende evitar en España escándalos como el referido, lo que hizo de hecho fue legalizar preventivamente estas situaciones para que de esta forma pudieran ser consideradas normales; y ello olvidándose de que se está hablando de un tipo de dato sensible como es el de la ideología.

Me parece de interés traer también a colación la siguiente reflexión en el análisis referido, 'Cambridge Analytica, en efecto, fue capaz de desarrollar miles de variantes de mensajes políticos sobre la inmigración, la economía, el derecho a portar armas, todos adaptados a los diferentes perfiles de personalidad...'

La APDHE y la FA, pensaron acertadamente, que mientras el TC no restableciera la seguridad jurídica en esta materia que es reserva de ley Orgánica, aquí en España se abría la posibilidad de que los partidos políticos pudieran estudiar de forma no anonimizada las opiniones políticas recopiladas y pudieran confeccionar perfiles ideológicos para utilizarlos en las campañas electorales.

## **RESULTADO: DECISIÓN DEL TC**

El día 12 de marzo de 2019 el TC informó públicamente mediante la nota informativa 29-2019 de la admisión a trámite del recurso y el día 29 de mayo mediante la nota informativa 76-2019 el TC anticipó su fallo favorable a nuestra petición, en el sentido siguiente: 'El pleno del TC declara que es inconstitucional, por falta de garantías legales que los partidos políticos puedan reunir datos relativos a opiniones políticas de los ciudadanos'.

Aproximadamente un par de días después, el TC publicó la resolución y se anulaban los preceptos de la LOPD y de la LOREG que eran contrarios a la Constitución.

### **Fallo**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido.

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, 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.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintidós de mayo de dos mil diecinueve.

## **ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS, A MI JUICIO, MÁS DESTACADOS DE LA SENTENCIA DEL TC**

Uno de los pilares básicos en la política de protección de datos es, como confirma una vez más el TC, el Principio de Finalidad.

En efecto, cuando una persona cede un dato personal, tiene que conocer con exactitud la finalidad de dicha cesión. Igualmente, la persona tiene que ser consciente de que sigue siendo dueña de dicho dato y de que, por lo tanto, tiene que autorizar explícitamente, en su caso, cualquier tratamiento posterior.

Dicho Principio está amparado tanto por el RGPD como por la LOPD, con independencia de la jurisprudencia del TC, que refuerza decisivamente este precepto.

En el caso de una red social, su finalidad estaría relacionada con que las personas puedan comunicarse más ágilmente e intercambiar opiniones, incluyendo las de carácter político. Cualquier usuario de estas plataformas tiene que poder confiar en ello y en que, por lo tanto, los datos y opiniones que volcara en un entorno de red social, no pueden ser usadas sin su consentimiento explícito para una finalidad distinta.

Después de la reforma de la LOPD, tal y como salió aprobada por el Senado, que también modificaba la LOREG como ya he comentado, ya no podíamos confiar, se había quebrado el hilo que generaba la necesaria confianza para utilizar una red social con las debidas garantías. Se había quebrado, en definitiva, el Principio de Finalidad.

La sentencia del TC, restauró esta confianza y este Principio de Finalidad, gracias a la iniciativa de la APDHE que se desarrolló con el dictamen que elaboró el Catedrático Emérito de derecho constitucional Diego López Garrido y que, en consecuencia, pudimos presentar en tiempo y forma al Defensor del Pueblo para solicitar Recurso de Inconstitucionalidad, activando el correspondiente mecanismo institucional.

La importancia de la sentencia viene precedida por la rapidez y unanimidad en la resolución debido, sin duda, a la magnitud del problema originado que afectaba a la libertad ideológica de los ciudadanos. Con la resolución del TC se recuperó lo mandado por el artículo 16 de la Constitución Española.

En lo que respecta a un análisis más jurídico de la sentencia, creo que lo mejor es remitirme a la misma, páginas 33 y 34 del texto del fallo, que sintetizan bien su espíritu

.(inicio de la cita)

(iv) Por último, debemos recordar que el Reglamento General de Protección de Datos establece las garantías mínimas, comunes o generales para el tratamiento de datos personales que no son especiales. En cambio, no establece por sí mismo el régimen jurídico aplicable a los tratamientos de datos personales especiales, ni en el ámbito de

los Estados miembros ni para el Derecho de la Unión. Por ende, tampoco fija las garantías que deben observar los diversos tratamientos posibles de datos sensibles, adecuadas a los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que existan en cada caso; tratamientos y categorías especiales de datos que son, o pueden ser, muy diversos entre sí. El Reglamento se limita a contemplar la posibilidad de que el legislador de la Unión Europea o el de los Estados miembros, cada uno en su ámbito de competencias, prevean y regulen tales tratamientos, y a indicar las pautas que deben observar en su regulación. Una de esas pautas es que el Derecho del Estado miembro establezca “medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado” [art. 9.2 g) RGPD] y que “se ofrezcan garantías adecuadas” (considerando 56 RGPD). Es patente que ese establecimiento de medidas adecuadas y específicas solo puede ser expreso. Si la norma interna que regula el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas, no prevé esas garantías adecuadas, sino que, todo lo más, se remite implícitamente a las garantías generales contenidas en el Reglamento General de Protección de Datos, no puede considerarse que haya llevado a cabo la tarea normativa que aquel le exige.

9. De lo anterior se concluye que la ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia, ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama nuestra doctrina, por lo que se refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales.

De esta forma, se han producido tres vulneraciones del art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE, autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley y que solo el legislador puede remediar, y redundando las tres en la infracción del mandato de preservación del contenido esencial del derecho fundamental que impone el art. 53.1 CE, en la medida en que, por una parte, la insuficiente adecuación de la norma legal impugnada a los requerimientos de certeza crea, para todos aquellos a los que recopilación de datos personales pudiera aplicarse, un peligro, en el que reside precisamente dicha vulneración y, por otra parte, la indeterminación de la finalidad del tratamiento y la inexistencia de “garantías adecuadas” o las “mínimas exigibles a la Ley” constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear. ' (fin de la cita)

## CONCLUSIONES

Para acabar, nada mejor que destacar las razones de la importancia del fallo del TC:

- Porque hay una relación muy estrecha de la sentencia con el mandato del artículo 18.4 de la Constitución.

- Porque el TC confirma lo ya apuntado en nuestro Dictamen, respecto a que la ley no especificaba cual era el interés público que justificara la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas. Tampoco delimitaba la ley lo que quería decir con lo del 'marco de las actividades electorales de los partidos'. Era pura abstracción e indeterminismo.

- Porque el TC confirmó también que la ley tampoco aclaraba cuales eran las 'garantías adecuadas'. Cualquier regulación de los derechos fundamentales tiene que hacerse por ley.

- Porque el TC confirma nuevamente que los ciudadanos tenemos derecho a controlar nuestros datos personales.

- Porque el TC reconoce que el artículo suprimido era 'especialmente grave' dado que en la actualidad el desarrollo tecnológico hubiera permitido a los partidos políticos, atentar contra el derecho a la protección de datos de forma masiva.

ANTONIO FARRIOLS  
FUNDACIÓN ALTERNATIVAS