ART. 58 BIS LOREG

¿QUE PODRÍA SALIR MAL?

25 de septiembre de 2019

Fundación Democracia y Gobierno Local

Jorge García Herrero
Abogado
Delegado de protección de datos

www.privacybydesign.ca

Privacy by Design

The 7 Foundational Principles

Ann Cavoukian, Ph.D.
Information & Privacy Commissioner
Ontario, Canada

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

1. **(Anulado)**

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.

- Se declara contrario a la Constitución y nulo el apartado 1, en la redacción dada por la disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, por Sentencia del TC 76/2019, de 22 de mayo. Ref. BOE-A-2019-9548
- Se añade por la disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Ref. BOE-A-2018-16673

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.

- Se añade por la disposición final 3.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Ref. BOE-A-2018-16673

El recurso “tuitero”

Necesidad de la medida

CONSIDERANDO 56 RGPD

*«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**».*

¿el funcionamiento del sistema democrática exigía la "solución" prevista en el 58 bis?

¿Garantías?

La sombra de Giovanni es alargada

Supervisor Europeo de Protección de Datos

The necessity toolkit (11 de abril de 2017)

Cualquier tratamiento de datos supone una limitación del derecho de protección de datos personales, sea o no sensible el dato, justificada o no el tratamiento, produzca o no daño.

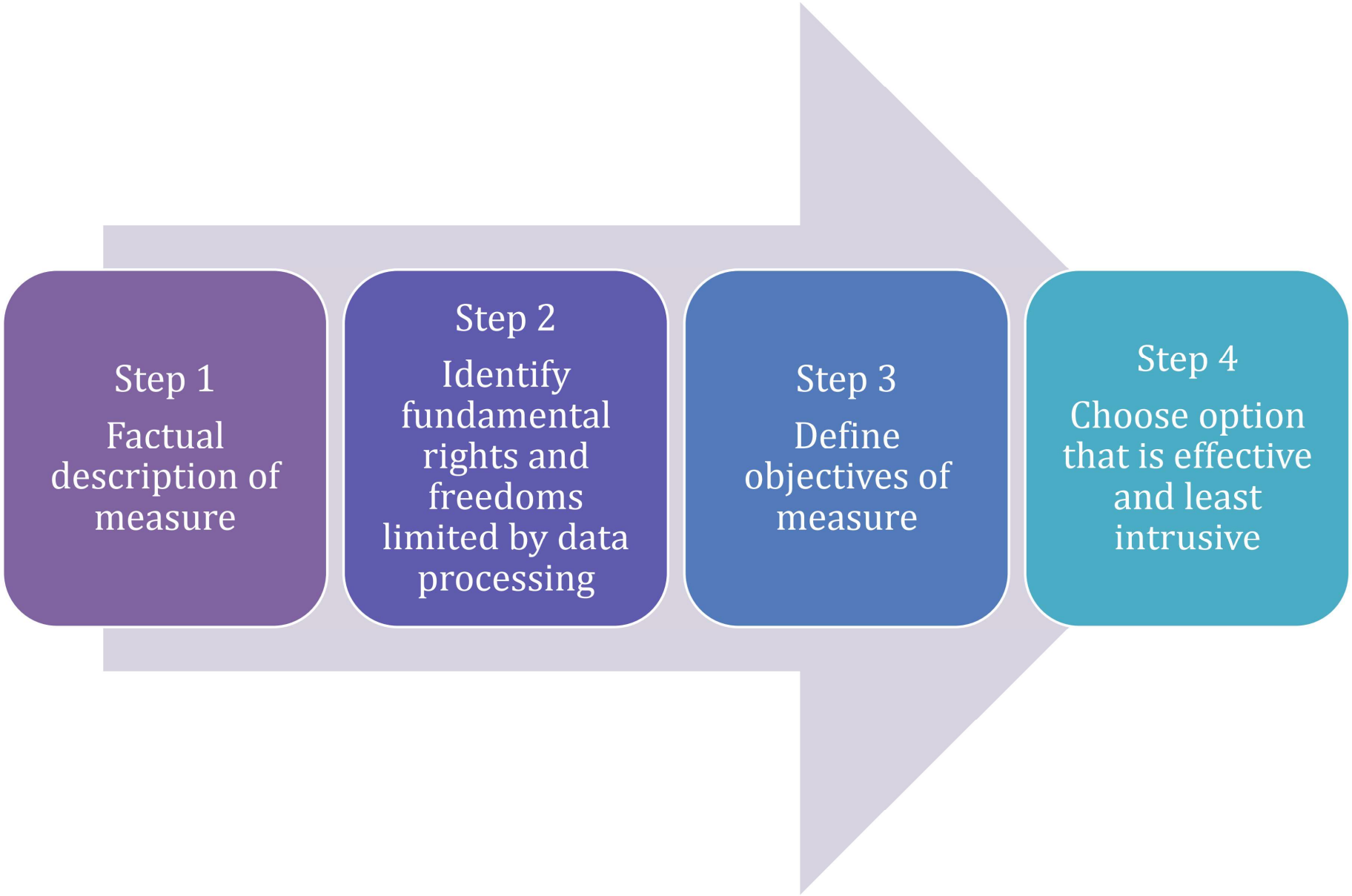
Para ser **lícita** cualquier **limitación de un DF** debe ser:

- Determinada por una ley
- Respetar la esencia de los DFs
- Cumplir genuinamente objetivos de interés general recogidos en el Derecho de un Estado Miembro o la necesidad de proteger derechos y libertades de terceros
- Ser necesaria
- Ser proporcional

Estos requisitos son **indispensables y consecutivos**: si no se cumple uno, hay que abandonar la evaluación y volver a empezar.

Supervisor Europeo de Protección de Datos

The necessity toolkit



Supervisor Europeo de Protección de Datos
The necessity toolkit

Paso 3 (Adecuación respecto al objetivo)

- Objetivos de interés general (art 23 RGPD) Derechos (Carta Europea)
- Problema a resolver: Concreto, objetivo, demostrable
- Relación adecuada entre la medida, el problema y la finalidad planteadas.

Paso 4 (efectividad vs intrusividad)

- Minimizar en categorías de personas, de datos, conservación,
- Las alternativas consideradas deben ser reales y comparables.
- Se deben estudiar limitaciones, excepciones y categorización de las medidas.
- Distintos períodos de retención para distintas categorías de datos.

Supervisor Europeo de Protección de Datos
The necessity toolkit

En definitiva, nuestra Medida en definitiva, será:

- **Necesaria** para cumplir nuestro fin porque las actuales no son suficientes
- Las **alternativas** disponibles tampoco serán suficientes
- Nuestra medida debe ser **la más efectiva y menos intrusiva** de entre las posibles.

Si hablamos de medidas restrictivas de **derechos fundamentales**, a mayor restricción, más escrupulosa deberá ser la fundamentación

Descarga del documento **aquí**

BRUSELAS NO SE FÍA
"tratamientos de categoría especial"

El RGPD remite al derecho de los Estados miembros pero no se fía: impone diferentes niveles de garantías en función del tipo de tratamiento, así como de la naturaleza de los datos, todo ello en atención a la diferente entidad de los bienes jurídicos protegidos:

- Un primer grupo de disposiciones exigen "**garantías adecuadas**".

  (Ej Investigación científica, datos relativos a condenas e infracciones penales)
- En un nivel superior, el RGPD exige "**medidas adecuadas y específicas**". *("**tratamientos de categoría especial**"): 9.2.g), 9.2.i); 9.2.j) RGPD.*
- Por último, y **adicionalmente** a lo anterior se exigen "**medidas adecuadas y específicas**" para un tipo concreto de tratamiento que conlleva el uso de "**categorías especiales de datos**" sobre la base de un "**interés público esencial**". *9.2.g) RGPD*

BRUSELAS NO SE FÍA
"tratamientos de categoría especial"

Art. 9.2.g) Reglamento General de Protección de Datos

"g) el tratamiento 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".*

Nuestra tesis: el 58 bis no cumplía:

NI los requisitos del **9.2.g) RGPD** **-interés público esencial-** ✕

NI los del **6.1.e) RGPD** **-interés público a secas-** ✕

Interés General como base de legitimación en PD
Requisitos

Pregunta real: ¿Todo tratamiento de datos personales por una administración pública estaría en todo caso amparado por el 6.1.e) RGPD?

Prerrequisito: **Atribución competencial por norma con rango de ley (8.2 LOPD)** (El CEPD no exige claramente rango de ley).

- Que el tratamiento se realice:
  - a) En cumplimiento de la **misión realizada en interés público ó**
  - b) en el ejercicio de **poderes públicos conferidos al responsable**.
- Que el tratamiento sea **necesario** para el cumplimiento de estos.
- Que la **finalidad** del tratamiento, quede bien **determinada** (6.3 RGPD).
- La norma habilitante cumplirá un objetivo de interés público y será **proporcional** al fin perseguido. (6.3 in fine RGPD)

Además: PGs art 5 RGPD: **Licitud, lealtad y transparencia; Limitación de la finalidad Minimización de tratamiento; Exactitud; Limitación del plazo de conservación; Integridad y confidencialidad de la información; Responsabilidad proactiva.**

PLVS
VLTRA
DEFENSOR
DEL PUEBLO

EL RECURSO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

"El precepto" (...) "**en nada limita al 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."

"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**."

EL RECURSO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

"Aunque los tratados y acuerdos internacionales y el derecho comunitario derivado no son **canon de constitucionalidad**, sí constituyen -a tenor de lo previsto en el articulo 10.2 de la Constitución- valiosos criterios hermenéuticos del contenido y alcance de esos derechos."

"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 limites 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 legitimo**".

Libertad ideológica del 16 CE,

Derecho a la participación política del 23 CE

Principio de Seguridad jurídica

La sentencia

STC 76/2019
En general

Llaman la atención:

- La celeridad de la sentencia
- La opción nomofiláctica
- La contundencia del fallo
- La eliminatoria pudo quedar sentenciada

10. La necesidad de delimitar el objeto de nuestro pronunciamiento y su alcance nos impone precisar finalmente el contenido de nuestro fallo estimatorio del presente recurso de inconstitucionalidad, por cuanto las tachas formuladas por el Defensor del Pueblo se han limitado al apartado 1 del art. 58 bis LOREG.

Cita del Reglamento (UE, Euratom) 2019/493 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2019, 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 para proteger la integridad del proceso democrático europeo.

STC 76/2019
Derechos fundamentales afectados

"El 58 bis constituye una habilitación para un (determinado) tratamiento de datos: sin él, estaría prohibido por el art 9.1 RGPD y 9.2 LOPDgdd."

"La actuación de los partidos políticos debe tener bajo sus pies un suelo firme de Estado de Derecho, ajeno a la incertidumbre y la arbitrariedad."

"El derecho fundamental afectado es el de **protección de datos personales**, desde una doble perspectiva, como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la **libertad ideológica**.

La **libertad ideológica** comprende el derecho a manifestar lo que uno quiera o no hacerlo. También comprende el derecho a vivir conforme a las propias ideas sin sufrir sanción o demérito o la compulsión o injerencia de los poderes públicos.

STC 76/2019
Requisitos para su restricción legítima

La restricción de derechos fundamentales requiere:

- **Justificación** en función de un fin constitucionalmente legítimo o salvaguarda de un bien jurídico relevante.
- **Proporcionalidad** en atención a esa justificación.
- **Reserva de ley** (que vincula a la administración en su poder de acción y a la jurisdicción en su aplicación).

  Las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación" (delegación ilegal en el Ejecutivo).
- **Garantías adecuadas** "La mera inexistencia de "garantías adecuadas" o de las "mínimas exigibles a la Ley" constituye de por sí una injerencia en el derecho fundamental, de gravedad similar a la que causarían intromisiones directas en su contenido nuclear".

  La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos.

STC 76/2019
Parecidos razonables

Supervisor Europeo de Protección de Datos
The necessity toolkit (11 de abril de 2017)

Cualquier tratamiento de datos supone una limitación del derecho de protección de datos personales, sea o no sensible el dato, justificada o no el tratamiento, produzca o no daño.

Para ser **lícita** cualquier **limitación de un DF** debe ser:

- Determinada por una ley
- Respetar la esencia de los DFs
- Cumplir genuinamente objetivos de interés general recogidos en el Derecho de un Estado Miembro o la necesidad de proteger derechos y libertades de terceros
- Ser necesaria
- Ser proporcional

Estos requisitos son **indispensables y consecutivos**: si no se cumple uno, hay que abandonar la evaluación y volver a empezar.

8

STC 76/2019
Requisitos para su restricción legítima

La restricción de derechos fundamentales requiere:

- **Justificación** en función de un fin constitucionalmente legítimo o salvaguarda de un bien jurídico relevante.
- **Proporcionalidad** en atención a esa justificación.
- **Reserva de ley** (que vincula a la administración en su poder de acción y a la jurisdicción en su aplicación).

  Las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley "pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación" (delegación ilegal en el Ejecutivo).
- **Garantías adecuadas** "La mera inexistencia de "garantías adecuadas" o de las "mínimas exigibles a la Ley" constituye de por sí una injerencia en el derecho fundamental, de gravedad similar a la que causarían intromisiones directas en su contenido nuclear".

  La necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos.

22

STC 76/2019
Cita a la AEPD

Cita a la AEPD

Preámbulo de la Circular 1/2019, "… esas garantías adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales de los afectados"

"…adquieren una especial relevancia tanto por la importancia de los datos personales objeto de tratamiento como por tratarse de tratamientos a gran escala de categorías especiales que entrañarán un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas difícilmente mitigable si no se toman medidas adecuadas".

STC 76/2019
Garantías adecuadas

Las garantías adecuadas deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren:

- la transparencia,
- la supervisión y la tutela judicial efectiva, y
- deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención.

La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente:

- 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

STC 76/2019
Interés público esencial e interés público "ordinario"

"Constituye una constatación elemental la de que la disposición legal impugnada no identifica en ningún momento ese interés público esencial. Presupone que ha de existir, pero no llega a especificarlo."

"Al habilitar la LOPD a la Administración para que restrinja derechos fundamentales invocando semejante expresión está renunciando a fijar ella misma los límites, apoderando a la Administración para hacerlo."

"Iguales reproches merece, asimismo, el empleo en el art. 24.2 LOPD de la expresión "interés público" como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del art. 18.1 y 4 CE, pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al art. 103.1 CE."

"El legislador habría trasladado a los partidos políticos el desempeño de una función que solo a él compete."

STC 76/2019
Reserva de ley vs “remisión en blanco”

“la disposición legal impugnada (…) no limita el tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental (“en el marco de sus actividades electorales”).”

“Las garantías adecuadas deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento, ya sea directamente o por remisión expresa y perfectamente delimitada a fuentes externas que posean el rango normativo adecuado”

Lo contrario significaría una “deslegalización” o una “remisión en blanco” prohibidas.

STC 76/2019
Triple vulneración del 18.4 + 53.1 CE

"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."

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.

STC 76/2019
Corolario final "ser honesto y parecerlo"

"Finalmente, debe precisarse que no es necesario que se pueda sospechar, con mayor o menor fundamento, que la restricción persiga una finalidad inconstitucional, o que los datos que se recopilen y procesen resultarán lesivos para la esfera privada y el ejercicio de los derechos de los particulares.

Es suficiente con constatar que, **al no poderse identificar con la suficiente precisión la finalidad del tratamiento de datos**, **tampoco puede enjuiciarse el carácter constitucionalmente legítimo de esa finalidad**, ni, en su caso, la **proporcionalidad de la medida** prevista de acuerdo con los principios de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad** en sentido estricto."

¿Y qué pasa con el resto del 58 bis?

Los datos hechos públicos o compartidos por votantes individuales, revelen o no opiniones políticas, siguen estando protegidos por la norma:

- El 9.2.e) RGPD no puede pretender legitimar el tratamiento de datos inferidos de datos manifiestamente públicos.
- No se pueden usar datos personales recogidos de medios de comunicación social sin cumplir con las obligaciones relativas a la **transparencia**, la **limitación de la finalidad** y la **legalidad**.

Aun cuando el tratamiento sea legal, se debe cumplir escrupulosamente la normativa de protección de datos, en especial los principios del art 5 RGPD.

Aplica el art 22 RGPD (influir en el voto es un "efecto legal", de acuerdo con el EDPB).

En caso de mensajes personalizados o segmentados, debe suministrarse a los votantes información adecuada que explique por qué están recibiendo un mensaje en particular, quién es responsable del mismo y cómo pueden ejercer sus derechos en materia de protección de datos.

¿QUE PODRÍA SALIR MAL?

I DEMOCRACY

MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN

Jorge García Herrero

Abogado

Delegado de protección de datos

C/ Claudio Moyano 8, 1ºB 47001 Valladolid

(+34) 699339560 jgh@jorgegarciaherrero.com