

# ELECCIONES Y MUNDO DIGITAL

Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ

## 1. AMENAZAS PARA LA DEMOCRACIA EN LAS CAMPAÑAS DIGITALES: NECESIDAD DE UNA RESPUESTA

Las campañas electorales se han transformado profundamente en los últimos años al ritmo que marcan los avances de la sociedad digital y existe una conciencia generalizada de que su regulación se está quedando obsoleta para hacer frente a nuevas situaciones que ponen en riesgo la integridad de los procesos electorales.

Cierto es que los avances tecnológicos tienen aspectos muy positivos: han permitido una mejor comunicación entre candidatos y electores y, en algunos casos, han abaratado las campañas al hacerlas menos dependientes de la publicidad en los medios de comunicación tradicionales. Pero hay también aspectos muy preocupantes, especialmente cuando entra en juego una tecnología potencialmente tan disruptiva como la inteligencia artificial<sup>1</sup>.

La difusión masiva de desinformación y el empleo del análisis de *big data* con fines electorales han hecho saltar las alarmas en las instituciones nacionales e internacionales y en la comunidad académica. Son fenómenos que están minando la confianza de los ciudadanos en los procesos electorales en la medida en que atacan el que es quizás, en mi opinión, el principio básico que define a unas

---

<sup>1</sup> Véanse, en este sentido, las reflexiones de Yuval Noah HARARI, «Why technology favors tyranny», *The Atlantic*, october 2018.

«elecciones libres»: la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales<sup>2</sup>.

La difusión masiva de desinformación, especialmente cuando se lleva a cabo mediante campañas organizadas, desarrolladas por ciberejércitos o a través de mecanismos automatizados de amplificación, y las técnicas de microsegmentación de los mensajes basadas en el análisis de big data, con independencia de la influencia que puedan tener sobre los resultados electorales, que está todavía por demostrar<sup>3</sup>, representan una amenaza para la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales por varias razones:

(1) En primer lugar, porque desvirtúan la naturaleza abierta y plural del debate público preelectoral, que está dejando de ser, siquiera en apariencia, una conversación abierta y plural, para convertirse en un agregado de microconversaciones cerradas, opacas y sin apenas posibilidad de contraste de opiniones.

(2) En segundo lugar, porque posibilitan la opacidad de los mensajes electorales. Hay un grave problema de falta de transparencia que afecta a la naturaleza publicitaria de los mensajes que recibimos —ya no podemos distinguir qué es publicidad y qué no lo es—, a su autoría real, al algoritmo que hace que seamos destinatarios de los mismos, a su coste y a la identidad de quién lo paga, entre otros aspectos.

(3) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque estos métodos facilitan la elusión del cumplimiento de las normas sobre financiación de las campañas. Basta, por ejemplo, con leer los informes de la Comisión Electoral del Reino Unido sobre la campaña del Brexit para tomar conciencia de la gravedad de este problema<sup>4</sup>.

(4) Y, en cuarto lugar, porque estos métodos hacen más vulnerables a las democracias frente a las injerencias de actores poderosos y de potencias extranjeras.

La idea de que el remedio frente a estos peligros es simplemente garantizar la máxima libertad de expresión en la red, confiando en que el «mercado de las ideas» se autorregule, es una vana ilusión porque las distorsiones propias de la comunicación online son de un alcance sin precedentes en la historia de la humanidad. No seamos ingenuos: en el mercado de las ideas digital, la verdad, simplemen-

<sup>2</sup> Ó. SÁNCHEZ MUÑOZ, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 3.

<sup>3</sup> Ó. SÁNCHEZ MUÑOZ, *La regulación de las campañas electorales en la era digital*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, pp. 63 y ss.

<sup>4</sup> Sirvan como ejemplo los siguientes informes: Electoral Commission. *Investigation: Leave.EU Group Limited* (11/05/2018); Electoral Commission. *Investigation: Vote Leave Ltd, Mr Darren Grimes, BeLeave and Veterans for Britain* (17 de julio de 2018, actualizada a 14 de agosto de 2019); Electoral Commission: *Report on investigation into payments made to Better for the Country and Leave.EU* (1 de noviembre de 2018, actualizado a 18 de abril de 2019).

te, no prevalece<sup>5</sup>. Ciertamente, en el mercado de las ideas analógico tampoco era todo de color de rosa y es verdad que la desinformación y la mentira son viejas compañeras de viaje de las campañas electorales desde que el mundo es mundo. Pero, sin negar lo anterior, tenemos que ser conscientes de que en la era de la posverdad digital<sup>6</sup>, debido a las técnicas altamente agresivas, engañosas e invasivas que se emplean para la difusión de los mensajes y debido a los sesgos cognitivos que genera el ecosistema digital de la información<sup>7</sup>, cada vez resulta más difícil confiar en que pueda existir un debate público robusto, abierto y plural.

Por tanto, cruzarse de brazos no es la solución. Hay que hacer algo, pero hay que ser extremadamente cuidadosos y huir de respuestas simplistas que puedan suponer un retroceso en libertades esenciales para la propia democracia. Así lo advierte el *Informe sobre tecnología digital y elecciones* de la Comisión de Venecia cuando señala que «una intervención indebida del Estado puede llegar a socavar los mismos derechos que pretende proteger»<sup>8</sup>. Esta inquietud quedó reflejada también en la *Declaración Conjunta* que realizaron en 2017 los representantes de los mecanismos internacionales encargados de la promoción de la libertad de expresión, donde se señala que «prohibiciones generales de la difusión de informaciones apoyadas sobre ideas vagas y ambiguas, como “noticias falsas” o “información no objetiva” son incompatibles con los derechos humanos»<sup>9</sup>.

¿Cómo ha de ser, entonces, la respuesta? Teniendo en cuenta los diversos derechos e intereses en juego —libertad de expresión, privacidad, libertad de empresa, integridad de los procesos electorales—, los diversos actores implicados —ciudadanía, gobiernos, organizaciones internacionales, autoridades independientes, compañías tecnológicas, medios de comunicación, partidos políticos— y el carácter global de los problemas detectados, parece sensato que la respuesta que se dé a

---

<sup>5</sup> P. M. NAPOLI, «What If More Speech Is No Longer the Solution: First Amendment Theory Meets Fake News and the Filter Bubble», *Federal Communications Law Journal*, 70 (1), 2018, p. 59.

<sup>6</sup> Véase, sobre la amenaza que supone la posverdad para la democracia, R. RUBIO NÚÑEZ, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista de Derecho Político*, núm. 103, 2018, pp. 191-228.

<sup>7</sup> Es frecuente la referencia a las «cámaras de eco» y a las «burbujas de filtros» o a como Internet está favoreciendo el extremismo y la polarización política. Véase, al respecto, Ó. SÁNCHEZ MUÑOZ, *La regulación de las campañas electorales en la era digital*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, pp. 29 y ss.

<sup>8</sup> Comisión de Venecia, *Report on digital technologies and elections*. CDL-AD(2019)016. Aprobado en la Sesión Plenaria de 21-22 de junio de 2019.

<sup>9</sup> UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, OSCE Representative on Freedom of the Media, OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, ACHPR Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, *Joint declaration on freedom of expression and “fake news”, disinformation and propaganda* (2017).

esta problemática sea una *respuesta multinivel*, que combine medidas adoptadas en el plano internacional o supranacional (en el caso de la Unión Europea), con medidas estatales. Debe ser también una *respuesta multidimensional*, abordando las distintas facetas del problema —control de contenidos, procedimientos de difusión, tratamiento de datos, responsabilidad jurídica de los intermediarios de internet, etc.—. Asimismo, ha de ser una *respuesta multidireccional*, en la que el «enfoque de arriba hacia abajo» —normas vinculantes y medidas coercitivas— debe combinarse con el «enfoque horizontal» —autorregulación—, e incluso con el «enfoque de abajo hacia arriba» —representado por iniciativas de tipo colaborativo surgidas de la propia sociedad—. Por último, la respuesta ha de integrar tanto *medidas negativas*, destinadas a imponer limitaciones a la actuación de los distintos sujetos implicados —por ejemplo, la retirada de los contenidos considerados dañinos o la imposición de obligaciones de transparencia—, como *medidas positivas*, destinadas a promover una comunicación social óptima, ámbito en el que podemos englobar, por ejemplo, el fomento de una información de calidad, por ejemplo, a través de la verificación (*factchecking*) y la mejora de la capacidad crítica de los ciudadanos mediante la alfabetización mediática y digital.

Algunas de esas reformas o iniciativas que se han planteado tienen un alcance general y trascienden al ámbito específicamente electoral. En esta línea de actuación se enmarcan, por ejemplo, las iniciativas desplegadas en el ámbito de la Unión Europea, con el Plan de Acción contra la Desinformación<sup>10</sup> o el impulso a la autorregulación de las compañías tecnológicas<sup>11</sup>. Estas medidas se ven reforzadas y complementadas por propuestas de reformas legales de gran calado que están avanzando en la línea de un mayor reconocimiento de la responsabilidad de los intermediarios de Internet por los contenidos compartidos por terceros<sup>12</sup>.

En el nivel estatal, hay también algunas medidas de alcance general —no específicamente centradas en los procesos electorales— que merecen ser destacadas. Una línea de actuación interesante es la que ha seguido el legislador alemán<sup>13</sup>, que, antes de lanzarse a tipificar nuevas formas de ilicitud de contenidos, ha puesto el énfasis en mejorar la aplicación práctica de las normas ya existentes, obligando a las

---

<sup>10</sup> Comisión Europea, *Plan de Acción contra la desinformación*. JOIN(2018) 36 final (5 de diciembre de 2018).

<sup>11</sup> Comisión Europea, *Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación* (2018).

<sup>12</sup> La Comisión Europea ha propuesto dos reglamentos para actualizar la regulación de los servicios digitales, *Digital Services Act* (DSA) COM(2020) 825 final y *Digital Markets Act* (DMA) COM(2020) 842 final.

<sup>13</sup> Ley federal para la mejora de la aplicación de la ley en las redes sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) (1 de septiembre de 2017).

compañías tecnológicas a establecer controles ágiles y efectivos bajo la amenaza de sanciones administrativas muy contundentes. Es una línea de actuación no exenta de críticas, pues desde diversos sectores se ha denunciado la merma de garantías y se ha hablado de privatización de la censura<sup>14</sup>. De hecho, la legislación alemana ha servido de inspiración a otros gobiernos no precisamente conocidos por su amor a la libertad de expresión<sup>15</sup>.

Otros países han centrado su respuesta en contrarrestar la desinformación procedente del extranjero<sup>16</sup> o han incidido en la concienciación y la alfabetización mediática y digital de la ciudadanía<sup>17</sup>.

En el presente trabajo, nos vamos a centrar en el análisis de aquellas iniciativas o propuestas regulatorias que tienen un carácter específicamente electoral. Pero, antes de entrar en el análisis concreto de dichas medidas, conviene hacer una reflexión previa sobre la legitimidad, desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales, de las limitaciones de las libertades comunicativas para preservar la integridad de los procesos electorales.

## **2. LA TENSIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN Y PRESERVACIÓN DE UN DEBATE PREELECTORAL LIBRE Y PLURAL**

La realidad observada en procesos electorales recientes en todo el mundo nos muestra que las nuevas formas de comunicación digital

---

<sup>14</sup> Entre los críticos están organizaciones locales como Netzpolitik y Digitale Gesellschaft, así como ONG's internacionales como CDT, Access Now, Article 19, European Digital Rights, Reporters Without Borders y Human Rights Watch. También han sido muy críticas las asociaciones de periodistas.

<sup>15</sup> Como ejemplo se pueden citar las reformas llevadas a cabo en Rusia en 2019 para penalizar la difusión de información no fiable de importancia para la sociedad que pueda suponer un peligro para la vida, la salud pública o suponer una amenaza para la seguridad del Estado y para penalizar expresiones que de manera obscena muestren falta de respeto a la sociedad, el Estado, los símbolos oficiales del Estado y los órganos del poder estatal. Otro ejemplo es la ley aprobada en Singapur en 2019, supuestamente «contra la falsedad y manipulación online», que otorga poderes exorbitantes al Gobierno para contrarrestar informaciones publicadas en la red que considere contrarias al interés público, lo cual incluye no solo la mentira, sino también la disidencia política.

<sup>16</sup> Hay muchos ejemplos, pero quizás podríamos destacar, por su reacción temprana, Finlandia que, ya en 2014, puso en marcha una red informal de expertos encargada de identificar, analizar y responder a los intentos de injerencia extranjera a través de la desinformación. Véase, al respecto, Mackenzie WEINGER, «What Finland Can Teach the West About Countering Russia's Hybrid Threats», *World Politics Review* (13 de febrero de 2018).

<sup>17</sup> En Suecia, de cara a las elecciones legislativas de 2018, se creó una autoridad especial con el fin de promover la resiliencia de la población frente a la desinformación, proporcionando lo que denominaron «defensa psicológica» a los ciudadanos. Asimismo, la Agencia de Protección Civil colaboró con la Autoridad Electoral y con los cuerpos policiales para identificar y neutralizar las campañas de desinformación.

desvirtúan el proceso comunicativo previo a la formación de la decisión de los electores, lo falsean y lo distorsionan otorgando una influencia abusiva a determinados actores en detrimento de la existencia de un debate público, libre y plural.

Hay que tener claro que el problema no es —o no es solo— la difusión de falsedades y, por consiguiente, las medidas limitadoras que se propongan no deben tener como razón justificativa la protección de la verdad —pues no les corresponde a los poderes públicos erigirse en jueces de la verdad—, sino la protección de otros bienes o valores esenciales para el funcionamiento del sistema democrático, los cuales, con carácter genérico, podemos identificar con la protección de una comunicación libre y plural en internet, no sometida a distorsiones ni manipulaciones, ya sea por parte de Estados o de sujetos privados.

Esta razón justificativa se refuerza particularmente en relación con la comunicación política durante los procesos electorales, cuya integridad debe ser protegida frente al elevado riesgo de distorsión derivado de la difusión masiva de desinformación, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades entre los competidores y la libertad de la formación de la decisión de los electores —que son dos caras de la misma moneda—.

Esta visión de la comunicación electoral como sometida a unas reglas especiales que consienten una mayor limitación de las libertades comunicativas es plenamente compatible con la Jurisprudencia del TEDH.

El Tribunal parte de la afirmación de la íntima vinculación existente entre el derecho a las elecciones libres y la libertad de expresión, afirmando que estos derechos, en particular la libertad del debate público, son la piedra angular de cualquier sistema democrático. Ambos derechos están interrelacionados y operan reforzándose mutuamente. Así, la libertad de expresión es una de las condiciones necesarias para «asegurar la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del legislador»<sup>18</sup>. Por esta razón, para el Tribunal es particularmente importante que las opiniones y las informaciones de todo tipo puedan circular libremente en el periodo que precede a una elección<sup>19</sup> y, en especial, las comunicaciones de contenido político, incluida la publicidad electoral en todas sus formas, van a gozar de la máxima protección y sus restricciones han de ser sometidas al escrutinio más estricto.

Cuando se trata de contenidos políticos, el Tribunal extiende su protección a contenidos que puedan ser considerados ofensivos, cho-

<sup>18</sup> TEDH, *Mathieu-Mohin y Clerfayt v. Bélgica*, 2 de marzo de 1987, párrafo 54.

<sup>19</sup> TEDH, *Bowman v. Reino Unido*, 19 de febrero de 1998, párrafo 42. Doctrina reiterada en múltiples ocasiones, por ejemplo, recientemente en TEDH, *Orlovskaya Iskra v. Rusia*, 21 febrero 2017, párrafo 110.

cantes o perturbadores<sup>20</sup>, así como a expresiones exageradas, fuertes o polémicas<sup>21</sup>. En el marco concreto de las campañas electorales el Tribunal reconoce que las expresiones utilizadas pueden suponer también «un cierto grado de exageración y generalización»<sup>22</sup>. Esto significa que muchos de los contenidos polémicos que habitualmente forman parte de las campañas de desinformación son, en realidad, contenidos protegidos por la libertad de expresión, salvo aquellos que directamente sean injuriosos o calumniosos, o los que puedan entrar dentro de alguna de las categorías de «discurso del odio», aunque hay que señalar que, incluso en estos casos, tratándose del debate político o electoral, el Tribunal ha interpretado muy restrictivamente los límites de la libertad de expresión para evitar que puedan convertirse en una excusa para acallar las críticas políticas<sup>23</sup>.

En la jurisprudencia del TEDH, la protección reforzada del discurso político abarca todo tipo de comunicaciones, con independencia de que sean pagadas o no<sup>24</sup> y con independencia de que sean comunicaciones analógicas o digitales. Así, por ejemplo, el Tribunal se ha pronunciado sobre comentarios *online* en un blog<sup>25</sup>, imágenes en Instagram sobre figuras públicas<sup>26</sup>, vídeos de contenido político en YouTube<sup>27</sup>, hipervínculos que dirigen a videos relativos a partidos políticos<sup>28</sup>, o, incluso, una aplicación para teléfono móvil<sup>29</sup>. Según una la doctrina asentada del Tribunal, el art. 10 del CEDH no solo protege el contenido, sino también el medio y la forma en la que el mensaje sea transmitido. De igual manera, la protección se extiende también a las propias plataformas tecnológicas. En esta línea, el Tribunal ha subrayado el papel que juega YouTube a la hora de difundir contenidos ignorados por los medios tradicionales<sup>30</sup> y, en términos similares se ha referido también a Instagram<sup>31</sup>. Para el Tribunal, internet proporciona «herramientas esenciales para la participación en actividades y discusiones relativas a asuntos políticos»<sup>32</sup>.

---

<sup>20</sup> TEDH, *Dichand v. Austria*, 26 de febrero de 2002, párrafo 37; TEDH, *Otegi Mondragón v. España*, 15 de marzo de 2011, párrafos 27 y 56.

<sup>21</sup> TEDH, *Arbeiter v. Austria*, 25 de enero de 2007, párrafo 26; TEDH, *Otegi Mondragón v. España*, 15 de marzo de 2011, párrafo 54.

<sup>22</sup> TEDH, *Kudeshkina v. Rusia*, 26 de febrero de 2009, párrafo 95.

<sup>23</sup> TEDH, *Stomakhin v. Rusia*, 9 mayo 2018, párrafo 117 *in fine*.

<sup>24</sup> TEDH, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Noruega*, 11 de diciembre de 2008, párrafo 64.

<sup>25</sup> TEDH, *Savva Terentyev v. Rusia*, 28 de agosto de 2018.

<sup>26</sup> TEDH, *Egill Einarsson v. Islandia*, 7 de noviembre de 2017.

<sup>27</sup> TEDH, *Mariya Alekhina y otros v. Rusia*, 17 de julio de 2018 —el célebre caso Pussy Riot—.

<sup>28</sup> TEDH, *Magyar Jeti Zrt v. Hungría*, 4 de diciembre de 2018.

<sup>29</sup> TEDH, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungría*, 20 de enero de 2020.

<sup>30</sup> TEDH, *Cengiz y otros v. Turquía*, 1 de diciembre de 2015, párrafo 38.

<sup>31</sup> TEDH, *Egill Einarsson v. Islandia*, 7 de noviembre de 2017.

<sup>32</sup> TEDH, *Ahmet Yildirim v. Turkey*, 18 de diciembre de 2012, párrafo 54.

Dando por sentado lo anterior, el Tribunal ha entendido que, en ciertas circunstancias, el derecho a las elecciones libres y la libertad de expresión pueden entrar en conflicto y puede ser necesario, en el periodo precedente a una elección o durante la misma, imponer ciertas restricciones a la libertad de expresión, que no serían aceptables en las condiciones usuales, con el fin, precisamente, de asegurar «la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del legislador»<sup>33</sup>. Esta intervención pública es posible porque el Tribunal reconoce el papel del Estado como «garante último del pluralismo»<sup>34</sup>, lo que implica adoptar medidas positivas en la organización de las elecciones democráticas destinadas precisamente a asegurar que la expresión de la opinión del pueblo es realmente libre. El Tribunal reconoce, pues, que en la búsqueda del equilibrio entre estos dos derechos, los Estados disfrutan de un cierto margen de apreciación, de la misma forma que lo tienen, con carácter general, en todo lo relativo a la organización de sus sistemas electorales<sup>35</sup>.

Así pues, el amplio reconocimiento de la libertad de expresión en la red y la protección reforzada del discurso político pueden verse matizadas por la garantía de unos procesos electorales libres de distorsión o manipulación, es decir, en última instancia, por la garantía del principio de igualdad de oportunidades en las competiciones electorales.

Es cierto que el Tribunal Europeo no ha usado los términos exactos de «igualdad de oportunidades» como argumento justificativo, pero el interés público protegido por este principio, cuando ha sido alegado por los Estados, ha sido tenido en cuenta por el Tribunal como un fin legítimo que justifica las restricciones a la libertad de expresión en numerosas sentencias en materia de limitación de gastos electorales y en materia de limitaciones impuestas por los Estados a la publicidad de pago de contenido político en los medios audiovisuales.

A mi juicio, resulta particularmente oportuno tener en cuenta el debate sobre la limitación de los gastos electorales, ya que estamos ante un problema análogo al que se plantea como consecuencia del uso de ciertas técnicas digitales en las campañas electorales. El problema no es el contenido de los mensajes, sino que los medios de difusión que se usan —al igual que el dinero— poseen una enorme capacidad de distorsión del debate público preelectoral.

Las limitaciones de la cantidad de dinero que pueden emplear los competidores electorales para trasladar su mensaje a los electores son comunes en las legislaciones electorales. Las razones que han llevado

---

<sup>33</sup> TEDH, *Bowman v. Reino Unido*, 19 de febrero de 1998, párrafo 43.

<sup>34</sup> TEDH, *Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) v. Turquía*, 10 de mayo de 2012, párrafo 27.

<sup>35</sup> TEDH, *Bowman v. Reino Unido*, 19 de febrero de 1998, párrafo 43.



a diferentes países a establecer este tipo de regulaciones son bastante similares, destacando fundamentalmente dos: el intento de ofrecer una respuesta al deterioro de la confianza pública en las instituciones como consecuencia de los escándalos de corrupción vinculados con la financiación de las campañas y la preocupación por asegurar la igualdad de oportunidades en las competiciones electorales, tratando de evitar que el dinero se convierta en un factor de distorsión en el proceso de formación y expresión de la voluntad popular.

El TEDH, cuando se enfrentó a esta cuestión en la Sentencia *Bowman v. Reino Unido* (1998)<sup>36</sup>, asumió con total naturalidad que la promoción de «la equidad entre los candidatos que compiten por la elección» y la preservación de «la independencia de los candidatos frente a los poderosos grupos de interés» eran finalidades legítimas para limitar los gastos electorales de los candidatos, aunque, en el caso particular se considerase que la limitación era desproporcionada.

Especialmente interesante es la sentencia del caso *Animal Defenders International v. Reino Unido* (2013), ya que en ella la amplia prohibición que pesa en el Reino Unido sobre la publicidad de contenido político, establecida por la *Communications Act* de 2003, se considera necesaria para evitar la distorsión del debate que podría provocarse en materias de interés público como consecuencia del acceso desigual a los medios más influyentes por parte de entidades de gran poder financiero y, por tanto, para proteger el pluralismo efectivo y el proceso democrático<sup>37</sup>. En *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Noruega* (2008), aunque el sentido de la decisión fue distinto, esta justificación tampoco se ponía en duda<sup>38</sup>.

Si en lugar de hablar del poder de distorsión del dinero hablásemos del poder de distorsión de determinadas formas de comunicación digital preelectoral, por su carácter masivo, agresivo o invasivo, el razonamiento funcionaría exactamente igual. Son formas de comunicación que, como hemos visto, suponen una amenaza para el principio de igualdad de oportunidades en las competiciones electorales y que pueden producir un profundo deterioro de la confianza de la ciudadanía en el proceso electoral.

El TEDH se ha referido expresamente muy recientemente, al fenómeno de las *fake news*. En el caso *Brzeziński v. Polonia* (2019) el Tribunal justifica que las autoridades nacionales puedan establecer procedimientos judiciales sumarios y urgentes por «la necesidad de que las *fake news* y las manifestaciones que perjudiquen la reputación

<sup>36</sup> TEDH, *Bowman v. Reino Unido*, 19 de febrero de 1998.

<sup>37</sup> *Animal Defenders International v. Reino Unido*, 22 de abril de 2013, párrafos 99 y 125.

<sup>38</sup> TEDH, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Noruega*, 11 de diciembre de 2008, párrafo 70.

de los candidatos a las elecciones, que sean susceptibles de falsear el resultado del voto, sean rectificadas lo más rápidamente posible»<sup>39</sup>. No obstante, la referencia del Tribunal es muy somera y hay que tomarla con cierta cautela por varios motivos. En primer lugar, porque no se refiere a campañas masivas de desinformación, sino a la difusión de falsedades en el periodo electoral. En segundo lugar, porque se centra sobre todo en la posible afectación del derecho al debido proceso por la brevedad de los plazos. Con todo, a mi juicio, esta sentencia posee un elemento de interés y es precisamente la alusión que se hace en ella al peligro de falseamiento del sufragio. La mera protección de la reputación de los candidatos no sería, pues, razón suficiente para justificar la previsión de un procedimiento judicial especial, sino que sería la protección de la integridad del proceso electoral la que operaría como causa justificativa.

En mi opinión, los supuestos más graves de desinformación o el abuso de los datos personales para realizar comunicaciones electorales microsegmentadas dan lugar a una distorsión del debate público electoral tan grave o más que la provocada por el dinero. En consecuencia, la finalidad de salvaguardar en estos supuestos la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales debería ser considerada como una justificación suficiente en una sociedad democrática para imponer medidas restrictivas de la libertad de comunicación.

Creo, en definitiva, que está justificado y es necesario articular un mayor control de las actividades comunicativas *online* durante los periodos preelectorales, pero no porque haya que proteger la verdad, o porque sea necesario limitar contenidos en la red, más allá de las limitaciones que ya existen fuera de ella, sino porque las características propias de la tecnología digital actual permiten una capacidad de distorsión de la comunicación pública que puede atentar de manera muy grave contra su libertad y su pluralidad, especialmente en relación con los procesos electorales.

### **3. ALGUNOS EJEMPLOS DE MEDIDAS QUE SE ESTÁN ADOPTANDO EN EL ÁMBITO ESPECÍFICAMENTE ELECTORAL**

Tratar de hacer un recorrido por las iniciativas de actuación y regulación que se están planteando no es tarea fácil, pues son muy numerosas, han surgido de ámbitos muy diversos y con muy distinto alcance.

---

<sup>39</sup> TEDH, *Brzeziński v. Polonia*, 25 de julio de 2019, párrafo 35. Sobre la misma, A. KRZYWOŃ, «Libertad de expresión y elecciones libres», *Estudios de casos líderes Europeos. Vol. XIX. Cuestiones actuales de la justicia electoral en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2020.

Como ya he señalado antes, en este trabajo nos vamos a centrar en las medidas específicamente electorales.

La mayoría de las medidas adoptadas están encaminadas asegurar la transparencia de las comunicaciones de índole electoral y, al mismo tiempo, a asegurar que el coste de estas actividades es tenido en cuenta a los efectos de aplicar las normas sobre contribuciones y gastos electorales. En algún caso, se han previsto también nuevos supuestos de ilicitud relacionados con la difusión de desinformación durante los periodos electorales. Analizaremos estos dos tipos de medidas separadamente.

### **3.1. La mejora de la transparencia en las comunicaciones electorales**

En las campañas electorales digitales, la estructura tradicional de una campaña, con un centro de operaciones y una cadena de mando identificable, sin desaparecer del todo, convive hoy con una compleja red no jerárquica de nodos que actúan de manera independiente, a veces coordinados, a veces no, con el fin de influir en el comportamiento de los electores. Las nuevas formas de comunicación electoral se caracterizan por el carácter multinodal y multidireccional de su difusión a través de la red y, como consecuencia de ello, en ocasiones resulta enormemente difícil rastrear la autoría de los mensajes que circulan durante las campañas e imputar los gastos correspondientes.

En los párrafos siguientes vamos a tratar de hacer referencia a diversos tipos de situaciones problemáticas que pueden producirse.

#### *3.1.1. Comunicación electoral publicitaria en sentido estricto*

En relación con los contenidos publicitarios electorales en soporte digital, entendiéndolo como tales a cualquier mensaje difundido a través de anuncios pagados o de contenidos patrocinados o promocionados, contratados para su difusión en sitios web y redes sociales, los problemas que se han producido tienen que ver, sobre todo, con su correcta identificación y seguimiento.

En ocasiones, estos contenidos publicitarios se han difundido sin estar correctamente identificados como tales y sin declarar los correspondientes gastos.

Por otra parte, la realidad es muy compleja y, dada la gran variedad de formas de difusión de los mensajes, la frontera entre contenidos publicitarios y no publicitarios se ha ido haciendo cada vez más difusa. Frecuentemente, un contenido publicitario puede acabar siendo com-

partido por los usuarios de las redes sociales y, desde ese momento, deja ya de ser identificado como tal.

La falta de transparencia sobre el carácter publicitario de los mensajes es especialmente preocupante en relación con la microsegmentación basada en el perfilado psicológico o ideológico de los destinatarios. Estos mensajes, cuando se contratan a cambio de una prestación económica con la propia plataforma, son claramente publicitarios, aunque no siempre aparecen correctamente identificados como tales y no siempre se declara su origen y la persona u organización que ha pagado por ellos (es el caso de los llamados *dark ads*). La actividad de monitorización de las autoridades de control electoral se hace en estos casos especialmente difícil, ya que se trata de mensajes que solo reciben determinados grupos de usuarios, no el público en general, de manera que las posibles infracciones pueden ser difícilmente detectables y sancionables.

¿Qué se puede hacer para mejorar la transparencia de la publicidad electoral online? Una primera respuesta es, por supuesto, la respuesta legislativa. En este sentido Canadá, con la adopción de la Ley de Modernización de las Elecciones, aprobada el 13 de diciembre de 2018<sup>40</sup>, puede ser un buen ejemplo a seguir.

Es una ley que surge en gran medida del detallado Informe sobre «Democracia amenazada: Riesgos y soluciones en la era de la desinformación y el monopolio de los datos», elaborado por la Comisión parlamentaria que analizó las interferencias acaecidas en 2016 en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos y en el referéndum del Brexit<sup>41</sup>.

Las plataformas *online* —definidas ampliamente como cualquier sitio web o aplicación cuyo propietario u operador, en el curso de sus actividades comerciales, directa o indirectamente, venda espacios publicitarios a personas o grupos— están obligadas a mantener un registro de todas las actividades publicitarias, lo que incluye tanto los anuncios tradicionales, como el contenido pagado, el contenido promocionado, el contenido patrocinado y cualquier otra forma de publicidad.

Se incluyen en el ámbito de aplicación de la ley todo tipo de contenidos publicitarios relacionados con el proceso electoral, tanto los que promuevan expresamente el voto para un partido o candidato (*partisan advertising*), como aquellos que promuevan puntos de vista sobre un tema de interés general que pueda ser asociado con un partido o candi-

<sup>40</sup> *Elections Modernization Act* (S.C. 2018, c. 31). En realidad, se trata de una reforma integral de la Ley electoral canadiense (*Canadian Elections Act, CEA*).

<sup>41</sup> Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics, *Democracy under threat, Risks and solutions in the era of disinformation and data monopoly*, House of Commons, 2018.

dato, aunque no se los nombre directamente (*issue advertising*). Este es uno de los aspectos más controvertidos por la dificultad para identificar qué contenidos sobre temas de interés social caen dentro del ámbito de aplicación de la ley y cuáles no.

Desde el punto de vista de los sujetos contratantes de la publicidad, la ley afecta tanto a las campañas pagadas por los partidos o los candidatos, como a las campañas pagadas por terceros —que sí son admitidas en Canadá, con ciertos límites—.

El registro debe incluir una copia del contenido y la información relativa a la persona u organización que haya contratado la publicidad. Las plataformas tienen la obligación de mantenerlo abierto al público durante dos años después de la elección y de conservar la información durante un periodo de cinco años adicionales. El incumplimiento de estas obligaciones lleva aparejadas importantes sanciones económicas e incluso los casos más graves se tipifican como delito castigado con penas de privación de libertad. Estas sanciones se aplicarán también a los partidos, candidatos y terceros que no proporcionen a las plataformas la información exigida.

La ley prohíbe también a las compañías tecnológicas que contraten publicidad relacionada con las elecciones con personas u organizaciones extranjeras y prohíbe a los terceros que quieran participar en la campaña que acepten fondos procedentes del extranjero.

Las exigencias de la nueva ley han sido consideradas muy onerosas por las compañías tecnológicas. Google, directamente, decidió vetar completamente la difusión de cualquier tipo de contenido publicitario en sus plataformas en los meses anteriores a las elecciones legislativas de 2019, amparándose en dificultades técnicas para cumplir con la ley.

Algo similar sucedió en Francia cuando se aprobó la Ley de lucha contra la manipulación de la información, a finales de 2018. Aunque hablaremos más en profundidad de ella, más adelante, en relación con el nuevo delito electoral que prevé, conviene ahora que nos detengamos en las obligaciones de transparencia que impone a las compañías tecnológicas sobre la publicidad contratada durante los periodos electorales. Según la ley, las redes sociales, motores de búsqueda, plataformas de contenidos compartidos y portales proveedores de información, deben ofrecer a los usuarios información leal, clara y transparente sobre aquellos contenidos que sean difundidos a cambio de una contraprestación económica, informando sobre la persona que ha efectuado el pago y el importe recibido cuando la cantidad supere cierto umbral. Estas informaciones se incorporarán a un registro que será puesto a disposición del público.

Estas nuevas reglas llevaron a las compañías tecnológicas a tomar decisiones similares a las que hemos visto en Canadá. Twitter anun-

ció en principio la prohibición de toda la publicidad sobre asuntos de interés electoral en Francia —lo cual le llevó, incluso, a un conflicto con el gobierno francés al bloquear también la campaña institucional de información sobre el proceso electoral—, antes de anunciar, a finales de 2019, la extensión de dicha prohibición a todo el mundo, como vamos a ver después. De manera similar, Microsoft también prohibió en Francia todos los anuncios cuyo contenido estuviera relacionado con un debate de interés general vinculado a la campaña electoral. También Google prohibió este tipo de anuncios en toda su plataforma, incluyendo YouTube, entre abril y mayo de 2019.

En otros países, las propuestas para reforzar la transparencia no han corrido la misma suerte. En los Estados Unidos las dificultades inherentes a la regulación de las campañas en la red se suman a las dificultades preexistentes en relación con la regulación de la financiación de las campañas, derivadas de la jurisprudencia de la Corte Suprema contraria a la limitación de los gastos electorales<sup>42</sup> y de las carencias de la FEC que, desde siempre, ha preferido adoptar un enfoque muy laxo respecto a las actividades de campaña *online*<sup>43</sup>. Actualmente, en internet, a diferencia de lo que sucede en los medios clásicos, la publicidad electoral no está obligada a estar identificada como tal.

Una de las propuestas legislativas más interesantes que se han planteado en los Estados Unidos va encaminada precisamente a colmar dicho vacío legal. Se trata de la llamada *Honest Ads Act*, una iniciativa que pretende obligar a las compañías a guardar copias de todos los mensajes publicitarios de contenido político (relacionados con las elecciones) y ponerlos a disposición del público, obligándolas asimismo a informar sobre la persona u organización que ha pagado por dichos mensajes y sobre las personas a las que han ido dirigidos. La iniciativa fue planteada en el Congreso por primera vez en octubre de 2017 y reintroducida en 2019, pero sin éxito. Sí que ha salido adelante una iniciativa similar en California. Se trata de la *Social Media DISCLOSE Act*.

Además de las medidas legislativas, otras medidas importantes para mejorar la transparencia de la publicidad electoral online son las que pueden tomar las propias compañías tecnológicas.

La compañía que ha decidido ir más lejos en el control de la publicidad electoral es Twitter. A finales de 2019, Jack Dorsey, todavía entonces CEO de Twitter, anunció —a través de un hilo de tuits, obviamente<sup>44</sup>—

---

<sup>42</sup> Particularmente *Buckey v. Valeo* (1976), 424 *United States Reports* 1; *Citizens United v. FEC* (2010), 558 *United States Reports* 310; y *McCutcheon v. FEC* (2014), 572 *United States Reports* 185.

<sup>43</sup> Gerken & Newland, 2016.

<sup>44</sup> <https://twitter.com/jack/status/1189634360472829952>.

que su compañía prohibía totalmente los anuncios de carácter electoral en dicha red social. Los mensajes de Dorsey contenían reflexiones muy interesantes, como por ejemplo que «el mensaje político debe ser ganado, no comprado», admitiendo que el poder de internet como herramienta comercial supone riesgos cuando se aplica al ámbito de la política, y citando expresamente los retos que plantean instrumentos como «la optimización y la microsegmentación de los mensajes basada en el aprendizaje automático, la información engañosa no verificada y los *deep fakes*». Dorsey hace también un llamamiento a favor de una regulación más estricta de la publicidad política, manifestando que «las normas sobre transparencia constituyen un progreso, pero no son suficientes» para garantizar un campo de juego equilibrado y, concluye su declaración subrayando que «esto no trata sobre la libertad de expresión, sino sobre pagar para conseguir alcance» y este es un asunto — señala — «que tiene ramificaciones significativas que la infraestructura democrática actual puede que no esté preparada para tratar», por ello, «merece la pena dar un paso atrás para poder abordarlas».

En realidad, la publicidad política no tiene una incidencia muy grande en Twitter. Por consiguiente, esta medida no supone prácticamente ningún quebranto económico a la compañía y puede ser vista, incluso, como una gran operación de imagen.

Además, contrariamente a lo anunciado inicialmente por Dorsey, la prohibición no afecta a los anuncios sobre temas políticos no estrictamente electorales —los llamados *issue ads*—. Lo que está prohibido es hacer referencias concretas a candidatos, partidos políticos, cargos públicos, elecciones, referendos, propuestas legislativas o regulatorias o decisiones judiciales, pero no tratar temas políticos o promover determinadas causas<sup>45</sup>.

Google también ha ido adoptando decisiones importantes en los últimos tiempos sobre publicidad de contenido político<sup>46</sup>. Desde 2019 exige la verificación de todos los anunciantes que deseen difundir anuncios con contenido electoral y publica automáticamente con cada anuncio información sobre su autoría y coste. También ha revisado sus normas sobre microsegmentación en los anuncios de contenido político, de manera que los únicos criterios admisibles son la edad, el género y la localización geográfica —hasta el nivel del código postal—, prohibiendo la microsegmentación «granular» (de máxima personalización).

En cuanto al conglomerado Facebook-Instagram-WhatsApp, los avances realizados en materia de transparencia de la publicidad política son de cierta importancia, aunque insuficientes.

---

<sup>45</sup> <https://business.twitter.com/en/help/ads-policies/prohibited-content-policies/political-content.html>.

<sup>46</sup> <https://support.google.com/adspolicy/answer/6014595>.

Recientemente, Facebook ha venido realizando cambios en sus normas internas sobre publicidad relativa a temas sociales (en la que se incluye la publicidad política y electoral) para reforzar la transparencia<sup>47</sup>, aplicables también a Instagram. Las normas internas exigen ahora que todas las personas o entidades que quieran difundir anuncios sobre temas sociales acrediten su identidad y localización. La identificación de los anunciantes sirve para que las autoridades nacionales puedan investigar las eventuales infracciones de la normativa electoral. De otra parte, se exige el etiquetado de los anuncios con un descargo de responsabilidad (*disclaimer*) informando quién ha pagado por ellos. Haciendo click en la etiqueta, los usuarios pueden acceder a información más detallada sobre los anuncios, en particular datos demográficos sobre los destinatarios de los mismos. Además, estos anuncios se almacenan en una Biblioteca de Anuncios<sup>48</sup>, donde pueden ser consultados por cualquier persona.

La compañía reconoce que estos cambios no pueden prevenir todos los abusos<sup>49</sup>. Lo cierto es que Facebook de momento, no ha puesto ningún límite importante a las herramientas de microsegmentación (*custom audiences, lookalike audiences*) que ofrece a los anunciantes. Solo hay una cierta mejora, desde 2020, en las funcionalidades de búsqueda y filtrado dentro de la Biblioteca de Anuncios, y se permite a los usuarios oponerse a la recepción de anuncios que vayan dirigidos a ellos por formar parte de un público personalizado, aunque estas funcionalidades son bastante desconocidas por el gran público. Hay grandes dudas de que estas nuevas herramientas sirvan para identificar anuncios microsegmentados, camuflados como contenidos compartidos, en los que se hayan utilizado perfiles psicológicos o ideológicos de los usuarios<sup>50</sup>.

Es difícil saber si los pasos dados por Facebook a favor de la transparencia son sinceros o se trata más bien de cambios cosméticos que no van a incidir de manera sustancial en el *modus operandi* de la compañía en relación con las campañas políticas. A este respecto, hay que señalar que, aunque la publicidad electoral no representa un porcentaje importante de sus ingresos, lo realmente interesante para Facebook es la enorme influencia política que obtiene a través de esta actividad.

Junto a las medidas legislativas y las medidas de autorregulación de las compañías tecnológicas, hay que hacer referencia también a las iniciativas ciudadanas.

---

<sup>47</sup> <https://es-es.facebook.com/business/help/167836590566506>.

<sup>48</sup> [https://es-es.facebook.com/ads/library/?active\\_status=all&ad\\_type=political\\_and\\_issue\\_ads&country=ES](https://es-es.facebook.com/ads/library/?active_status=all&ad_type=political_and_issue_ads&country=ES).

<sup>49</sup> R. ALLAN, «Protecting Elections in the EU», *Facebook Newsroom* (28 de marzo de 2019).

<sup>50</sup> T. DOBBER, R. Ó FATHAIGH y F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, «The regulation of online political micro-targeting in Europe», *Internet Policy Review*, 8 (4), 2019, p. 13.



Una experiencia que merece la pena ser destacada es la del referéndum celebrado en Irlanda en 2018 sobre la legalización del aborto. Se trataba de un enfrentamiento ideológico de gran trascendencia para los grupos conservadores de dentro y fuera del país —en particular de los Estados Unidos— por lo que la campaña en las redes sociales fue masiva. Uno de los medios prioritarios de propaganda fueron anuncios personalizados a través de Facebook, siguiendo la pauta que ya se había visto en el Reino Unido y en los Estados Unidos en 2016.

La Agencia pública encargada de controlar la financiación electoral en Irlanda (*Standards in Public Office*) había incluso manifestado su preocupación ante la posible influencia en la campaña de organizaciones basadas fuera del país a través de las campañas de comunicación digitales, recordando que, aunque las donaciones políticas procedentes del extranjero están prohibidas, la publicidad política *online* no está regulada, de manera que el control era casi imposible.

Sin embargo, una iniciativa ciudadana, denominada *Transparent Referendum Initiative* (TRI)<sup>51</sup>, consiguió, con la ayuda de un grupo de periodistas, desenmascarar muchos de los anuncios ocultos (*dark ads*), generando una corriente de concienciación en la opinión pública que, finalmente contribuyó a que Facebook, dos semanas antes de la votación, decidiese retirar toda la publicidad relacionada con el referéndum pagada por personas o grupos situados fuera de Irlanda. Al día siguiente, Google fue incluso un paso más allá eliminando todo el contenido publicitario relacionado con el referéndum. Es una historia que nos dice mucho de lo que pueden conseguir los propios ciudadanos concienciados y, al mismo tiempo, de las limitadas posibilidades de actuación de las autoridades de control electoral con las obsoletas regulaciones actuales.

### 3.1.2. *Comunicación electoral no publicitaria*

Junto a los contenidos estrictamente publicitarios en las campañas electorales digitales nos encontramos con diversas formas de comunicación que se sitúan en una zona gris, cada vez más difusa, en la que no es fácil distinguir qué es publicidad y qué no lo es.

En esta zona gris se sitúan, por ejemplo, los contenidos producidos por partidos, por candidatos o por terceros, que son difundidos orgánicamente en las redes sociales, es decir, son difundidos por los usuarios sin mediar contraprestación económica directa a las plataformas. Por ejemplo, un partido político produce una serie de vídeos y crea un canal de YouTube para que luego sean compartidos por usuarios de redes sociales o en grupos de WhatsApp. En este supuesto no habría

---

<sup>51</sup> R. LAVIN y R. ADORJANI, «How Ireland Beat Dark Ads. Shady tactics failed to pay off in a divisive abortion referendum», *Foreign Policy* (1 de junio de 2018).

un gasto directo en publicidad, pero sí unos gastos de consultoría y de producción que deben ser declarados.

Una modalidad de este tipo de campañas es lo que se conoce como *astroturfing*, que consiste en hacer pasar como difusión «orgánica» (surgida espontáneamente de los usuarios de las redes sociales) lo que en realidad es una campaña organizada. Esto constituye una forma de engaño, pues los destinatarios de los mensajes no son conscientes de la naturaleza propagandística de los mismos (es el caso de los *dark posts*). Por ello, en estos casos el etiquetado como propaganda electoral debería ser obligatorio, particularmente si en la propagación a través de las redes sociales se usan técnicas automatizadas (*bots* o *cyborgs*). Por supuesto, todos los costes asociados, sean importantes o no, deberían ser declarados como gastos electorales.

Otra modalidad de difusión en auge es utilizar a figuras famosas —artistas, deportistas o *influencers*— para que compartan determinados mensajes. Si esta difusión responde a una estrategia organizada desde los partidos, haya o no contraprestación económica, estamos ante un supuesto que debería ser tratado como propaganda electoral.

Por último, como mejor muestra de cómo se han difuminado todas las fronteras en la comunicación electoral actual, nos encontramos con el supuesto en el que terceras personas —formalmente no vinculadas a los partidos o a los candidatos— elaboran y difunden contenidos supuestamente informativos, pero manipulados para influir en el comportamiento electoral de las personas. No necesariamente estamos hablando de contenidos de desinformación, aunque la desinformación también entraría en esta categoría.

Todas estas modalidades comunicativas muestran de manera muy clara las limitaciones de las legislaciones electorales actuales a la hora de distinguir entre lo que debe ser considerado como publicidad electoral —y, por tanto, sometido a regulación— y lo que debe ser considerado como el simple ejercicio de la libertad de expresión.

Un problema añadido es la identificación de la autoría de los contenidos. Primero, porque hay muchos mensajes que se transmiten de forma anónima, mediante perfiles que no permiten identificar a los autores —piénsese por ejemplo en muchos de los memes que circulan de forma viral en los grupos de WhatsApp<sup>52</sup>—. Pero, en segundo lugar, incluso cuando puede identificarse a los autores de los mensajes, resulta muy difícil probar que hay una estrategia organizada para su difusión. En tercer lugar, en aquellos casos en los que se llega a probar la existencia de una estrategia, lo que resulta casi imposible es descubrir quién está realmente detrás de la

---

<sup>52</sup> C. JIMÉNEZ CRUZ, «En la era de la desinformación, periodismo para que no te la cuelen», *Cuadernos de Periodistas*, núm. 38, 2019, p. 14.

misma y si hay coordinación con un partido o un candidato. A todo ello se suma que estas actividades comunicativas se pueden llevar a cabo literalmente desde cualquier lugar del planeta lo que dificulta aún más su rastreo.

Si no se puede probar la coordinación con el partido o el candidato, estas actividades son irrelevantes a efectos de regulación electoral, es decir, ni sus costes pueden ser considerados como gastos de campaña, ni tampoco se ven afectadas por las limitaciones temporales que afectan a la propaganda electoral.

En materia de comunicación no publicitaria, las medidas regulatorias adoptadas por las autoridades nacionales han sido, hasta ahora, muy limitadas.

Una línea de actuación es la identificación de los *bots* y su sometimiento a ciertas restricciones, con independencia de la ilicitud del contenido difundido<sup>53</sup>. En 2017, Tim Wu, de la Universidad de Columbia, propuso una *Ley Blade Runner* para obligar a los *bots* a declarar «soy un robot» a los receptores de sus mensajes, considerándose ilegal que oculten su verdadera identidad para hacerse pasar por humanos<sup>54</sup>. Desde entonces, varios países han avanzado por esa senda regulatoria.

En California, en julio de 2019 entro en vigor la llamada Ley BOT (*Bolstering Online Transparency*), la cual exige que los *bots* revelen su identidad artificial cuando sean utilizados para vender un producto o para pedir el voto a los electores.

En Alemania, el recientemente adoptado Tratado interestatal sobre medios (*Medienstaatsvertrag*, MStV)<sup>55</sup>, impone una serie de obligaciones a las compañías tecnológicas que difunden contenidos audiovisuales de terceros, entre ellas, la obligación de avisar a los usuarios cuando los contenidos sean creados y distribuidos mediante cuentas automatizadas que simulen ser personas físicas.

En el ámbito de la Unión Europea, uno de los pilares del *Plan de Acción contra la Desinformación*, aprobado conjuntamente en diciembre de 2018 por la Comisión y el Alto Representante para los Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad, es, precisamente, la «movilización del sector privado a través del cumplimiento del Código de conducta en lo relativo a la identificación de cuentas falsas y *bots* y a la transparencia de la publicidad política»<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> R. MAGALLÓN ROSA, «La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada», *Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019, p. 345.

<sup>54</sup> T. WU, «Please Prove You're Not a Robot», *The New York Times* (15 de julio de 2017).  
<sup>55</sup> *Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland*. <https://www.rlp.de/flleadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Medienstaatsvertrag.pdf>.

<sup>56</sup> Comisión Europea. *Plan de Acción contra la desinformación*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. JOIN (2018) 36 final (5 de diciembre de 2018).

En relación con el uso de *influencers* en las campañas electorales, destaca la experiencia mexicana, con varias sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) muy interesantes.

El problema se planteó por primera vez en 2016 en relación con la difusión por una serie de figuras públicas —actores, cantantes y deportistas— de una serie de mensajes en Twitter a favor del Partido Verde en periodo llamado de «veda electoral» —lo que en España se conoce como periodo de reflexión— en la campaña de las elecciones federales de 2015<sup>57</sup>. De acuerdo con el razonamiento del Tribunal, si los mensajes habían sido realizados de forma espontánea, debería prevalecer la libertad de expresión, pero si formaron parte de una estrategia propagandística, entonces constituirían «campaña electoral» y vulnerarían la veda electoral. Analizando el contenido y el contexto en que se emitieron, el Tribunal concluyó que existían múltiples elementos comunes en los mensajes que avalaban la tesis de la estrategia concertada. Sin embargo, aunque existían algunos indicios de que se habían producido pagos, los mismos no se llegaron a probar de forma concluyente. Tampoco se llegó a probar que fuese el Partido Verde el organizador de la estrategia. Finalmente, el Tribunal adoptó una solución —muy discutible, a mi juicio—, consistente en constatar la existencia de una infracción electoral por parte del partido, por *culpa in vigilando*, y sancionarlo consiguientemente con una multa, y, sin embargo, no aplicar ninguna sanción a los emisores de los mensajes, entendiendo que ejercían su libertad de expresión.

En el marco del proceso electoral federal de 2020-2021, en un supuesto muy similar al de 2015, la Sala Superior del TEPJF confirmó la sanción impuesta al Partido Verde por el Consejo General del INE en materia de fiscalización de gastos electorales<sup>58</sup>. Se consideró que la valoración de las pruebas realizada por el INE había sido correcta, así como el cálculo del valor del monto involucrado. El Tribunal entiende que los mensajes difundidos por los *influencers* son «propaganda electoral», apreciando para ello la coincidencia entre los mensajes difundidos, el pago detectado a determinados *influencers* y el número de personas participantes en dicha acción comunicativa, lo que permite desvirtuar la presunción a favor del ejercicio de la libertad de expresión. Se aprecia también la reiteración de la conducta de este partido respecto al periodo electoral de 2015.

Pero, una cosa es sancionar al partido político responsable y otra muy distinta anular una elección. En el caso de la elección legislativa federal en el distrito 3 de Michoacán, varios partidos impugnaron el resultado alegando que el quebrantamiento de la veda electoral por

---

<sup>57</sup> TEPJF, Expedientes SUP-REP 16 y 22 del 2016, acumulados.

<sup>58</sup> TEPJF, SUP-RAP-172/2021.

parte de *influencers* contratados por el Partido Verde había quebrantado la equidad de la contienda electoral. La Sala Regional de Toluca del TEPJF, acogiendo dicha argumentación, anuló la elección, pero cuando el asunto llegó a la Sala Superior<sup>59</sup>, esta revocó dicha anulación por entender que no había quedado probado que las comunicaciones realizadas por los *influencers* hubiesen afectado de forma determinante al resultado de la elección.

Un último caso reseñable es el del candidato del Movimiento Ciudadano (MC) al cargo de Gobernador de Nuevo León, que fue sancionado por el Consejo General del INE por las publicaciones en redes sociales de su esposa, una conocida *influencer*. El INE entendió que, debido al carácter masivo y sistemático de sus publicaciones, las mismas no pueden ser consideradas como simple ejercicio de la libertad de expresión, sino como propaganda electoral y, por consiguiente, constituyeron aportaciones en especie no declaradas a la campaña del candidato. Recurrida dicha sanción ante el TEPJF, la Sala Superior<sup>60</sup>, revocó la decisión del INE que debía haberse tenido en cuenta la presunción de espontaneidad de dichas publicaciones, los derechos político-electorales de la esposa y la relevancia de su vínculo matrimonial.

Estos casos, con independencia de que las decisiones concretas respondan a una argumentación más o menos sólida, resultan de gran interés porque muestran de manera muy clara los problemas de implementación de los que adolecen las legislaciones electorales actuales cuando se enfrentan a actividades comunicativas no abiertamente publicitarias a través de las redes sociales.

### 3.2. La previsión de nuevos ilícitos electorales

La inquietud por los abusos cometidos a través de las nuevas modalidades comunicativas digitales ha llevado a algunas legislaciones a prever nuevos ilícitos electorales relacionados con la difusión de desinformación en los periodos preelectorales. Es el caso de la *Ley de lucha contra la manipulación de la información*, aprobada en Francia a finales de 2018<sup>61</sup>.

Esta legislación fue concebida como respuesta a la difusión interesada de noticias falsas relativas a Emmanuel Macron durante la campaña de las elecciones presidenciales de 2017. Su tramitación parlamentaria no estuvo exenta de polémica. Tras una primera lectura

<sup>59</sup> TEPJF, SUP-REC-1159/2021 y acumulados.

<sup>60</sup> TEPJF, SUP-RAP-180/2021 y acumulados.

<sup>61</sup> Se trata en realidad de dos leyes: Loi organique n.º 2018-1201 y Loi n.º 2018-1202, ambas de 22 diciembre de 2018. Su desarrollo reglamentario se ha producido mediante el Decreto núm. 2019-297, de 10 de abril.

en la Asamblea Nacional, el Senado rechazó el texto por considerarlo inapropiado para resolver el problema y contrario a la libertad de expresión. A pesar de ello, el texto fue finalmente aprobado por la Asamblea Nacional, cuya decisión prevalece sobre la de la Cámara Alta francesa.

Desde la doctrina, se ha criticado que la ley genera cierta confusión con otros textos vigentes<sup>62</sup>. Es preciso tener en cuenta que en el ordenamiento francés ya existían normas destinadas a combatir la difusión de noticias falsas, algunas con una tradición más que centenaria<sup>63</sup>. Sin embargo, estas disposiciones no se adaptaban bien a la realidad de las redes sociales en las que tanto la autoría, como la mala fe de la difusión, son muy difíciles de probar en la práctica. Son, precisamente, esas dificultades de aplicación práctica de la normativa existente las que impulsaron al gobierno a introducir una nueva regulación para conseguir la supresión inmediata de los contenidos de desinformación *online* durante los periodos electorales.

La ley introduce una acción judicial ultrarrápida para solicitar, durante los periodos electorales, el cese de la difusión de desinformación *online*, a solicitud del ministerio público, de los candidatos, partidos o movimientos políticos, o de cualquier persona que tenga un interés legítimo para actuar.

Uno de los aspectos que, a mi juicio, resultan más interesantes de esta ley es la tipificación de un nuevo supuesto de ilicitud electoral de «manipulación informativa», cuyo supuesto de hecho se define por el cumplimiento de tres criterios acumulativos: (1) que se trate de «alegaciones o imputaciones inexactas o engañosas»; (2) que «afecte a un hecho susceptible de alterar la sinceridad de la elección», y (3) que sea «difundida de manera deliberada, artificial o automatizada y masiva». Esta conjunción de criterios me parece acertada en la medida en que no estamos en presencia de un simple control sobre la falsedad o la veracidad de las informaciones, sino que se tienen en cuenta otros datos que permitan constatar la presencia de auténticas campañas de desinformación.

---

<sup>62</sup> E. DERIEUX, «Lutte contre la manipulation de l'information: À propos de la loi organique n.º 2018-1201 et de la loi n.º 2018-1202, du 22 décembre 2018», *La Semaine Juridique*, n.º 3, 2019, p. 87.

<sup>63</sup> Es el caso de la célebre Ley de 28 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa —una de las leyes icónicas de la III República—, que en su art. 27 prevé multas (que actualmente pueden ascender hasta 45.000 euros) en los casos de «noticias falsas o piezas informativas fabricadas, falsificadas o atribuidas de manera engañosa» cuando su publicación, difusión o reproducción se hubiera realizado «de mala fe» y «hubieran perturbado la paz pública o hubieran podido perturbarla». La Ley núm. 2004-575, de 21 de junio, para la confianza en la economía digital, en su art. 6 V, ha extendido expresamente su aplicación a los servicios de comunicación en línea. De igual manera, se puede citar el art. L. 97 del Código electoral francés castiga, incluso con penas de prisión de un año o multas de hasta 15.000 euros, a aquellos que hubieran alterado la sinceridad del sufragio «sirviéndose de noticias falsas, rumores calumniosos u otras maniobras fraudulentas [...]».

La ley ha sido objeto de duras críticas que la acusan de crear una «policía de la verdad» o de ser una «ley liberticida»<sup>64</sup>. En particular, se ha señalado que los criterios citados pecan de un alto grado de ambigüedad y que las medidas previstas —que pueden llegar hasta el bloqueo total de sitios web— son desproporcionadas.

Cabe señalar que el Consejo Constitucional<sup>65</sup>, salvando la constitucionalidad de la Ley mediante una interpretación conforme, dejó claro que dadas las consecuencias de estas medidas para la libertad de expresión, tanto el carácter inexacto o engañoso de las informaciones como el riesgo de alteración de la sinceridad de la elección deben ser manifiestos, añadiendo además que la falsedad de las informaciones deberá poder demostrarse «de manera objetiva» y precisando que las disposiciones sancionadoras no son aplicables «ni a las opiniones, ni a las parodias, ni a las inexactitudes parciales o simples exageraciones».

La ley impone también un deber de cooperación a las compañías tecnológicas, no solo obligándolas a suprimir los contenidos ilícitos que sean puestos en su conocimiento, sino también proporcionando a los usuarios un dispositivo fácilmente accesible que les permita denunciar estos contenidos. Además, deben dar publicidad sobre los medios que dispongan para la lucha contra la desinformación e informar a las autoridades de cualquier actividad de desinformación que llegue a su conocimiento.

En mi opinión, no estamos ante una ley tan peligrosa para las libertades como temen sus detractores, pero sí que podemos cuestionar su eficacia, ya que es enormemente complicado detectar casos en los que la falsedad, el carácter deliberado y la capacidad para alterar los resultados electorales se aprecien de forma manifiesta.

#### **4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS PROPUESTAS REGULATORIAS**

España, como todos los sistemas democráticos del planeta, está también expuesta a las transformaciones que estamos analizando, hasta el punto de que, en la última década, puede hablarse de un nuevo paradigma en la comunicación electoral<sup>66</sup>. Las campañas electorales tradicionales, apoyadas sobre los medios de comunicación de masas, están dando paso a campañas basadas en datos y en el uso masivo de las redes sociales. La microsegmentación se ha convertido ya en una

---

<sup>64</sup> Comunicado de prensa del Sindicato Nacional de Periodistas de 10 de marzo de 2018: <http://www.snj.fr/article/%C2%AB-fake-news-%C2%BB-un-projet-de-loi-liberticide-60222644>.

<sup>65</sup> Decisiones núm. 2018-773 DC y 2018-774, de 20 de diciembre.

<sup>66</sup> R. RUBIO NÚÑEZ, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista de Derecho Político*, núm. 103, 2018, p. 222.

técnica habitual en nuestro país —gracias, sobre todo, a las funcionalidades ofrecidas por Facebook— y las empresas de consultoría especializadas en el análisis de big data están trabajando cada vez más en España, asesorando a los partidos para encontrar la mejor manera de adaptar el mensaje electoral a cada grupo de electores. Estas nuevas modalidades comunicativas han propiciado también la aparición de campañas paralelas y opacas. El uso de servicios de mensajería como WhatsApp y Telegram ha favorecido aún más esa opacidad.

Por otra parte, nuestro país tampoco está siendo ajeno a los intentos de desestabilización mediante la difusión masiva de desinformación. Tanto los movimientos separatistas, como la ultraderecha, están demostrando un hábil manejo de estos métodos, contando a veces con ayuda exterior<sup>67</sup>.

La legislación electoral española, centrada en el modelo de campaña televisiva propia de finales del siglo xx, está obsoleta y precisa de una urgente reformulación<sup>68</sup>. Por ello, creo que en los próximos años van a ser necesarias una serie de medidas legislativas destinadas a robustecer las exigencias de transparencia y de exigencia de responsabilidad de todos los sujetos intervinientes en las campañas y, en determinados casos, a imponer ciertas restricciones sobre determinadas técnicas publicitarias.

La LOREG parte de un concepto tradicional de campaña electoral, entendida como conjunto de actividades comunicativas llevadas a cabo por los candidatos y por los partidos políticos —y, en general, por las organizaciones habilitadas a presentar candidaturas—, durante un periodo delimitado de tiempo antes de las elecciones, con el fin de solicitar el voto de los electores. El problema es que este concepto tradicional, como hemos señalado antes, ha saltado por los aires en la era digital. En la actualidad, una regulación electoral que pretenda ser garantista con el principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales no puede conformarse con regular los actos comunicativos realizados por los sujetos citados pidiendo explícitamente el voto, sino que debe tratar de abarcar el fenómeno de la comunicación preelectoral en toda su amplitud y en toda su complejidad.

Se necesita una reforma en la regulación de la campaña electoral que, a mi juicio, debe incidir en diversos aspectos que paso a exponer en los apartados siguientes.

---

<sup>67</sup> Sobre esta cuestión aporto múltiples referencias en Ó. SÁNCHEZ MUÑOZ, *La regulación de las campañas electorales en la era digital*, Madrid, CEPC, 2020, pp. 222 y ss.

<sup>68</sup> Opinión compartida por buena parte de la doctrina. Véanse, entre otros, M. HOLGADO GONZÁLEZ, «Publicidad e información sobre elecciones en los medios de comunicación durante la campaña electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017, p. 459, y J. L. MATEOS CRESPO, «La reciente reforma de la LOREG: una excepcional oportunidad perdida para el cambio de modelo de campaña electoral en España», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 10, 2017, p. 100.



#### **4.1. Refuerzo de la transparencia de las actividades publicitarias en la esfera digital**

El primer aspecto en el que, a mi juicio, debería incidir una eventual reforma de nuestra legislación electoral es el refuerzo de la transparencia de las actividades publicitarias electorales que se desarrollan *online*.

Para ello, lo primero es cambiar la definición de lo que ha de entenderse por publicidad electoral. Las actividades publicitarias electorales no pueden seguir definiéndose como petición directa del voto. En mi opinión, una definición como la prevista en la legislación canadiense, a la que me he referido antes, podría ser adecuada. Así, podríamos definir estas actividades como cualquier actividad comunicativa de tipo publicitario que tenga relevancia electoral, comprendiendo no solo mensajes en los que se solicite explícitamente el voto para uno de los competidores electorales, sino también mensajes en los que se pida que no se vote a uno de los competidores, o bien cualquier mensaje de contenido político en el que se mencione directa o indirectamente a alguno de ellos, o que contenga un posicionamiento político que sea identificable como favorable o contrario a alguno de ellos, así como los llamamientos a favor de la abstención o del voto en blanco. Ciertamente, esto puede plantear algunos problemas interpretativos, sobre todo a la hora de señalar que posicionamientos políticos pueden ser identificables como favorables o contrarios a los competidores, pero, a mi juicio, esta es una solución mucho más realista que la fijación de la frontera en el llamamiento explícito al voto.

Una vez definida así la publicidad electoral, sería necesario regular por ley la obligación de que cualquier contenido electoral digital esté etiquetado como tal y se ofrezca información a los destinatarios sobre la autoría de dicho contenido y sobre quién lo está difundiendo. Esta obligación debe extenderse a contenidos compartidos por personal pagado (ciberejércitos) o mediante redes de *bots*. El objetivo es que cuando una persona acceda a un contenido online, por ejemplo, en una red social, tenga claro si ese contenido ha sido compartido por una persona que expresa sus opiniones personales o por una entidad que está realizando campaña electoral.

Este etiquetado cumple también otra función, que es la de ayudar a rastrear quién gasta y cuanto se gasta en las campañas digitales. Para ello, es importante también que en los informes sobre los gastos de campaña que elaboran los partidos —u otras entidades que hacen campaña— se especifiquen de manera separada y detallada los gastos en actividades publicitarias en la red. A ello hay que añadir los gastos en consultoría y en tratamiento de datos, cuando se produzcan.

En mi opinión, también es necesario revisar la delimitación temporal de las actividades comunicativas preelectorales. En el contexto de las campañas actuales, la delimitación temporal del periodo de campaña —y su distinción respecto a la llamada «precampaña»— ha dejado de tener sentido en cuanto a la regulación de las actividades publicitarias de los candidatos y de las organizaciones políticas y solo tiene sentido en lo que atañe a la definición del marco temporal de aplicación de las normas específicas sobre acceso a recursos públicos —locales electorales, espacios para publicidad exterior— y sobre la actuación de los medios de comunicación —espacios de información electoral, espacios cedidos, debates y entrevistas—.

#### **4.2. Participación de terceros en las campañas**

Las nuevas formas de comunicación digital hacen necesario regular la participación, junto a los partidos y los candidatos, cada vez con más protagonismo, de una serie de nuevos actores que envían mensajes al electorado con el fin de influir en su decisión.

La participación de terceros siempre ha sido posible —y siempre ha sido problemática—, pero el impacto de las nuevas tecnologías hace que estemos ante un cambio cualitativo que es preciso afrontar desde la regulación. Con la irrupción de internet y de las redes sociales como instrumentos privilegiados de la comunicación política, la posible participación de terceros en las campañas electorales —tanto de personas físicas, como de personas jurídicas— puede revestir múltiples formas, y algunas de ellas son altamente problemáticas desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades.

Lo cierto es que, con la regulación actual de la LOREG (art. 50.5) y la doctrina del Tribunal Supremo<sup>69</sup> en la mano, de una parte, las personas jurídicas distintas de las fuerzas políticas competidoras tienen vía libre para contratar todo tipo de campañas publicitarias, sin límite de gastos, con el fin de influir en el proceso electoral, siempre que no soliciten directamente el voto para una formación política y, de otra parte, las personas físicas distintas de los candidatos tienen libertad para contratar todo tipo de campañas publicitarias, sin límite de gasto, incluso para solicitar el voto.

La realidad actual de las campañas digitales nos muestra una tendencia imparable a que los contenidos que se distribuyen, particularmente a través de las redes sociales, sean cada vez menos reconducibles a los candidatos o a las organizaciones políticas que los respaldan y cada vez más imputables a terceros, lo que plantea, en muchos casos, problemas

---

<sup>69</sup> STS 3415/2016, de 6 de julio.

de identificación de la autoría, como cuando se trata de personas físicas o grupos informales, o cuando están situados fuera del territorio nacional. Hoy en día, resulta mucho más fácil desarrollar campañas paralelas o extraoficiales, amparándose en el anonimato en las redes, e incluso realizar campañas suplantando la personalidad de otros sujetos.

Generalmente, las actividades comunicativas que suponen un mayor peligro para la integridad de los procesos electorales — pensemos en la difusión masiva de desinformación, especialmente de mediante mensajes opacos o de difícil trazabilidad (*dark ads* o *dark posts*), dirigidos de manera personalizada a determinados electores seleccionados por su perfil psicológico o ideológico, mediante técnicas de microsegmentación— no son realizadas directamente por los competidores electorales, sino por terceras personas, con la dificultad añadida de que los autores, además, se encuentran situados en muchos casos fuera del territorio nacional.

En mi opinión, la respuesta más adecuada a la problemática que plantea la participación de los terceros en las campañas no es prohibir dicha participación, pues una prohibición de este tipo debería interpretarse necesariamente de forma muy estricta para no vulnerar la libertad de expresión, y eso conduce a una prohibición absolutamente carente de operatividad, como la que existe en el momento actual, que solo prohíbe la petición explícita del voto. La solución más adecuada, a mi juicio, es permitir la participación de los terceros, pero regularla en un sentido garantista con la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales.

Lo cierto es que la regulación actual no ofrece un encaje adecuado a la complejidad de las situaciones y, por tanto, se necesita una reforma que vaya dirigida, principalmente a evitar las campañas paralelas, es decir, a evitar que los competidores electorales utilicen a terceros formalmente desvinculados de ellos para sortear los límites de gasto electoral o de eludir la posible responsabilidad derivada del contenido ilícito de los mensajes — contenido difamatorio sobre otros competidores, discurso de odio o, en su caso, desinformación—. En definitiva, se trata de evitar que los competidores electorales utilicen personas interpuestas para camuflar gastos o para hacer el «trabajo sucio» de la campaña.

Las actividades de terceros que deberían ser objeto de regulación son las actividades publicitarias y todas aquellas actividades comunicativas que, sin tener una contraprestación económica directa con las plataformas, utilicen medios automatizados de difusión o empleen técnicas de microsegmentación.

Estas actividades electorales de terceros tendrían que someterse a una serie de obligaciones legales y de límites. Sin entrar en más

detalles, que no corresponden a un trabajo como el presente, se puede señalar, por ejemplo, el registro previo de todos los terceros, el etiquetado de todas las actividades publicitarias en términos similares a los señalados para los partidos, y el establecimiento de límites de gastos.

### **4.3. Lucha contra el uso de la desinformación como arma electoral**

En nuestra legislación electoral no existe en la actualidad ninguna norma que pueda servir para atajar o minimizar la capacidad de distorsión de las campañas de desinformación *online*. Considero necesario, por tanto, que la LOREG aborde este fenómeno, pero, por supuesto, de forma extremadamente cuidadosa, de manera que las medidas restrictivas que se impongan sean compatibles con el pleno respeto a las libertades comunicativas.

En este sentido, me remito a lo dicho anteriormente sobre la tensión entre la libertad de comunicación y la preservación de un debate preelectoral libre y plural. En mi opinión, las campañas organizadas de desinformación en la red, especialmente aquellas que utilizan determinadas técnicas de difusión agresivas o invasivas, dan lugar a una distorsión del debate público electoral tan grave o más que la provocada por el dinero. En consecuencia, la finalidad de salvaguardar en estos supuestos la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales y, en términos generales, la integridad del proceso electoral, debería ser considerada como una justificación suficiente en una sociedad democrática para imponer ciertas medidas restrictivas de la libertad de comunicación.

A mi modo de ver, el enfoque que debe priorizarse para abordar esta cuestión es la autorregulación de las plataformas tecnológicas, en el sentido auspiciado por las instituciones europeas, combinado con una supervisión por parte de autoridades públicas. Una propuesta interesante, que va en esta línea, es la de la creación de una autoridad independiente de supervisión de las comunicaciones en internet<sup>70</sup>. Esta autoridad, que podría estar financiada mediante una cuota de los beneficios de las empresas tecnológicas, podría tener como función, entre otras, la de promover y supervisar los procedimientos internos de moderación de contenidos de las compañías, y durante los periodos electorales podría proporcionar asistencia técnica a una autoridad de control electoral reforzada con nuevas competencias en este ámbito.

---

<sup>70</sup> LSE Commission on Truth, Trust and Technology. *Tackling the Information Crisis: A Policy Framework for Media System Resilience*. London School of Economics and Political Science, 2018, pp. 3, 36-41.

Otra vía interesante a explorar sería la de la corregulación con las compañías tecnológicas, trabajando conjuntamente con ellas para la elaboración de códigos de conducta específicos para los periodos electorales que permitan establecer procedimientos de respuesta rápida para la retirada de contenidos que supongan una infracción de las normas electorales.

Sin perjuicio de este marco general de autorregulación supervisada o de corregulación, considero que es necesario introducir también normas vinculantes específicas para los periodos electorales. En este sentido, la ley recientemente aprobada en Francia —a la que nos hemos referido anteriormente— nos puede señalar el camino a seguir a la hora de tipificar un supuesto de hecho de infracción electoral que no se base únicamente en el control de contenidos, sino que, además de considerar elemento material —contenidos falsos, engañosos o manipulados— tome también en consideración el elemento instrumental —utilización de procedimientos de difusión especialmente agresivos, invasivos o engañosos— y el elemento finalista —finalidad de influir en el electorado o de desestabilizar, de cualquier otra forma, el proceso democrático—.

## **5. BREVES REFLEXIONES FINALES**

Quiero concluir este trabajo con unas breves reflexiones finales que trascienden del ámbito puramente jurídico.

La primera es que lo que se ha puesto en evidencia en los últimos años es que en las nuevas campañas digitales existen modalidades comunicativas que poseen una capacidad de distorsión sin precedentes del debate preelectoral. Lo que nos tiene que preocupar de estas nuevas modalidades comunicativas no es si afectan —o cómo afectan— a los resultados electorales, sino cómo afectan a la credibilidad de los procesos electorales, que es la base de la legitimidad democrática de las instituciones.

La segunda es que en el ecosistema actual de la información el elemento más vulnerable son las personas, somos todos nosotros. Por consiguiente, es necesario fortalecer la capacidad crítica de la sociedad. Es evidente que la comunicación digital ha supuesto un cambio de paradigma, pero dicho cambio no ha estado acompañado por cambios de un alcance equivalente en la formación o educación de los receptores de información que, además, ya no se limitan a un papel pasivo y se han convertido también en creadores de contenidos y, por tanto, ya no son solo potenciales víctimas de la desinformación o de otras formas de manipulación, sino también sus potenciales difusores —voluntarios o no—.

La atención de los medios de comunicación hacia los fenómenos recientes que hemos venido estudiando en este trabajo ha contribuido,

sin duda, a que todos estemos más vigilantes ante los mensajes que nos bombardean en las redes sociales y ante el peligro que supone la cesión despreocupada de nuestros datos personales. A más largo plazo, solo la alfabetización digital y mediática desde el sistema educativo, y el fortalecimiento de un sistema de medios de información plurales y rigurosos, pueden contribuir a ir creando una sociedad de individuos críticos e informados capaz de resistir a los intentos de manipulación.

Y, por último, hay que ser conscientes de las limitaciones del Derecho. No podemos esperar que el Derecho nos ofrezca soluciones mágicas ante la magnitud del reto planteado. Un reto cuya naturaleza no es solo jurídica, sino también ética, pues es necesario que las compañías tecnológicas incorporen una dimensión ética a sus modelos de negocio y que los actores políticos también la incorporen a su modo de operar durante las campañas. No vale todo para ganar dinero y no vale todo para conseguir votos. El Derecho puede establecer ciertas barreras y garantías para salvaguardar las libertades individuales, pero el Derecho no lo puede todo.