

PARTIDOS POLÍTICOS Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN CAMPAÑA ELECTORAL: TENSIONES Y CONFLICTOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

ROSARIO GARCÍA MAHAMUT¹
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad Jaume I de Castellón

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Campañas electorales y privacidad.
- III. El uso de Internet y la multiplicidad de conectores democráticos en época de cambio: la movilización de los votantes.
- IV. Incidencias y riesgos que genera un deficiente sistema de garantía de la privacidad de los electores: las grandes bases de datos ideológicos, punto de no retorno.
- V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto evidenciar y analizar algunos de los graves problemas vinculados al uso indebido que de los datos personales de los electores realizan los partidos políticos y candidatos cuando, durante la campaña electoral, utilizan, para hacer llegar su mensaje electoral y captar el sufragio del elector, vías poco costosas, más originales, pero absolutamente intrusivas para la protección de la privacidad.

La utilización de Webs, SMS, redes sociales, correos electrónicos, blogs, buzones de correos electrónicos, chats, plataformas, vídeos, llamadas automatizadas,

¹ Este trabajo se enmarca en los Proyectos de Investigación sobre la reforma del sistema europeo de protección de datos y su impacto en España (P1-1B2012-12 y del MINECO-2012-34764).

etc., no solo ha producido en España un genuino vuelco sobre el modo de hacer campaña electoral a través de una estrategia de comunicación política más personalizada, aunque de rasgos masivos, sino que el uso de estas nuevas tecnologías por quienes concurren a las elecciones también plantea numerosos interrogantes en torno al respeto de los principios constitucionales y legales que deben garantizar la competición electoral —principio de objetividad, principio de neutralidad política, principio de transparencia o principio de igualdad de armas— y su adecuado control. Además, se plantea una inédita problemática: la captación y tratamiento ilegítimo de los datos personales de los electores y el uso indebido que de los mismos se puede realizar en un ámbito de marcada confrontación política como son unas elecciones.

Son diversas las incidencias que un uso indebido de los datos personales de los electores y votantes puede tener en el buen fin que persiguen las reglas del juego democrático que garantizan la alternancia. Múltiples son, también, las disfunciones que se pueden producir en el normal funcionamiento del Estado democrático cuando un acopio masivo y no consentido de datos personales pueden estar permitiendo construir alternativas de poder lejos de la defensa del interés general.

Ámbito éste sobre el que actualmente y en profundidad está investigando, especialmente, la doctrina norteamericana y que conecta con la elaboración por los partidos políticos de grandes bases de datos de ciudadanos sobre los que se construye un perfil ideológico de cercanía o distanciamiento del partido que las elabora.

Los datos de los potenciales votantes son captados por los partidos a través de un nutrido abanico de fuentes que van desde las más tradicionales (periódicos, llamadas telefónicas, etc.) hasta las más novedosas. La utilización de los datos personales captados indebidamente para contactar con el elector puede vulnerar el contenido esencial del derecho a la protección de los datos. Pero, en otras ocasiones, es la propia herramienta utilizada la que sirve para hacer un acopio masivo de datos cuyo tratamiento no autorizado o consentido se convierte en un poderosísimo medio de vulneración del derecho.

Ciertamente el escenario es complejo y muy preocupante si de lo que hablamos es del acopio y del tratamiento de datos personales con carácter masivo que pueden revelar datos especialmente sensibles como el de ideología política sin el consentimiento expreso de las personas afectadas y sin las adecuadas garantías de confidencialidad y protección. Hay que recordar que el art. 8 de la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos², también señala que los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales

2 Sobre el proceso de revisión de esta norma, RALLO LOMBARTE, A.: «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma», *Revista de Derecho Político*, núm. 85, 2012, pp. 13 a 56.

que revelen, entre otros, las opiniones políticas, salvo, entre otras garantías, que la persona afectada otorgue su consentimiento explícito.

Pero, además, al abordar una segunda dimensión del problema, cabe plantearse si el acceso sin barreras a un electorado traspasando el derecho a la protección de los datos personales de los electores a través de un sinfín de herramientas tecnológicas sin regulación electoral plantea serias dudas sobre el cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad de armas que se impone en el Estado Democrático.

Sin duda, el uso de las nuevas herramientas tecnológicas que utilizan los partidos para conectar con la ciudadanía y hacer llegar su mensaje electoral durante la campaña electoral genera una serie de conflictos que deben resolverse en distintos planos normativos. Unos, deberán ser resueltos desde los principios que se predicen del proceso electoral en un sistema democrático y concretamente desde el principio de igualdad de armas entre los distintos contendientes en liza —esto es, deberán resolverse desde la normativa electoral *stricto sensu*—. Otros, sin embargo, se juegan en el campo del adecuado y proporcionado equilibrio que debe existir en la ponderación del ejercicio de dos derechos fundamentales en juego: el derecho a la participación política (en la doble vertiente de sufragio activo y pasivo) y el derecho a la protección de los datos personales. Finalmente, también nos podemos encontrar ante la directa vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales —lo que, lisa y llanamente, deberá resolverse exclusivamente aplicando la normativa sobre la protección de los datos personales (esencialmente, la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento de Desarrollo).

Sin embargo, lejos de contar con normas claras y adecuadas para resolver los conflictos que se plantean, nos encontramos con suficientes lagunas normativas y con un débil sistema de garantías que no permite resolver eficientemente algunos de los conflictos que se ciernen (como ha ocurrido en buena parte de los ordenamientos de nuestro entorno).

II. CAMPAÑAS ELECTORALES Y PRIVACIDAD

A) Precisiones normativas en torno al concepto campaña electoral

Debo advertir que no me detendré en la evolución de la diferenciación conceptual entre los términos campaña y pre-campaña electoral. Tampoco abordaré otros aspectos que se han visto modificados tanto por las reformas electorales como por las propias interpretaciones que, afectando a las mismas, ha venido realizando y aplicando la Junta Electoral Central a través de acuerdos, resoluciones o Instrucciones y que, siendo avaladas por el Tribunal Supremo y/o por el Tribunal Constitucional, inciden en aspectos colaterales a nuestro estudio.

La campaña electoral viene definida taxativamente en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) como «el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de los sufragios» (art. 50.4 de la LOREG). Dura 15 días, comienza el trigésimo octavo posterior a la convocatoria y termina, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación³ (art. 51 de la LOREG).

En el ordenamiento español se establece una prohibición expresa de difusión de propaganda electoral y actos de campaña electoral. Como señala en su nueva redacción el art. 53 de la LOREG, «No puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado». Ello sin perjuicio de las actividades realizadas por los partidos, coaliciones y federaciones en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente reconocidas y, en particular, en el art. 20 de la Constitución. No obstante lo anterior, «desde la convocatoria de las elecciones hasta el inicio legal de la campaña, queda prohibida la realización de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales, no pudiendo justificarse dichas actuaciones por el ejercicio de las actividades ordinarias de los partidos, coaliciones o federaciones reconocidas en el apartado anterior» (art. 53 de la LOREG).

Si bien la ley distingue entre los distintos actos y derechos que tienen las formaciones políticas en orden a la captación de sufragios, no hay una enumeración cerrada de los mismos.

No todos los medios de propaganda electoral son definidos o recogidos en la LOREG. Algunos de ellos sí que son reconocidos y regulados expresamente (publicidad electoral, espacios de propaganda electoral en los medios de comunicación públicos, derecho a espacios públicos para realizar mítines, etc.). Otros, a pesar de constituir claramente poderosos instrumentos de propaganda electoral —por ejemplo, los debates electorales entre los líderes de los partidos políticos o las entrevistas que se realizan a los mismos por los medios de comunicación— no se regulan como instrumentos de propaganda electoral y no hay mención expresa sobre los mismos. Tales modalidades de información son tratadas desde los principios que rigen la acción informativa de los medios de comunicación en período electoral.

³ Tal y como ha reiterado en numerosas ocasiones la Junta Electoral Central, en el día de reflexión no cabe publicar entrevistas con candidatos. Tampoco las de quienes no siendo candidatos ostentan cargos institucionales o estén vinculados con entidades políticas concurrentes a las elecciones sí a través de las mismas pueden influir en el sentido del voto. No obstante, sí cabe la publicación o difusión de referencias a los actos de campaña realizados el día de cierre de la misma siempre que aquéllas no constituyan propaganda electoral.

B) El derecho a la protección de los datos personales de los electores durante la campaña electoral

A los efectos de este estudio, conviene comenzar recordando que la singularidad del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) reside precisamente en el hecho de que, como ha subrayado el TC, su objeto es más amplio que el derecho a la intimidad y extiende su garantía no solo a la intimidad en la dimensión protegida por el art. 18.1 de la CE sino, también, a esa esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal⁴.

De ahí, precisamente, que «el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado» y, por ello, los datos de carácter personal amparados «son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»⁵.

Si los elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales —tal y como se ha encargado de subrayar el TC— residen en el derecho del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a conocer de los mismos, resulta indispensable para hacer efectivo el contenido del derecho el reconocimiento de los derechos a ser informado de quién posee esos datos y para qué fin y el derecho a oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigir del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, acceder a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido lo que alcanza también a posibles cesionarios, y, en su caso, requerir para que los rectifique o los cancele⁶.

La LOPD extiende su ámbito de aplicación y protección a cualquier tipo de tratamiento, automatizado o no, de los datos de carácter personal⁷, así como a

⁴ STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ 4.

⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

⁷ Recordemos, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que el concepto de «datos personales» comprende «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones» (Asunto Lindqvist, Sentencia del TJUE, de 6 de noviembre de 2003, F. 24).

cualquier modalidad de uso posterior de esos datos personales, ya se efectúe de forma automatizada o no, por el sector público o por el privado.

No obstante, conviene subrayar que el régimen de protección de datos que regula la LOPD, por mandato expreso de la norma, amén de excluir de la aplicación de la misma a algunos ficheros (art. 2.2 de la LOPD), señala expresamente (art. 2.3 de la LOPD) que se rigen por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta ley, una serie de tratamientos de datos personales y, entre ellos, expresamente figuran «los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral» (art. 2.3. a) de la LOPD).

¿Qué tipo de ficheros vienen regulados por la legislación de régimen electoral y en consecuencia se rigen por sus disposiciones específicas, y supletoriamente, por lo que dispone la LOPD?

Sin duda, el censo electoral constituye un fichero de datos de carácter personal al que la LOREG, así como los distintos Reales Decretos que lo desarrollan y complementan en este ámbito⁸, viene a dispensar esa regulación específica que excepciona, limita o matiza lo que con carácter general establece la LOPD para el tratamiento de datos de carácter personal.

El censo electoral es el fichero público por excelencia en unas elecciones que contiene, según dispone expresamente la LOREG, la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente del derecho de sufragio (art. 31.1 de la LOREG).

Debo hacer notar que una parte de los conflictos que se plantean en materia de protección de datos en unas elecciones —incluida la fase de campaña electoral— conecta, en parte, con el uso indebido que de los datos personales de los electores contenidos en el censo se pueda hacer. Ello obliga a tener presente algunas de las características propias del censo electoral como fichero público que contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y que constituyen excepciones, limitaciones o matizaciones a lo que con carácter general establece la LOPD tales como las que siguen:

- La inscripción en el censo electoral es obligatoria, tal y como mandata taxativamente el art. 32.1 de la LOREG. Ello constituye una excepción al principio general establecido en la LOPD (art. 6.1) de que el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado⁹, salvo que la Ley disponga otra cosa. El principio general de consentimiento de los afectados se desvirtúa completamente en este ámbito.

⁸ Real Decreto 1799/2003, de 26 de diciembre, por el que se regula el contenido de las listas electorales y de las copias del censo electoral modificado por el Real Decreto 288/2014, de 25 de abril.

⁹ Sobre los aspectos relativos al consentimiento y su desarrollo reglamentario puede consultarse a PUENTE ESCOBAR, A., «Consentimiento del afectado y deber de información», en *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 37 a 62.

- En este fichero se recogen, entre otros datos, el nombre, los apellidos, el número de documento nacional, el domicilio, grado de escolaridad, etc.¹⁰.
- La exposición pública de las listas durante los ocho días posteriores a la convocatoria de las elecciones solo tiene por objeto permitir las oportunas rectificaciones censales (art. 39.2 de la LOREG).
- Los datos de carácter personal provenientes del censo electoral, aunque durante su exposición se ponen a disposición del público en general y gozan de publicidad, no son fuentes accesibles al público¹¹. Es más, tal y como se desprende de los apartados 1 y 2 del art. 7 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, para que un fichero sea considerado fuente accesible al público, deberá encontrarse no sólo en la enumeración taxativa del art. 3 j) de la LOPD, sino que será preciso que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación.

En consecuencia, cabe concluir, a partir de tales disposiciones y en idéntica línea de lo interpretado por la JEC¹², por la Audiencia Nacional¹³ y por el Tribunal Supremo¹⁴ que, los datos de carácter personal provenientes del censo electoral, aunque durante su exposición se ponen a disposición del público en general, no son fuente de acceso público. Fundamentalmente por una razón: la finalidad y el destino del censo electoral no es otro que el registro de los electores, siendo su inscripción obligatoria, y la exposición pública de las listas durante los ocho días posteriores a la convocatoria de las elecciones como marca la LOREG no tiene otro objeto que permitir las oportunas rectificaciones censales.

Ello implica, como ha puesto de manifiesto reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que los datos obtenidos a través del censo por empresas

10 Real Decreto 288/2014, de 25 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1799/2003, de 26 de diciembre, por el que se regula el contenido de las listas electorales y de las copias del censo electoral.

11 Fuentes accesibles al público son, tal y como señala art.3 j) de la LOPD, «Aquello ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación al grupo. Así mismo, tiene el carácter de fuente de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación».

12 La JEC, en fecha de 2 de octubre de 1995 y en escrito de contestación al Director de la Agencia Española de Protección de Datos, subrayaba la prohibición contenida en el art. 41 de la LOREG añadiendo que no está permitida la recopilación de los datos personales contenidos en el censo electoral a través de cualquier medio «sea manual, fotográfico, informático o de cualquier otra naturaleza bajo las posibilidades legalmente precedentes».

13 Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5/10/2001.

14 Véase, por ejemplo, las SSTs de 18/10/2000, 23/9/2002 y 15/12/2004.

publicitarias constituyen una infracción del principio de consentimiento¹⁵ contenido en el art. 6.1 de la LOPD¹⁶.

Efectivamente, tal y como se recoge en la nueva redacción dada al apartado 5 del art. 41 de la LOREG por la reforma de 2011, los representantes de cada candidatura podrán obtener dentro de los dos días siguientes a la proclamación de su candidatura una copia del censo del distrito correspondiente, ordenado por mesas, en soporte apto para su tratamiento informático, que *podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley*. Alternativamente los representantes generales podrán obtener en las mismas condiciones una copia del censo vigente de los distritos donde su partido, federación o coalición presente candidaturas¹⁷.

Los datos personales que de cada elector contiene la copia del censo electoral vigente que se entrega a los representantes de las candidaturas y a los representantes generales solamente pueden ser utilizados para los fines que prevé la propia LOREG. Algunos de estos fines son expresos y otros hay que deducirlo e interpretarlos.

Entre los fines expresos destacan aquéllos que derivan de la propia función del registro de electores que cumple el censo electoral y del control del mismo como instrumento a través del cual se garantiza la limpieza del proceso electoral.

En esta línea, destaca el art. 38.2 de la LOREG que habilita, tras reforma expresa en 2011, a los representantes de las candidaturas o representantes de los partidos, federaciones y coaliciones para impugnar el censo de las circunscripciones que hubieren registrado un incremento de residentes significativo y no justificado que hubiera dado lugar a la comunicación a que se refiere el art. 30.c), dentro del plazo de cinco días siguientes al momento en que tuvieron conocimiento de tal comunicación.

Los otros fines conectan directamente con la función de los partidos de dar a conocer su programa electoral, contribuir a conformar la libre opinión pública y

15 Ahora bien, como ha puesto de manifiesto, entre otros, Lesmes, no toda utilización de los datos procedentes del censo electoral fuera de los supuestos contemplados en la LOREG constituye una infracción al principio de consentimiento (LESMES SERRANO, C., «Comentario al artículo 2 de la LOPD», *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 85). De hecho, el Tribunal Supremo amparó el acceso a la documentación del padrón municipal en las dependencias municipales a los concejales que habían recurrido un acuerdo de su alcalde, por entender que los concejales están legitimados para participar en la elaboración del padrón municipal entendiéndose que la petición de examen del padrón responde claramente a la función representativa de los mismos (STS de 9/2/1998).

16 La JEC, ante la denuncia presentada sobre disposiciones de ficheros de censo electoral de la población española relativa a empresas privadas, acordó poner tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal por si pudiera ser constitutivo de delito electoral (Acuerdo de la JEC de 7 de abril de 1995).

17 No obstante, las juntas electorales, mediante resolución motivada, pueden suspender cautelarmente la entrega de las copias del censo a los representantes cuando la proclamación de sus candidaturas haya sido objeto de recurso o cuando se considere que podrían estar incurso en alguna de las circunstancias previstas en el art. 44.4 de la LOREG.

convencer al electorado de que constituyen la mejor opción política para lo que se les solicita el voto. Sin embargo, para la consecución de tales fines no hay una habilitación expresa de la LOREG sobre el uso en campaña electoral de los datos personales que se contienen en el censo electoral. No obstante ello debe deducirse de la interpretación sistemática de otros preceptos.

A estos efectos, del art. 130 de la LOREG, relativo a los gastos electorales, cabe deducir que los datos del censo electoral pueden ser utilizados por quienes concurren a las elecciones para:

1. Enviar al elector propaganda y publicidad directa o indirectamente dirigida a promover el voto a sus candidaturas.
2. Enviar los sobres y papeletas electorales.

En tales supuestos hay que aplicar lo que determine la LOREG para el uso de los datos del censo y la normativa de protección de datos solamente se aplicará de forma supletoria.

Hay dos límites que expresamente actúan en el ámbito de la aplicación del juego de normas: uno, el temporal y otro, el material. Por lo que afecta al primero no cabe duda de que los datos personales extraídos del censo y cuyo uso y tratamiento está excepcionado de la aplicación de la LOPD en período electoral, se verá limitado por el ámbito temporal en el que los partidos pueden utilizar tales datos y que se ve mediatizado por la duración de la campaña electoral.

Es decir, salvo que se obtenga el consentimiento expreso del afectado, el partido político no puede hacer llegar mensajes electorales de comunicación política a los electores utilizando datos como nombre, apellidos, dirección, etc., una vez finalizada la campaña electoral¹⁸. Pero, además, si la LOREG habilita a los partidos políticos para tratar los datos del censo sin el consentimiento del afectado durante el período de campaña electoral para hacerle llegar la propaganda electoral¹⁹, sin embargo, subraya la AEPD «que ese tratamiento debe hacerse en las condiciones establecidas legalmente, es decir, en el domicilio electoral facilitado por el Instituto Nacional de Estadística a los partidos políticos en el último censo electoral entregado»²⁰.

A todos los efectos anteriores, debemos tener presente para enjuiciar las actuaciones de los distintos actores en campaña electoral lo dispuesto en el Real

18 Tampoco podrán ser utilizados los datos para enviar a su domicilio propaganda solicitando el voto en la denominada precampaña electoral. En cuyo caso no solo estaríamos ante la vulneración, que conocerán las Juntas electorales para instruir el oportuno expediente sancionador, de la prohibición del art.53 de la LOREG (AC de la JEC de 8 de mayo de 2007) sino también del derecho a la protección de los datos personales por vulneración del art. 6.1 de la LOPD.

19 Como recuerda la JEC, los partidos son responsables de que las listas del censo electoral a la que tienen acceso se utilicen para los fines exclusivamente electorales (Acuerdo de la JEC de 24 de marzo de 2008).

20 Véase, entre otros, el Procedimiento, N° PS/00187/2009 y Resolución R/01131/2010 o el Procedimiento N° PS/00095/2009 y Resolución R/01132/2010 de la AEPD.

Decreto 288/2014, de 25 de abril²¹, por el que se modifica el Real Decreto 1799/2003, de 26 de diciembre. Éste prevé en su art. 5, relativo a las copias del censo electoral, que las entregas a los representantes de las candidaturas de las copias del censo de residentes en España se realizarán entre los días vigésimo octavo y vigésimo noveno posteriores a la convocatoria y las del censo de electores residentes-ausentes que viven en el extranjero, entre los días trigésimo quinto y trigésimo sexto después de la convocatoria, con la información de las solicitudes de voto disponible hasta el trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria.

No se olvide que los datos de los electores residentes en España (españoles y nacionales de otros Estados con derecho de voto en España) que figuran en la copia del censo son: a) número de orden, b) apellidos y nombre, c) provincia y municipio de residencia, d) distrito, sección y mesa electoral, e) domicilio, f) fecha de nacimiento: día, mes y año y g) país de nacionalidad, para los electores nacionales de otros Estados (art. 5.3.1. Real Decreto 288/2014, de 25 de abril).

Los datos que se contiene en la copia del censo electoral que se les entrega a los representantes de las candidaturas de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero son idénticos a lo anterior pero se incluye un dato de enorme importancia: «el indicador de haber solicitado el voto» y, en lugar del país de nacionalidad, el «país de residencia» (art. 5.3.2 del Real Decreto 288/2014, de 25 de abril).

En definitiva, los datos personales contenidos en estos ficheros públicos solamente pueden ser utilizados, en los términos y con los límites de la LOREG, por los representantes de los partidos políticos para los fines electorales que contempla la misma. Ello incluye el control de las elecciones en las propias mesas electorales por parte de los interventores y, fuera de ello, para hacer llegar la propaganda y la publicidad electoral al domicilio del elector en período de campaña electoral.

21 Real Decreto que mejora, aunque de forma un tanto complicada para el elector, aspectos de la publicidad de los datos personales que se contenían en la lista de votación publicitada en los locales electorales, tal y como recoge la propia exposición del Real Decreto: «con la exposición pública del callejero y del rango de iniciales del primer apellido se facilita suficientemente la identificación de las mesas electorales, a la vez que se contribuye a mejorar la protección de los datos de carácter personal de los electores, se elimina la exposición pública de las listas de votación que se viene realizando». Ciertamente, en este ámbito no cabe olvidar los problemas que genera la lista de votantes. Según establece el art. 3 del Real Decreto en los locales electorales se dispondrá de dos listas por cada mesa electoral, una con el callejero de la sección electoral a la que pertenece y el rango alfabético de iniciales del primer apellido de los electores que contiene, para su exposición pública y la otra, con los electores de las listas de votación, para uso de la mesa. Las listas de los españoles residentes en el municipio, incluye para cada elector los siguientes datos: a) número de orden, b) indicador de voto por correo, c) apellidos y nombre, d) fecha de nacimiento: día, mes y año y e) número del documento nacional de identidad. Las listas de los españoles residentes-ausentes que viven en el extranjero contienen exactamente los datos anteriores pero, a diferencia del anterior, excluyen el número del DNI e introducen el país de residencia. Por su parte, las listas de electores nacionales de otros Estados reproducen los datos del anterior salvo que, en lugar del dato del país de residencia, aparece el país de nacionalidad (art. 4 del Real Decreto 1799/2003 en su versión modificada del 2014).

Finalizada la campaña electoral y ya fuera del período electoral, los partidos no pueden utilizar los datos personales contenidos en copias del censo electoral para ningún fin sin obtener previamente el consentimiento de las personas afectadas para usar y tratar sus datos con fines de comunicación política. De hecho, son innumerables las ocasiones en las que el envío de publicidad partidaria fuera del período electoral ha sido sancionada por la AEPD y de ahí también la consideración de la JEC de que «al no tipificarse como infracción electoral el uso de los datos de censo en actos de campaña electoral, su uso indebido debe combatirse mediante denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos o mediante acciones judiciales» (Acuerdo de la JEC de 27 de septiembre de 1999).

Pero además, debe recordarse que, en palabras del TC, «consentir la recogida y tratamiento de los datos personales no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros... Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos, supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado»²².

Cuando se suscitan conflictos durante la campaña electoral con el envío de la publicidad electoral que afectan a la protección de los datos personales de los electores su resolución en derecho no plantea grandes problemas.

C) El uso de las nuevas tecnologías en campaña electoral: la garantía de la privacidad de los electores y de la igualdad de armas entre los contendientes políticos como problemáticas nucleares

En plena concordancia con la era digital, los partidos políticos, lógicamente, no se conforman con el envío al domicilio del elector de su publicidad y propaganda electoral. Utilizan otros medios muy distintos al tradicional envío de documentación y propaganda para conectar directa y personalmente con el elector y con un rasgo característico: la conexión personal se realiza masivamente.

De forma cotidiana y casi habitual, los partidos políticos en España, al igual que en el resto de países, han incorporado el uso de medios tecnológicos lo que les permite llegar al electorado de forma personalizada²³, directa, económica, incisiva y poco controlada por los operadores jurídicos.

²² STC 292/2000, de 30 de noviembre.

²³ Debe observarse que el uso de Internet como herramienta de campaña permite comunicar a los partidos y a los candidatos con los demás ciudadanos, con los grupos de presión y con distintos colectivos con un simple clic de ratón, a la vez que al mismo tiempo permite compatibilizarlo con la campaña tradicional. No en vano son numerosos los estudios que tratan de cuantificar sus efectos en los modelos de comunicación política y en los diseños de las propias campañas y su incidencia, incluso, en la organización partidaria en distintos sistemas. A tal efecto, remitimos, entre otros, a los interesantes estudios de LATIMER, CH.P., «Utilizing the Internet as a Campaign Tool: The Relationship Between Incumbency, Political Party Affiliation, Election Outcomes, and the Quality of Campaign Web sites in the United States», *Journal of Information Technology & Politics*, 4:3, 2008, 81-

En esa legítima ambición de utilizar vías poco costosas y más originales para hacer llegar su mensaje político y captar la atención del elector se utilizan, sin embargo, herramientas que resultan absolutamente intrusivas en la protección de datos. Claro ejemplo de uso de esas nuevas herramientas son el envío de mensajes de textos²⁴ a teléfonos móviles, llamadas automatizadas a domicilios, mensajes de voz, vídeos difundidos a través de la telefonía móvil, e-mail, etc.

Huelga decir que sobre la utilización de estos medios nada dice la LOREG²⁵. Los conflictos, sin embargo, son de hondo calado o apuntan grandes disfunciones no solo en lo que afecta a la dimensión subjetiva del derecho a la protección de datos sino, incluso, a las propias consecuencias que ello acarrea en relación con el art. 23 CE.

De la lectura sistemática de los preceptos constitucionales que consagran el derecho de participación política en su doble vertiente de derecho de sufragio activo y pasivo en condiciones de igualdad (art. 23 CE), así como la de aquéllos que consagran los pilares esenciales de un sistema democrático basado, como no podía ser de otro modo, en elecciones democráticas que se sustentan en el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, se deducen una serie de principios que concretan normativamente un modelo de funciona-

95, DOI: 10.1080/19331680801915074 (<http://dx.doi.org/10.1080/19331680801915074>); GIBSON, R. K. & McALLISTER, I., «Does Cyber-Campaigning Win Votes? Online Communication in the 2004 Australian Election», *Journal of Elections, Public Opinion & Parties*, 16:3, 2006, pp. 243-263, DOI: 10.1080/13689880600950527 (<http://dx.doi.org/10.1080/13689880600950527>); GIBSON, R. K. & RÖMMELE, A., «Truth and consequence in web campaigning: is there an academic digital divide?», *European Political Science*, 4(3), 2005, pp. 273-287; R. GIBSON & S. WARD., «Parties in the Digital age — a review article», *Representation*, 45:1, 2009, 87-100, DOI: 10.1080/00344890802710888 (<http://dx.doi.org/10.1080/00344890802710888>).

Ello sin olvidar el uso de Twitter y los recientes estudios que tratan de medir su impacto. A tales efectos resulta de interés el artículo de ANDERS OLOF LARSSON, 'Of course we are on Facebook': Use and non-use of social media among Swedish and Norwegian politicians, *European Journal of Communication*, 16 de mayo 2014, DOI: 0267323114531383v1-267323114531383 (<http://www.uk.sagepub.com/aboutus/openaccess.htm>). Para el caso español véase ARAGÓN, P., KAROLIN KAPPLER EVA, KALTENBRUNNER, A., LANIADO, D., VOLKOVICH, Y., «Communication dynamics in twitter during political campaigns: The case of the 2011 Spanish national election», *Policy&Internet*, vol 5, núm.2, 2013, pp. 183-206. En idéntica línea conviene detenerse en lo que se ha dado en llamar la campaña permanente que es la que se realiza a través de las redes sociales y lo que está determinando modelos de investigación que tratan de evaluar las distintas conexiones entre el uso de redes sociales por parte de los candidatos y las fases de las campañas electorales, remitimos por su actualidad al estudio de OLOF LARSSON, A., «Online, all the time? A quantitative assessment of the permanent campaign on Facebook», *New Media Society*, published online 17 June 2014, DOI: 10.1177/1461444814538798.

²⁴ Resulta de interés recordar la íntima vinculación que se produce entre el uso de estos instrumentos y los límites en la financiación de las campañas lo que aboca a un uso más prodigado de estos instrumentos. No en vano, la reforma del art. 53 de la LOREG se fundamenta en el ahorro de las campañas electorales al reducir la publicidad y propaganda electoral en período electoral. Sobre algunos de los fundamentos en lo que se sustenta la decisión del legislador remitimos, entre otros, a SANTOLAYA MACHETTI, P., «Algunos problemas de la regulación de las campañas electorales» *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2010, p. 257 y ss., ARANDA ÁLVAREZ, E., «La reforma electoral. Los cambios que afectan a las campañas electorales», *Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: La reforma continua y discontinua*, Instituto de Derecho Público, Madrid, 2011, pp. 355 y ss.

²⁵ Sin embargo, la JEC tempranamente acordó que la remisión de propaganda electoral a través de internet no es un acto prohibido por la normativa electoral (Ac. 3 de junio de 1991 JEC).

miento de la libre concurrencia de las formaciones políticas en las competiciones electorales.

Desde esta perspectiva, garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la competición electoral de quienes concurren a las elecciones constituye un objetivo prioritario. Los principios electorales de libre concurrencia, competitividad e igualdad de oportunidades constituyen la clave de bóveda de las elecciones como institución clave de un régimen democrático. De ahí que nuestro ordenamiento trate de evitar cualquier posición de abuso dominante entre los competidores electorales a través de mecanismos y principios que también deben ser muy tenidos en cuenta cuando hablamos del uso de las nuevas tecnologías en la campaña electoral —como se ha encargado de subrayar la JEC²⁶—.

De entre los mecanismos y principios que garantizan la igualdad de oportunidades, competitividad y libre concurrencia destacan²⁷: a) En el ámbito económico, la imposición de límite de gasto en publicidad en pancartas, banderolas, en prensa o radios privadas que no pueden superar un determinado límite de gasto; límites en subvenciones para el envío directo y personal a los electores de sobres y papeletas y de propaganda y publicidad electoral²⁸; se imponen, también, prohibiciones de aportación a las cuentas electorales de fondos de cualquier administración pública, organismos o empresas privadas, límites de las aportaciones de personas físicas o jurídicas, etc. b) La trascendencia de las elecciones como institución clave del régimen democrático obliga a un tratamiento normativo singular del proceso de formación de la opinión pública en período electoral y, en particular, a una ponderación del ejercicio de las libertades constitucionales de información y expresión que garanticen la vigencia efectiva de los principios de libre concurrencia, objetividad y transparencia en el proceso electoral e igualdad de armas. c) Se impone el respeto al pluralismo político y social y la neutralidad informativa a los medios de titularidad pública que se extiende a las privadas²⁹.

Sin embargo, nada dice la LOREG acerca de la utilización de los medios electrónicos de comunicación y de su tratamiento normativo a fin de garantizar efectivamente los principios de neutralidad política, transparencia e igualdad de armas.

26 Vid. Instrucción de la JEC 4/2007 de 12 de abril de 2007.

27 Remitimos, por todos, a SÁNCHEZ MUÑOZ, O., *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, CEPC, Madrid, 2007.

28 Resulta necesario tener presente la conexión jurídica inescindible que se produce entre los límites de gastos electorales, campaña electoral y principio de igualdad de armas. Sobre el particular remitimos, por todos, a SÁNCHEZ MUÑOZ, O., «Cuestiones relativas a la financiación de los gastos electorales y al desarrollo de la campaña en los medios de comunicación», *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral: Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 617 y ss.

29 Sobre el particular, remitimos, por todos, a GARCÍA MAHAMUT, R. y RALLO LOMBARTE, A., «Neutralidad y pluralismo de los medios de comunicación en las campañas electorales: La reforma de la LOREG de 2011», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, 2013, pp. 201 a 240.

De hecho, a pesar de que en las dos Legislaturas anteriores se procedió a reformas de calado de la LOREG, no se acometió ninguna que afectara a la utilización de las nuevas tecnologías. En todo caso, es cierto que, ante los distintos incidentes que surgieron en elecciones pasadas con su utilización como instrumentos de propaganda electoral por los partidos políticos, la JEC aprobó la Instrucción 4/2007, de 12 de abril, sobre la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónicas como instrumento de propaganda electoral.

El principal objeto de esta Instrucción fue establecer que las limitaciones contenidas en la legislación electoral en materia de campaña electoral, o en un referéndum, debían ser aplicables —no solo por los poderes públicos o corporaciones locales sino también por los candidatos, formaciones políticas, coaliciones electorales o agrupaciones electorales— a los sistemas de información y de comunicación electrónicos que se encontrasen directa o indirectamente bajo su dependencia cuando se empleasen nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónicas³⁰.

A pesar de lo anterior, siguen persistiendo las numerosas dudas que se ciernen sobre el uso de las mismas desde la perspectiva del respeto escrupuloso de la LOREG cuando garantiza la transparencia e igualdad de armas. A ello hay que añadir la vinculación del uso de esos medios tecnológicos con el acceso masivo a datos personales que no cumplen en su captación y tratamiento con todos los derechos que rodean al ejercicio y reconocimiento de los mismos.

Muy al contrario. Tras la reforma de la LOREG de 2011 —que no incorpora, por cierto, la sugerencia que elevó la JEC de introducir en la misma el contenido de la Instrucción 4/2007—, la nueva redacción del art. 53 limita la posibilidad de que las entidades concurrentes a las elecciones puedan realizar determinados actos de propaganda electoral como la contratación de espacios publicitarios o la petición directa del voto, antes y después del período de campaña electoral³¹.

Efectivamente, conforme establece este artículo, desde la fecha de publicación de la convocatoria de un proceso electoral hasta el trigésimo séptimo día posterior a la convocatoria «queda prohibida la difusión de publicidad o propaganda electoral mediante carteles, soportes comerciales o inserciones en prensa, radio u otros medios digitales» sin que dichas actuaciones «puedan justificarse por el ejercicio de las funciones constitucionalmente reconocidas a los partidos, federaciones y coaliciones», y, en particular, de acuerdo con este precepto, en el derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 20 de la CE.

30 A efectos de esta Instrucción, se entiende por nuevas tecnologías de la información y de la comunicación electrónica, «cualquier tipo de equipos, sistemas, programas o dispositivos electrónicos que permitan la difusión de información, ideas u opiniones, sea mediante páginas web, foros, chats, correo electrónico u otros medios en Internet, sea mediante mensajes de telefonía móvil (SMS) u otros análogos».

31 Sobre los aspectos globales de la reforma de 2011 remitimos a CHUECA RODRÍGUEZ, R. y GAVARA DE CARA, J.C., *La reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, CEPC, Madrid, 2011.

Tras la reforma de numerosos preceptos que afectan a las Secciones IV, V y VI del Cap. VI del Título I de la LOREG, la JEC aprobó varias Instrucciones. De ellas interesa destacar la Instrucción 3/2011 que³², en el ámbito de las campañas electorales, de la propaganda y de la prohibición de realizar publicidad electoral por parte de los poderes públicos, no olvida el uso de las nuevas tecnologías por quienes concurren a las elecciones tanto en sentido negativo como positivo.

En esta línea cabe recordar, por ejemplo, la prohibición contenida en el apartado primero, 2, de la Instrucción de la JEC 3/2011 que establece que «las formaciones políticas y las candidaturas no podrán contratar directamente ni a través de tercero, espacios, soportes o sitios para la difusión de publicidad o propaganda electoral, ya se realice en lugares, públicos (jardines, plazas, parques, etc.), ya en soportes comerciales de cualquier tipo, sean vallas, muebles urbanos para la presentación de información («mupis»), objetos publicitarios iluminados («opis»), cabinas, medios de transporte o similares. Tampoco está permitida la inserción de anuncios en prensa o revistas, o en cuñas radiofónicas, o en formatos publicitarios en Internet («banners»), o en canales comerciales de televisión, o en otros soportes en medios digitales».

A *sensu contrario*, el apartado segundo de esta misma Instrucción prevé expresamente entre los actos permitidos y no contrarios al art. 53 de la LOREG a quienes concurren a las elecciones:

- La realización y distribución de folletos, cartas o panfletos, o el reparto de soportes electrónicos (cd, dvd, memorias usb, etc.), en los que se den a conocer los candidatos o el programa electoral.
- El envío de correos electrónicos o de mensajes sms, o la distribución de contenidos por radiofrecuencia (bluetooth) para dar a conocer a los candidatos o el programa electoral, siempre que no implique la contratación de un tercero para su realización.
- La creación o utilización de páginas web o sitios web de recopilación de textos o artículos (blogs) de las formaciones políticas o de los candidatos, o la participación en redes sociales (Facebook, Twitter, Tuenti, etc.), siempre que no suponga ningún tipo de contratación comercial para su realización.

Nada se dice acerca de cómo debe respetarse la privacidad de los electores en el ejercicio de estas facultades —ni siquiera una remisión genérica a la LOPD lo que resulta absolutamente llamativo, especialmente cuando se observa la ventaja que nos llevan los Estados de nuestro entorno que trasponiendo la misma Direc-

32 Instrucción 3/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación de la prohibición de realización de campaña electoral incluida en el art. 53 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

tiva y teniendo parecidas leyes de protección de datos han establecido claros límites que salvaguardan la privacidad del elector³³—.

El uso por quienes concurren a las elecciones de cualquier instrumento tecnológico destinado a la captación de los sufragios (SMS, redes sociales, correos electrónicos, buzón de correo electrónico, etc.) precisa, como mínimo, de una previsión expresa sobre la prohibición de acceso, uso y tratamiento de aquellos datos personales obtenidos sin el consentimiento expreso del afectado y que se utilicen con fines de campaña electoral.

Huelga decir que no solo no se presta una debida atención a la posible vulneración masiva de datos de carácter personal sino que, por lo demás, la atención se centra desde el cumplimiento de las reglas del juego democrático en comprobar si esos mensajes, llamadas, etc., se realizan en período de campaña electoral o fuera de la campaña electoral vulnerando los principios reguladores del proceso electoral (entre ellos el de la prohibición de hacer campaña fuera de los 15 días que establece la LOREG).

Lo demás queda en manos de la AEPD y de la aplicación de la LOPD en actos que se suponen aislados y que afectan a la vulneración del derecho individualmente considerado. No son pocas las ocasiones en que ello ocurre como comprobaremos con posterioridad.

No deja de llamar la atención cómo la LOREG, profundamente reformada hace más de tres años, regula detalladamente aspectos de las campañas electorales propias de hace medio siglo (colocación de pancartas, banderolas, uso de locales...) y, por el contrario, no regula aspectos de enorme importancia y repercusión para un cumplimiento eficaz de los principios democráticos que garantizan la igualdad de armas entre los partidos que concurren a las elecciones.

No parece razonable que, con el uso que realizan los partidos de Internet durante toda la campaña electoral, en la LOREG no exista disposición expresa que regule todos los aspectos que afectan a la misma del mismo modo que lo hace cuando de forma milimétrica regula la aparición de los candidatos ante los medios de comunicación social para garantizar los principios de pluralismo e igualdad y los principios de proporcionalidad y neutralidad informativa, tanto en la programación de los medios de titularidad pública en período electoral, como en los debates y entrevistas electorales y en la información relativa a la campaña electoral para las emisoras de titularidad privada (arts. 66 y 67 de la LOREG).

Sin duda, uno de los elementos de mayor enjundia a nuestros efectos lo constituye el enorme contraste que supone todo un catálogo de preceptos electorales que regulan milimétricamente la posición de igualdad entre los contendientes en los típicos y tradicionales formatos a través de los cuales se realiza la campaña

33 Las Autoridades de Protección de Datos han deducido de los conflictos auténticos principios que han sistematizado a través de Instrucciones, Guías y Recomendaciones que presentan muchos aspectos en común en la forma de guiar la actuación de los partidos políticos durante las elecciones.

electoral (especialmente en lo que afecta a la utilización de los medios de comunicación) y la capacidad que tienen los actores electorales de hacer llegar su mensaje político de forma cada vez más personalizada, incisiva, persuasiva y por canales no controlados de impacto masivo³⁴.

Mientras las reglas del proceso electoral y el sistema de garantía que las rodea y protege tratan de garantizar la posición de igualdad entre los contendientes durante los períodos electorales —de ahí el tratamiento casi matemático del que es objeto la información que afecta a los candidatos y a los partidos en los medios de comunicación—, éstos tratan de llegar a la médula y al corazón de cada votante a través de medios que no solamente ponen en juego la imparcialidad del sistema sino que, por el contrario, lo pueden hacer captando datos de potenciales votantes susceptibles de ser tratados sin su consentimiento —permitiéndoles a la vez elaborar grandes bases de datos de perfiles ideológicos sobre los que rentabilizar una campaña personalizada—.

D) Las grandes lagunas normativas de la LOREG y las débiles respuestas de la LOPD frente al uso de comunicaciones electrónicas en campaña electoral

Conviene observar que, ya fuera del respeto del principio de igualdad entre los actores en liza, amén de la LOREG, la LOPD establece una serie de límites que deben ser en todo caso respetados por los partidos políticos en el uso de datos personales de los ciudadanos a quienes se quieren hacer llegar los programas o mensajes de carácter político a través de esos medios de comunicación.

En estos casos hay que acudir a la LOPD para tratar de resolver los conflictos que se plantean puesto que es la LOPD la que se aplica supletoriamente a las situaciones que no regula la LOREG.

Más allá de los datos personales que se contienen en el censo electoral cuyo tratamiento y uso permite a los partidos hacer llegar al elector a su domicilio la publicidad electoral —sin que a éste se le pida previamente su consentimiento y a cuyo envío no se puede oponer—, cabe preguntarse qué tipo de datos obtenidos a través de las correspondientes fuentes son susceptibles de ser utilizados sin el consentimiento expreso del afectado (art. 6.1 LOPD). Datos evidentemente sobre los que el ciudadano afectado puede ejercer frente al titular del fichero sus correspondientes derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

³⁴ Sin duda, comparto la opinión de R. Rubio en el sentido de que Internet no solo supone un canal que revoluciona el modo de hacer la campaña electoral, sino que en sí mismo esta revolución afecta al contenido esencial de la propia campaña electoral de tal forma que la regulación electoral vigente no resulta suficiente para dar respuesta a los retos que se plantean (RUBIO NÚÑEZ, R., «Nuevas tendencias de regulación del uso de las nuevas tecnologías en campaña electoral», *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, Cívitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 330).

Dada la variedad de instrumentos utilizados para captar el sufragio por candidatos y partidos políticos abordaremos estas cuestiones a partir de algunos de los conflictos que se han planteado ante la AEPD.

Ello no puede obviar que los partidos utilizan con fines de campaña electoral el envío de mensajes de textos a teléfonos móviles, el envío de correos electrónicos, las llamadas a domicilios automatizadas, mensajes de voz, videos difundidos a través de la telefonía móvil, etc.

En relación con el envío de propaganda electoral a la dirección del correo electrónico del elector, dado que la LOREG no habilita la dirección de correo electrónico como dato personal que consta en el censo electoral, no cabe el envío de esta documentación sin la obtención previa del consentimiento expreso del afectado. Así se ha pronunciado la AEPD en distintas ocasiones. Tampoco los números de teléfonos móviles constituyen datos que se contienen en el censo electoral y la respuesta es idéntica a la anterior.

No obstante, en España se prohíbe el *spam*³⁵ de carácter comercial pero no así el de comunicaciones políticas, a diferencia de sus homólogos, en período electoral³⁶. La LSSI, en su art. 21.1, prohíbe de forma expresa «el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas»³⁷.

Sin embargo en países como, por ejemplo, el Reino Unido las comunicaciones políticas enviadas a través de medios electrónicos son consideradas marketing directo y en consecuencia se impone la prohibición de utilizar medios electrónicos de comunicación (SMS, correos electrónicos, etc.) para solicitar el voto al elector, salvo que se cuente con el consentimiento expreso del afectado tal y como ocurre con en el envío de publicidad comercial³⁸.

Esta concepción, como he analizado en otro lugar³⁹, en numerosos ordenamientos europeos deriva de la aplicación y transposición de la Directiva 2002/58/

35 Actualmente se denomina «spam» a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por «spam» cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

36 De ahí que frente a envíos de *sms* no aleatorios a teléfonos móviles por parte de partido político en período electoral, la AEPD haya sancionado económicamente al partido político por vulneración del art.6.1 de la LOPD.

37 Como ha señalado la AEPD en el Procedimiento sancionador N° PS/00681/2013, Resolución R/00591/2014, p. 4.

38 Véase la *Guidance for political parties for campaigning or promotional purposes* (<https://ico.org.uk/>) emitida por el ICO (Information Commissioner's Office).

39 GARCÍA MAHAMUT, R., «Elecciones y Protección de Datos: Los grandes desafíos para la Unión Europea», *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, (Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R. Ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 499 y ss.

CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁴⁰. De tal forma que el marketing político realizado a través de comunicaciones electrónicas está sujeto al cumplimiento de los principios y prohibiciones que garantizan la privacidad en las correspondientes leyes de comercio electrónico.

Como ya en su momento afirmé, esta interpretación del ICO —aplicada, también, en Italia o en Francia—, avalada por los Tribunales en Reino Unido, ha sido puesta en entredicho por un sector de la doctrina⁴¹ porque, efectivamente, no existe una definición de "marketing directo" en los instrumentos normativos de Reino Unido ni en la Directiva 2002/58/CE y, en consecuencia, la posición del ICO⁴² no se fundamenta en una fuente legal incontestable.

A diferencia de sus homólogos, la interpretación que en España ha venido realizando la AEPD concluye que las comunicaciones políticas en medios electrónicos no se consideran marketing directo. Esta es una posición de la que se alejan las interpretaciones que han realizado las autoridades de protección de datos. No cabe olvidar que el bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada en diversos ordenamientos (de ahí su consideración como publicidad comercial y su sujeción a las mismas reglas que rigen para aquéllas).

Otras de las cuestiones que se globalizan son las llamadas a domicilio y las llamadas automáticas. En España no han trascendido tales prácticas como problemáticas. No es este el supuesto de otros ordenamientos que ya hace años establecen reglas claras en torno a la sujeción de los partidos políticos también sobre el particular. En general la posición del AEPD se reconduce a cómo se han obtenido los números de teléfonos y si constan en fuentes de acceso público. Las soluciones que se aplican en otros ordenamientos se ajustan, en contrapartida, al constante avance de tecnologías que captan de forma rápida e inminente datos personales que se contienen en fuentes de acceso público. Esto ha permitido madurar conforme a la aplicación de las oportunas leyes de protección de datos la actuación de los partidos políticos en este ámbito.

No obstante, a efectos del ordenamiento español, habrá que aclarar los límites y principios que deberán ser aplicados para responder a cuestiones que se siguen planteando los partidos políticos en el ámbito electoral tales como las que

40 La Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE de 25 de noviembre, introdujo en la Unión Europea la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de comunicaciones electrónicas con fines comerciales. De tal forma que «cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra».

41 DAITHÍ MAC SÍTHIGH: «I'd tell you everything if you'd pick up that telephone»: political expression and data protection, *European Human Rights Law Review* at [2011] EHRLR 166-175.

42 *Guidance for political parties for campaigning or promotional purposes* (<https://ico.org.uk/>).

siguen: ¿cabe obtener datos personales de las propias redes sociales, de la web y de otros medios de comunicación social para contactar a través de esos medios con el elector sin obtener su consentimiento previo y sin que pueda oponerse a tales comunicaciones?⁴³; ¿es lícito elaborar ficheros de electores con los correos electrónicos corporativos —por cierto, fuente de acceso público— para convencer sobre determinadas políticas que recogen los programas electorales y que afectan a determinado colectivo del que forma parte el elector?; ¿cabe elaborar ficheros de electores que contengan sus números de teléfonos al objeto de realizar llamadas automáticas para dar a conocer el programa electoral y solicitar el voto?; ¿es lícito que los partidos puedan acogerse a la habilitación legal de los datos contenidos en las fuentes de acceso público para obtener datos personales del elector al objeto de comunicarse a través de cualquier medio para convencerles de que constituyen la mejor opción política sin que ello esté expresamente contemplado?

A mi juicio, nuestro ordenamiento no está ofreciendo respuestas satisfactorias a los conflictos jurídicos que afectan gravemente a distintos ámbitos de la privacidad de los electores.

E) La extensión globalizada del problema y el *soft law* como respuesta: agencias independientes como instrumento de control de los partidos en las campañas electorales

A pesar de la magnitud de los conflictos que se plantean en el ámbito de la privacidad de los electores y que se van a seguir multiplicándose por la *vis expansiva* que supone el uso constante de nuevas tecnologías en un ámbito de clara confrontación política como lo son las elecciones —y que resultan comunes en otros ordenamientos de nuestro entorno—, lo cierto es que no puede afirmarse que hayan constituido amenazas o conflictos sobresalientes entre nosotros.

Cabe afirmar que tales conflictos no encuentran un adecuado y específico marco normativo nacional —en el escenario comunitario— que permita garantizar razonablemente el derecho a la protección de los datos de los electores a la vez que garantice la igualdad de oportunidades de los contendientes políticos cuando se utilizan las nuevas tecnologías de modo más incisivo —tal y como se desprende de la normativa electoral y de protección de datos de ordenamientos de nuestro entorno europeo—.

⁴³ «La conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones constituye un “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales” en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 95/46» (TJUE, Asunto Lindqvist. Asunto C-101/01). Como recuerda la AEPD, «Los tribunales de justicia son muy rigurosos en la interpretación de esta norma (art. 3.f) de la LOPD), no admitiendo más fuentes accesibles al público que las allí relacionadas, entre las que no se encuentra Internet» (Procedimiento N° PS/00366/2012, Resolución R/00161/2013, p. 17).

Como ya he estudiado en otro lugar⁴⁴, son esencialmente las autoridades encargadas de velar por la protección de los datos personales en países como Francia, Reino Unido o Italia, entre otras, las que se esfuerzan en profundizar en la búsqueda de adecuadas soluciones y adoptar decisiones que, a modo de Guías y Recomendaciones, orientan la actuación de los partidos políticos en esta materia.

Efectivamente, los partidos políticos deben atender en campaña electoral las consideraciones dictadas por las agencias de protección de datos. En el Reino Unido, el ICO ha dictado la *Guidance for political parties for campaigning or promotional purposes*. En Francia, la CNIL ha adoptado la *Délibération n° 2012-020 du 26 janvier 2012 portant recommandation relative à la mise en œuvre par les partis ou groupements à caractère politique, élus ou candidats à des fonctions électives de fichiers dans le cadre de leurs activités politiques* (JORF n°0034 du 9 février 2012, Texte n°86, FR) y en Italia el Garante ha emitido, entre otras, el *Provvedimento in materia di trattamento di dati presso i partiti politici e di esonero dall'informativa per fini di propaganda elettorale, 2014* (Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 2014, IT).

Muy lejos de sus homólogos europeos la Agencia Española de Protección de Datos no ha dictado ninguna Instrucción, Guía o Recomendaciones al efecto. Ciertamente, hasta ahora no se ha producido una alarma social sobre el particular que nos coloque ante la inminente necesidad de orientar a los partidos. No obstante conviene añadir inmediatamente que son numerosos los casos que llegan a la AEPD y hay material suficiente para dictar una Instrucción al efecto como lo han hecho las Agencias de otros países de la Unión Europea.

Si bien son las agencias de protección de datos las que tratan de poner puertas al campo en materia de privacidad en las campañas electorales, se echa en falta un marco normativo que dé cuerpo y textura al *soft law* que en esta materia se va imponiendo por la fuerza de los hechos.

De hecho cabe hacer constar el salto cualitativo que en materia de campaña electoral merece el tratamiento particular de los datos personales cuya finalidad es la propaganda electoral cuando conecta con la comunicación política en los últimos diez años.

A tales efectos resulta muy ilustrativo lo que ha sucedido en el ordenamiento italiano. El novedoso y vigente *Provvedimento* de 6 de marzo de 2014, que sustituye al de febrero de 2004 y de septiembre de 2005, prevé expresamente que no pueden ser utilizados para fines de campaña electoral los datos personales disponibles en los sitios institucionales de los sujetos públicos sobre la base de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de transparencia de las informaciones concernientes a las organizaciones y la actividad de las administraciones públicas. Tampoco los datos que se recogen libremente de la web. Se prevé la prohibición expresa general con fines de propaganda electoral y comunica-

44 GARCÍA MAHAMUT, R., «Elecciones y Protección de Datos: Los grandes desafíos para la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 481 y ss.

ción política sobre la recopilación y posterior uso de una categoría de datos que se obtienen libremente de la web.

En fin, a pesar de la diligencia que muestran las Agencias de Protección de Datos para que los partidos y los candidatos respeten la privacidad de las personas también durante las elecciones, lo cierto es que no se consiguen evitar las infracciones por la debilidad que ofrecen, a mi juicio, esencialmente, los instrumentos a través de los que se trata de garantizar (guías y recomendaciones) que los partidos o los candidatos no vulneren la normativa que protege la captación o el tratamiento de los datos personales sin el consentimiento del ciudadano afectado.

III. EL USO DE INTERNET Y LA MULTIPLICIDAD DE CONECTORES DEMOCRÁTICOS EN ÉPOCA DE CAMBIO: LA MOVILIZACIÓN DE LOS VOTANTES

Internet constituye no solamente un vehículo de modernización de las campañas electorales sino también un poderoso medio de profesionalización de las mismas al potenciar la comunicación directa entre partidos/candidatos y votantes a partir de la utilización de diversas plataformas (sms, llamadas, videoconferencias, etc)⁴⁵.

No sin razón, Zittel⁴⁶ afirma que el aumento de la debilidad de las organizaciones partidistas en las democracias europeas, refuerza el papel de Internet como mecanismo de modernización. A su juicio, los partidos confían cada vez menos en su propia organización como vehículo para las campañas electorales debido a la disminución de sus miembros en las democracias más consolidadas. Ello genera la necesidad de que las élites de los partidos desarrollen nuevas herramientas y estrategias para comunicarse con el votante.

Sin embargo, frente a las campañas online profesionalizadas de los partidos que llegan directamente a los ciudadanos sin pasar por las estructuras locales partidarias hay otro tipo de campañas online individualizadas que son las que llevan a cabo personalmente los candidatos. Las diferencias y el aumento de unas

45 En perspectiva metodológica remitimos al interesante trabajo y a la bibliografía allí citada de ANSTEAD, N. & CHADWICK, A., «Parties, election campaigning and the internet: toward a comparative institutional approach», in: A. Chadwick & P. Howard (Eds) *Handbook of Internet Politics* (New York:Routledge), 2008. Debe, no obstante, advertirse que este trabajo analiza comparativamente Reino Unido y Estados Unidos. Por otro lado, remitimos al interesante estudio planteado desde la perspectiva del ciudadano, es decir analizando cómo los ciudadanos han utilizado Internet para la información política —si bien circunscrito a la República de Irlanda—, de SUDULICH, M.L., «Can the Internet Reinvent Democracy?», *Irish Political Studies*, Vol. 26, No. 4, 563-577, December 2011, DOI: 10.1080/07907184.2011.619750.

46 ZITTEL, T., «Lost in Technology? Political Parties and the Online Campaigns of Constituency Candidates in Germany's Mixed Member Electoral System», *Journal of Information Technology & Politics*, 6:3-4, 2009, p. 299, DOI: 10.1080/19331680903048832.

y otras dependen de una multiplicidad de factores (estado centralizado o fuertemente descentralizado, sistema de partidos, fórmula electoral, etc.) y, muy especialmente, en gran medida de un sistema electoral (mayoritario o proporcional) que establezca la apertura de las listas electorales u opte por listas cerradas y bloqueadas o decida, como en el caso alemán, combinarlo.

Esto determinará, como demuestran empíricamente ya varios estudios, opciones de estrategia de campaña electoral en Internet que, en aumento, conjugan un doble escenario (con consecuencias también para el propio sistema de partidos): el que plantean los partidos y el que plantean personalmente los candidatos⁴⁷. Desde esta perspectiva, cabe compartir la apreciación⁴⁸ de que si los actores individuales en el ámbito local desarrollan un interés político en el uso de estas nuevas oportunidades para buscar un voto personal, internet podría servir como una poderosa herramienta para que los candidatos llevaran a cabo campañas online individualizadas que contradigan los esfuerzos de las llevadas a cabo por los controles centralizados.

De hecho, como sostiene Zittel, «el debilitamiento de los partidos políticos en los electorados europeos podría empujar a los candidatos a no depender de una marca en declive en sus campañas, sino, más bien, a establecerse como nuevas empresas»⁴⁹.

No podemos, sin embargo, obviar la idea ya consolidada de que efectivamente Internet no es la panacea en el ámbito de la comunicación política⁵⁰. De hecho, científicamente se analiza y combate el optimismo de los defensores de internet en el ámbito de la comunicación política; empero incluso en este campo dialéctico permean en el análisis diferencias sistémicas que no permiten arrojar resultados homogéneos como han analizado, entre otros, N. Anstead y A. Chadwick⁵¹.

47 Por lo que afecta a tales incidencias recomendamos el análisis que los datos arrojan en el estudio de Zittel sobre el sistema alemán tan traído a colación en España al combinar el sistema de voto personalizado con un régimen basado en una lista y la comparativa a su vez con el trabajo que el autor realiza del estudio de GIBSON, R. K., & RÖMMELE, A., «Down periscope»: The search for high-tech campaigning at the local level in the 2002 German Federal Election», *Journal of E-Government*, 2, 2005, pp 85-109. También, y desde una perspectiva comparada resulta de interés la obra colectiva editada POR KLUVER, R., JANKOWSKI, NJ, FOOT, K.A. Y SHNEIDER, S.M., *The Internet and National Elections: A Comparative Study of Web Campaigning*, Routledge, New York, 2007.

48 ZITTEL, T., «Lost in Technology?», *op. cit.*, p. 299.

49 ZITTEL, T., «Lost in Technology?», *op. cit.*, p. 309.

50 COLEMAN, S., «Cutting out the middle man. From virtual representation to direct deliberation», *Digital Democracy. Discourse and Decision Making in the Information Age*, Hague, B. & Loader B., (Eds), London and New York: Routledge, 1999; COLEMAN, S. AND HALL, N., E; «Spinning on the web: E-Campaigning and Beyond», *Cyberspace Odyssey—the internet in the 2001 UK election*, Coleman S (ed), Hansard Society, London, 2001.

51 Efectivamente, «The five dimensions outlined—the level of systemic institutional pluralism, the organization of membership and supporters, the processes through which candidates are recruited and selected, the financial demands and regulations surrounding campaigns, and existing campaign communication structures—will play a role in explaining differences in Internet campaigning across a wide variety of political

Si lo positivo del sistema es la capacidad comunicativa de los actores electorales con los ciudadanos y la conformación de opinión pública, la cruz no es otra que la elaboración de enormes bases de datos. Bases de datos que identifican perfiles ideológicos y que rebasan fronteras⁵²

Son numerosas las fuentes desde las que obtener información de los electores. Como subrayan, entre otros, Bennett⁵³ o Howard y Kreiss⁵⁴ en el marco de estudios comparados, las partes capturan información sobre los votantes de una variedad ingente de fuentes, incluyendo las que se obtienen de declaraciones públicas (por ejemplo, cartas a los periódicos locales o publicaciones en los blogs). De estas fuentes, las partes rastrean cuestiones claves y tendencias de votos para su uso en la publicidad o en la estrategia de formación. Todo ello sin olvidar que en numerosas ocasiones los potenciales votantes pueden revelar información personal y sensible a los diputados y partidos.

Sin duda, habrá que prepararse en España ante esta nueva realidad porque si bien es verdad que la minería de datos en el ámbito electoral y su utilización dista de la que se lleva a cabo especialmente en Estados Unidos, parece que las propuestas de reforma que están sobre la mesa en el debate político nos conducen hacia una nueva realidad. Por ejemplo, si se hiciera efectiva la propuesta de desbloquear las listas electorales no resultaría absurdo pensar que los candidatos necesitarían hacer campañas más individualizadas y utilizarían buena parte de los instrumentos tecnológicos que ayudaran a contactar personal y masivamente con los ciudadanos.

La limitación de recursos y lo barato que resulta el uso de Internet constituyen poderosas razones a tener en cuenta. Buena parte del éxito de Podemos en las elecciones al Parlamento europeo de 2014, siendo una fuerza absolutamente desconocida, se explica porque ha utilizado masivamente las redes sociales para contactar con los votantes. Mientras que las fuerzas políticas institucionalizadas se sometían a la vigilancia y cumplimiento milimétrico de lo que establece la LOREG la campaña electoral de una pujante fuerza política se estaba jugando en terreno ajeno a la LOREG.

systems» (Anstead, N., and Chadwick, A., «Parties, election campaigning, and the Internet. Toward a comparative institutional approach...», *op. cit.*, p. 71).

52 Como recuerdan Howard y Kreiss, «The UK Conservative Party purchased the US Republican Party's database system, Voter Vault, in 2005. It is a relational database that draws from electoral rolls, census data, commercial data, and canvassing records to identify probable conservative supporters and swing voters that can be micro-targeted» HOWARD, P. N. Y KREISS, D., «Political parties and voter privacy: Australia, Canada, the United Kingdom and United States in comparative perspective», *First Monday*, Vol.15, n. 12-6, diciembre de 2010, DOI: 10.5210 / fm.v15i12.2975 (<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2975/2627>).

53 BENNETT, COLIN J. AND BAYLEY, R.M., «Canadian federal political parties and personal privacy protection: A comparative analysis» (March 2012), <http://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2012/>, p. 16.

54 HOWARD, P. N. Y KREISS, D., «Political parties and voter privacy: Australia, Canada, the United Kingdom and United States in comparative perspective»..., *op. cit.*

IV. INCIDENCIAS Y RIESGOS QUE GENERA UN DEFICIENTE SISTEMA DE GARANTÍA DE LA PRIVACIDAD DE LOS ELECTORES: LAS GRANDES BASES DE DATOS IDEOLÓGICAS, PUNTO DE NO RETORNO

No cabe perder de vista la entidad de los riesgos que se ciernen sobre el derecho a la privacidad de los ciudadanos cuando los datos personales se asocian a bases de datos. No debemos olvidar que, cuando los partidos manejan grandes cantidades de información personal, ésta también puede ser susceptible de ser compartida con personas que ayudan en la labor de campaña.

Como han puesto de relieve autores como Benet y Baley⁵⁵, si bien alguno de los riesgos refiere a que la información personal caiga en manos equivocadas o sea utilizada para fines no autorizados, lo cierto es que «la información también se puede obtener de las manos equivocadas por falta de atención, falta de controles apropiados, intercambios inapropiados o mala intención. Esto puede conllevar daños a las personas en términos de robo de identidad, acoso o la negación de servicios y derechos», y sin duda más allá de los riesgos individuales, existen, utilizando idéntica expresión que Benet⁵⁶, riesgos sociales tales como que los ciudadanos pierdan la confianza en las organizaciones partidarias cuando descubren que los datos personales están siendo utilizados y divulgados para fines sobre los que no eran conscientes y para los cuales no habían otorgado su consentimiento.

Evidentemente, las fuentes a través de las que se pueden captar datos no solo son inmensas sino que además pueden afectar a personas que mantienen vínculos con los partidos y sobre los que la LOPD dispensa distintas modulaciones en el tratamiento de tales datos. Pensemos, por ejemplo, en el uso ilegítimo que se puede realizar de los datos personales captados mediante la participación en elecciones primarias de simpatizantes o personas que, sin estar inscritas en el partidos político, ceden sus datos para que sean tratados para determinados fines, con el fin exclusivo de participar en las elecciones primarias del concreto partido político, independientemente del vínculo ideológico con ese partidos y de que en las elecciones se vote o no al mismo partido. La inobservancia o la debilidad de un sistema de garantías en materia de protección de datos tienen consecuencias incalculables que pueden ir más allá de la vulneración masiva del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Conviene ser muy conscientes de que, parafraseando al Tribunal de Luxemburgo⁵⁷, no contamos con garantías suficientes, como las que exige el art. 8 de la

55 BENNETT, COLIN J. and BAYLEY, R. M., «Canadian federal political parties and personal privacy protection: A comparative analysis»..., *op. cit.*, p. 22.

56 BENNETT, COLIN J. and BAYLEY, R. M., «Canadian federal political parties and personal privacy protection: A comparative analysis»..., *op. cit.*, p. 24.

57 Sentencia de 8 abril 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Digital Rights Ireland* (F.66).

Carta de Derechos Fundamentales, que permitan asegurar una protección eficaz de los datos conservados contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y utilización ilícitos respecto de tales datos.

Si no fortalecemos los aspectos legales referidos a que los partidos puedan a través de la tecnología realizar acopio masivo de datos personales de electores y potenciales votantes, lo que les permitirá sin demasiados problemas realizar una mega base de datos de perfil ideológico, nos encontraremos ante muy serios y graves problemas. El tratamiento de la información personal por nuevas tecnologías que hacen un uso masivo y profundo de los datos personales alcanzará un impacto en la esfera privada sin parangón. Si la información personal a cada minuto que pasa alcanza un mayor valor económico, el de las preferencias políticas resultará incalculable.

Basta seguir y cotejar los resultados de votación de cada mesa electoral y cruzar las distintas bases de datos que contienen los datos personales del que ha votado y del que no lo ha hecho (domicilio del elector, preferencias en encuestas que permitan identificar al elector con las encuestas de promoción, uso de datos privados obtenidos de aparentes fuentes públicas, directorios, redes sociales y un buen software que capte y cruce los datos) para obtener un magnífico mapa no solo de intenciones electorales sino de claros perfiles ideológicos. Ello por no mencionar el impacto de la minería de datos⁵⁸: implicaría en el ámbito político, a mi juicio, la alteración definitiva de las reglas del juego democrático si no se produce un control sobre las herramientas y sus usos en el proceso electoral.

Conviene ofrecer un botón de muestra en relación con alguno de los expedientes sancionadores abiertos por la AEPD contra partidos políticos que en su ámbito territorial elaboraron un documento en soporte papel conteniendo datos personales de los electores de un municipio en las elecciones municipales.

Recordemos que en el municipio de Ares, en las elecciones municipales de mayo de 2003, el Alcalde presentó una denuncia —mayo de 2004⁵⁹— ante la AEPD contra candidatos a la Alcaldía de otros partidos políticos por haber realizado un uso indebido de datos particulares de los habitantes del municipio. Se denunciaba la elaboración de una relación de personas que incluía datos sobre la opinión e ideología de las mismas haciendo constar, entre otras cuestiones, si los

58 La minería de datos, entendida como proceso que detecta la información procesable a partir de un conjunto de grandes datos, utiliza un análisis matemático para deducir patrones y tendencias que se encuentran en los mismos datos. Remitimos para un análisis sobre estos aspectos al estudio de EVANS, CH., «It's the Autonomy, Stupid: Political Data-Mining and Voter Privacy in the Information Age», *MIN-N.J.L.SCI.&TECH.*, Vol. 13:2, p. 868. (http://mjlst.umn.edu/prod/groups/ahc/@pub/@ahc/@mjlst/documents/content/ahc_content_396754.pdf). La afirmación que realiza el autor sobre el sistema americano resulta contundente: Las bases de datos gestionadas por los principales partidos políticos así como por los candidatos y consultores contienen información obtenida y comprada de fuentes públicas y privadas de casi todos los votantes en los Estados Unidos. El objetivo de estos «expedientes digitales» es perfilar los posibles votantes e identificar la minería de datos.

59 Procedimiento N° PS/00139/2005, Resolución R/00772/2005 (<http://www.agpd.es/>).

electores habían ejercido su derecho a voto. Como hechos probados, la AEPD constata la elaboración de un documento en soporte papel que contenía los datos de 200 electores donde aparecían: «número de orden del censo», «votó», «apellidos y nombre», «dirección de empadronamiento», «domicilio de residencia» y «observaciones». En la columna de «Observaciones» se recogía: «Familiar del (...) del PP D.(...), «la dirección en la que figura empadronado no existe», la dirección en la que está empadronado es una casa en ruinas propiedad de la (...) del PP (...)». En algunos casos, también constaban números de teléfono.

La AEPD, tras la oportuna inspección y apertura del procedimiento sancionador, acaba imponiendo sanción por infracción grave⁶⁰ a dos de los partidos denunciados. Al tercero lo hizo en expediente distinto⁶¹

Según manifestaron los partidos denunciados en sus escritos de alegaciones, «los datos relativos al número de orden del censo, apellidos y nombre, dirección de empadronamiento y domicilio de residencia se obtuvieron del censo, el número de teléfono y direcciones de residencia se obtuvieron de las guías telefónicas y la indicación sobre si el elector votó o no se facilitó por los apoderados e interventores y, en el campo de observaciones del documento, se incluyeron hechos de notoriedad y de dominio público».

Las bases de datos de votantes convertidas en expedientes digitales que identifican al elector y sus preferencias pueden, cómo no, frustrar el voto secreto porque aunque los votantes siguen disfrutando de absoluta privacidad una vez que entran en la cabina de votación, los rasgos que predicen su votación y que son captados tanto de fuentes públicas como privadas lejos de las mesas electorales pueden vulnerar el derecho al voto secreto no sujeto a presiones ni a compras.

Resulta a todas luces necesario regular todos estos aspectos de forma detallada más allá de la regulación genérica del derecho a la protección de datos contenida en la LOPD. El legislador debe tener muy presente para qué se van a utilizar esos datos y su necesidad y adecuación para la finalidad que se persigue en un proceso electoral.

V. CONCLUSIONES

El uso de las TICs por los partidos políticos durante la campaña electoral demanda una previsión jurídica expresa que adapte de forma efectiva el uso de instrumentos de información y comunicación electrónicos a los principios predicables del proceso electoral contenidos en la LOREG y que, además, garantice efectivamente que el uso de las mismas respete escrupulosamente el derecho a la

⁶⁰ Resulta de interés el análisis sobre la evolución en materia sancionadora de la AEPD efectuado por RALLO LOMBARTE, A.: Estudio sobre la evolución del régimen sancionador en la legislación de protección de datos, *Revista de Estudios Políticos*, n. 166, octubre-diciembre (2014), pp. 95-121.

⁶¹ Procedimiento N° PS/00357/2005, Resolución R/00222/2006 (<http://www.agpd.es/>).

protección de los datos personales. Solo así tendremos la oportunidad de que se pueda reaccionar ante vulneraciones masivas del derecho a la protección de los datos personales a la vez que evitar que el acceso masivo y el tratamiento indebido de los datos de los electores puedan, desde la falta de transparencia y desde el ineficiente sistema de garantías, conducir a un abuso de posiciones de dominio en la competición electoral.

Sin el menor atisbo de duda cabe reafirmarse en que la comunicación entre partidos, candidatos y electores resulta esencial en el proceso democrático. Sin duda, para los partidos políticos y para los candidatos el propósito de la campaña electoral es convencer al electorado para que vaya a votarles. Pero, ¿cómo compatibilizar el derecho a la privacidad de los electores y a unas campañas activas, directas y personalizadas entre candidato/partido y elector?

De hecho, no debe descartarse en modo alguno que haya que plantearse la posibilidad de abrir un escenario normativo más flexible que permita a los partidos hacer un uso de datos personales de los electores que hoy no contiene el censo electoral pero cuyo tratamiento y uso esté sujeto a reglas claras y a procedimientos sancionadores expuestos. Ello debería permitir a los partidos comunicarse con sus electores de forma rápida, económica y más personalizada a la vez que posibilitar un sistema eficaz de garantías ajustado a límites claros y precisos sobre el derecho a la privacidad de los electores.

El escenario normativo actual no ofrece respuestas adecuadas que afronten los retos que ya se plantean y que se avecinan (que van de la mano de potentes herramientas tecnológicas que captan datos de forma masiva e indiscriminada de los electores). Tampoco garantiza que se pueda actuar con rapidez y eficacia en la investigación de los posibles abusos en materia de privacidad durante los procesos electorales.

La realidad se muestra tozuda y habrá que prepararse para afrontar la existencia de bases de datos por parte de los partidos que capturarán información sobre los votantes de una variedad de fuentes importantes. Ello se pondrá a disposición de campañas personalizadas y dirigidas a concretos segmentos del electorado. Lo que abre una perspectiva no demasiado alentadora: ¿dónde queremos poner los límites?

Deslindar de forma clara y expresa los mecanismos jurídicos que garanticen en sus aplicaciones el pleno respeto de los derechos que integran la protección de los datos personales durante los procesos electorales constituye una exigencia del Estado Democrático. La práctica habitual consistente en que las Agencias de Protección de Datos de nuestro entorno establezcan reglas claras sobre el uso y tratamiento de datos personales que pueden realizar los partidos durante las elecciones resulta bastante ilustrativo.

Entre las propuestas sobre las que cabría reflexionar en nuestro sistema destacarían:

1. La LOREG debería contener una mención expresa, aunque sea por remisión, a cómo deben funcionar las excepciones del derecho a la protección

- de los datos en los procesos electorales (no sólo durante el período en que se debe realizar la campaña electoral sino, también, durante todo el período electoral).
2. En un primer estadio, resultarían convenientes y oportunas Instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos que contuvieran reglas claras y precisas sobre el correcto uso de los datos personales por los partidos durante las elecciones. En ellas podría diferenciarse entre aquellos datos que pueden ser utilizados sin consentimiento del afectado (aquellos que la LOREG explícitamente señala), aquellos que pueden ser utilizados sin consentimiento expreso pero siempre informando al afectado (militantes), los que solo pueden ser utilizados si se ha obtenido el consentimiento expreso de la persona afectada y los que, en ningún caso, pueden ser utilizados (por ejemplo, los que pueden obtenerse fruto del desarrollo de actividades institucionales).
 3. Resultaría de lo más deseable determinar con claridad, sectorial y normativamente, quién y para qué se van a utilizar los datos —éstos, como no puede ser de otro modo, deberán ser necesarios y adecuados para la finalidad perseguida⁶²—. A efectos de oportunas investigaciones, no debe desdesharse en el ámbito del control de gastos llevado a cabo por los partidos políticos, la inclusión de información específica como la de los servicios de marketing contratados y un mayor desglose de los contenidos de los mismos.
 4. Debe enfatizarse la exigencia de políticas de auditoría externa que acrediten que los partidos políticos cuentan con sistemas de protección de la información personal —particularmente, de los electores—.

En fin, no debería finalizarse esta reflexión sin advertir que la desconexión entre partidos y ciudadanos se acentuará en la medida en que el ciudadano perciba que la relación entre partidos y ciudadanos comporta el ataque a su privacidad.

TITLE: *Political Parties and data protection in electoral campaigns: tensions and conflicts in the Spanish legal system*

ABSTRACT: *The fast development and use of new information and communication technologies (especially, the Internet) has changed traditional ways and tools of electoral propaganda and information of political parties and candidates in electoral campaigns. The use of new technologies in electoral campaigns carried out by political parties raises serious conflicts with voters personal data safeguards (especially when using citizens personal data to send them political messages through emails, mobile phone messages, voice messages, automated phone calls, etc.). This research is focused on answering key issues as how to make data protection*

62 A estos efectos resulta de interés la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 9.

right compatible with direct and personalized campaign or how to avoid that technological development breaches the main principles of the right to data protection in the electoral process.

RESUMEN: *El rápido desarrollo y profuso uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, especialmente de Internet, han transformado las formas tradicionales de realizar campaña electoral por parte de los partidos y de los candidatos. El uso de las TICs permite llegar al electorado de forma personalizada, directa, económica, incisiva y poco controlada jurídicamente. Sin embargo, el uso de nuevas tecnologías dirigidas a captar el sufragio pone en jaque el derecho a la protección de los datos personales de los electores. Su uso plantea serias dudas sobre la garantía de los principios de transparencia, objetividad e igualdad de armas entre los contendientes políticos en el proceso electoral. La captación masiva de datos personales y su tratamiento y uso indebido sin el previo conocimiento y consentimiento expreso de los afectados plantea serios problemas jurídicos a los que el ordenamiento no ofrece respuestas adecuadas. Ni la LOREG ni la LOPD, ni su normativa de desarrollo, ofrecen adecuadas respuestas a los retos del futuro inmediato. El presente trabajo trata de dar respuestas a los conflictos jurídicos que se plantean y avanza propuestas de reforma de la legislación referida.*

KEY WORDS: *Political parties, elections, electoral campaign, the right to data protection, electoral register, electoral propaganda, ICTs, communication political, Representation of the People Institutional Act.*

PALABRAS CLAVE: *partidos políticos, elecciones, campaña electoral, protección de datos, censo electoral, propaganda electoral, TICs, comunicación política, Ley Orgánica del Régimen Electoral General.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.10.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 04.02.2015