



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 45, Julio-Diciembre 2021
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Madrid, Universidad de Valladolid-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, 347 pp.

Graciela SANDOVAL VARGAS*
Arturo ZÁRATE CASTILLO**

El uso del Internet y de las redes sociales se considera hoy en día, como un presupuesto de la libertad de comunicación y, en consecuencia, de una sociedad democrática. Sin embargo, esas mismas herramientas digitales, dejadas a la ley del más fuerte, son una fuente de abusos que amenazan el sistema democrático. Con esta paradoja, Óscar Sánchez Muñoz introduce su obra, misma que tiene por objeto abordar los problemas surgidos con el empleo de las nuevas formas de comunicación digital en un contexto muy concreto, es el de las competiciones electorales.

Para el autor, el ecosistema digital creado por las compañías tecnológicas ha hecho que sea más fácil para diversos actores, distorsionar el debate preelectoral en una escala y con una sofisticación hasta ahora desconocidas. Esta distorsión mina la confianza de los ciudadanos en el proceso electoral, en la medida que atacan dos principios básicos en los que se asienta la integridad de dicho proceso: la igualdad de oportunidades entre competidores electorales y la libertad de los electores para formar su decisión tras un proceso de comunicación público, libre y abierto, exento

* Profesora por la Escuela Nacional de Maestros, licenciada en derecho por la UNAM, doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, núm. ORCID 0000-0002-9088-158X. Correo: graciela.sandoval@inaei.org.mx.

** Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana, LL.M. por The George Washington University Law School, núm. ORCID 0000-0003-3810-4203. Correo: arturo.z.c@hotmail.com.

de influencias indebidas. Sánchez Muñoz señala que existe un consenso generalizado de que el marco normativo resulta insuficiente para afrontar los nuevos desafíos de las campañas electorales debido, ante todo, a que éste fue diseñado para campañas electorales que se desarrollan en medios tradicionales, como radio, prensa o televisión, pero no para el Internet.

En el primer capítulo de la obra se hace una descripción de los fenómenos que están enturbiando los procesos electorales y se da una explicación del funcionamiento de las nuevas técnicas de campaña digital. En este sentido, se señala que la desinformación se caracteriza por ofrecernos una parte de la verdad seleccionada, sesgada, descontextualizada y convertida en un arma para conseguir un fin, con la intención de impedir ver el cuadro completo de la realidad. La misma no es fenómeno nuevo, aclara el autor. Sin embargo, la desinformación de hoy resulta alarmante por su potencial de distorsión del debate y capacidad destructiva, debido a su propagación viral a través de las redes sociales.

Así, el autor denuncia que redes de *bots* y ejércitos de *trolls* son utilizados como “arma electoral” para llevar a cabo las operaciones más sucias de las campañas: ataques y acoso personal a candidatos, líderes políticos, activistas o periodistas, propagación de odios y temores entre la población, fabricación de falsos consensos sobre temas de interés general, amplificación de mensajes simples y emotivos pero, sobre todo, sirven para difundir desinformación masiva con fines ideológicos, geoestratégicos y económicos.

Por otra parte, el autor señala un nuevo paradigma en la comunicación política: la microsegmentación. Anteriormente, las herramientas de análisis de los electores se basaban en el *area based training*: dirigir mensajes electorales a grupos de personas según su ubicación geográfica, presumiendo que vivir en un área determinada suponía compartir ciertas características sociales y por lo tanto ciertas ideas. Ahora el nuevo modelo se basa en una técnica de comunicación personalizada en la cual se recolecta una enorme cantidad de datos (conocidos como *big data*) de los electores, los cuales se analizan mediante mecanismos automatizados que pueden involucrar el uso de inteligencia artificial, con el fin de mostrar contenidos personalizados en sus redes sociales. Dichos mensajes tocan temas importantes a sus destinatarios, por lo que se trata de publicidad que busca incidir en la conducta del receptor.

Si bien la microsegmentación puede mejorar la comunicación política entre los partidos y los electores, Sánchez Muñoz nos advierte de serios

problemas éticos del uso del *big data*. El primero es el origen de los datos: ¿hay consentimiento de los titulares de los datos? Si existe el consentimiento ¿los titulares son plenamente conscientes de las implicaciones de éste? El segundo es el uso de los datos: se elaboran perfiles psicológicos o ideológicos para enviar mensajes que simulan noticias o contenidos compartidos por otros usuarios, lo que forma parte de una estrategia organizada de desinformación. De esta forma, la desinformación basada en el manejo de *big data*, alcanza un máximo nivel de efectividad para impulsar a votar en un sentido determinado.

El autor plantea la pregunta de si las campañas digitales de desinformación pueden influir de manera significativa en los resultados electorales o incluso alterar los mismos. La respuesta es materia de discusión y quizá nunca pueda probarse de manera científica señala Sánchez Muñoz. Lo que sí está puesto en evidencia es su capacidad para distorsionar el debate público, así como para generar desconfianza hasta en los ciudadanos mejor informados.

Desde el punto de vista de control de gasto electoral, al ser muy difícil rastrear la autoría de los mensajes de desinformación que circulan en campañas, se facilita que se violen las normas sobre financiamiento electoral o que se produzcan supuestos de licitud por lo menos dudosos. Otras veces, los contenidos publicitarios que se difunden en redes sociales no están identificados como tales y por lo tanto no se declara el gasto correspondiente. La actividad de monitorear estos mensajes por parte de la autoridad electoral es muy difícil, ya que sólo los reciben determinados grupos de usuarios y no el público en general, por lo que las infracciones se vuelven indetectables. El problema aquí, señala el autor, es el de falta de transparencia.

En el capítulo II el autor expresa que, ante el fenómeno digital de la desinformación, se pone en riesgo el principio de igualdad de oportunidades en las competencias electorales, ya que el marco normativo está diseñado para regular medios de comunicación analógicos. El principio de igualdad es entendido en la obra como un mandato de optimización de la visibilidad de los distintos competidores ante el electorado, evitando que alguno de ellos pueda sacar una ventaja abusiva de su superioridad fáctica en alguno de los siguientes ámbitos: político, económico y mediático.

El principio de igualdad de oportunidades nos explica Sánchez Muñoz, tiene dos dimensiones, una negativa y otra positiva. Por la primera, se impide por completo o se introducen restricciones a la actuación de los

distintos sujetos participantes en la competición, como puede ser el tope máximo de gastos electorales o la prohibición de publicidad electoral de pago en la televisión. Por la segunda, se otorgan prestaciones públicas a las que acceden los distintos competidores en función de criterios equitativos, como pueden ser las subvenciones de gastos electorales.

El capítulo tercero de la obra busca dar una respuesta a la pregunta sobre qué se puede hacer desde el punto normativo ante la amenaza anteriormente descrita, aunque se aclara que el reto no es solo jurídico, sino también ético.

El autor rechaza como antídoto de la desinformación, el garantizar al máximo la libertad de expresión en las redes sociales. No es dable presumir que el libre flujo de información garantice por sí mismo que las informaciones veraces prevalezcan sobre las falsas o manipuladas. Para el autor, la evidencia empírica demuestra que el ecosistema actual de la información potencia el impacto de la desinformación y no al contrario.

Por otra parte, si se deja exclusivamente en manos de las propias compañías tecnológicas la regulación del contenido en redes sociales, se estarían aplicando normas que no tendrían un origen democrático, así como mecanismos automatizados poco transparentes.

Por lo tanto, aunque la autorregulación de las compañías tecnológicas pueda ser necesaria, por ejemplo, con la eliminación de cuentas falsas, la misma no provocará un cambio profundo en su modelo de negocio, basadas en la economía de la atención y en la recopilación masiva de datos, lo cual entra en conflicto con los derechos de los individuos. Ante este panorama, el autor propone la corregulación, lo que equivaldría a una autorregulación supervisada por parte de las autoridades públicas. Al respecto, pone como ejemplo los códigos de conducta elaborados por las propias empresas, pero con mecanismos de revisión de cumplimiento por parte de organismos estatales.

En todo caso, el autor no acepta que las empresas tecnológicas puedan autodefinirse como meros intermediarios neutrales y que, por lo tanto, declinen cualquier responsabilidad sobre los contenidos difundidos por otros en sus plataformas. Las redes sociales se parecen más bien a un editor de contenidos, ya que por medio de algoritmos personalizan el contenido a mostrar al usuario, decidiendo por tanto que se ve o que no se ve en ellas, y este hecho es el que permite hacerlas responsables jurídicamente.

Para el autor es justificado, en una sociedad democrática, imponer medidas restrictivas a la libertad de información en redes sociales, debido a la

distorsión que provocan en el debate. Lo anterior en aras de proteger la libertad y pluralidad de la comunicación política en los procesos electorales.

El autor aclara que es necesario que las leyes que prevean estas restricciones, definan de manera muy cuidadosa el supuesto de hecho, no basándose únicamente en la falsedad de la información difundida, sino en la existencia de un peligro de distorsión del debate público por la presencia de una estrategia de desinformación masiva y organizada que deberá verificarse en cada caso mediante el cumplimiento de ciertos elementos fácticos verificables, como la presencia de una difusión masiva y viral a través de medios automatizados (por ejemplo, redes de *bots*) o mediante la utilización de técnicas de microsegmentación, teniendo en cuenta además otros elementos, como por ejemplo la opacidad en cuanto a la verdadera autoría de los mensajes o, en el supuesto concreto de las comunicaciones electorales, la finalidad de eludir el cumplimiento de las normas sobre financiación.

El autor luego analiza las leyes vigentes sobre la materia, resaltando los casos de Alemania, Francia y de la Unión Europea.

Así, se da cuenta que en Alemania en 2017 se aprobó la Ley federal para el mejoramiento de la aplicación de la ley en las redes sociales (la NetzDG por su abreviatura en alemán). La norma entró en vigor el 1o. de enero de 2018, no está dirigida a definir ilícitos en la red, sino a mejorar la efectividad de las leyes que contemplan los supuestos de ilicitud ya existentes, como es el discurso de odio, entre otros.

La NetzDG obliga a las redes sociales con más de 2 millones de usuarios a tratar las denuncias de éstos sobre contenidos ilegales y obliga a retirar los contenidos manifiestamente ilegales en un plazo de 24 horas (en los demás casos el plazo se prolonga hasta 7 días), previéndose multas de hasta 50 millones de euros en caso de incumplimiento. Asimismo, las compañías gestoras de redes sociales están obligadas a establecer un sistema de tratamiento de las denuncias sujeto a una monitorización interna mensual y a elaborar un informe semestral público sobre las denuncias recibidas si estas son más de 100.

Los autores de contenidos retirados no tienen derecho a ser oídos antes de la decisión de supresión, tan solo pueden solicitar la revisión de la decisión de remoción *a posteriori* ante algún organismo de autorregulación acreditado ante la autoridad administrativa.

Por su parte, los Länder alemanes aprobaron el Tratado interestatal sobre medios (MStV por sus siglas en alemán). Con esta norma, las compa-

ñas tecnológicas dejan de ser meras plataformas neutrales y se ven obligadas a adoptar medidas sobre los contenidos (como puede ser la retirada de estos) cuando el autor no sea identificable o eluda frecuentemente las medidas tomadas contra él.

Respecto a las iniciativas en la Unión Europea, el autor afirma que se enmarcan en un enfoque basado en la autorregulación de las compañías tecnológicas, complementada con otras medidas positivas, como el refuerzo de la alfabetización digital, así como la promoción del periodismo de calidad. Se ha puesto el acento en preservar el derecho fundamental de la libertad de expresión, desconfiando de medidas de regulación de contenidos que pueden acabar convirtiéndose en una forma de censura. Aquí se destaca el Informe de la Comisión de Venecia. Este grupo es el principal organismo consultivo del Consejo de Europa en materia de legislación electoral. La Comisión ha recopilado los principios y recomendaciones establecidos por el Consejo sobre la materia y aboga por un modelo regulatorio basado principalmente en la corresponsabilidad de los actores públicos y privados.

En Francia se aprobó en noviembre de 2018 la Ley de lucha contra la manipulación de la información. La norma se centra específicamente en los periodos electorales, de manera que el autor la califica como una legislación especial electoral.

La ley introduce una acción judicial “ultrarrápida” para solicitar el cese de la difusión de información *on line*, a solicitud del ministerio público, candidatos, partidos o movimientos políticos o de cualquier persona que tenga un interés legítimo para actuar.

Además, la ley francesa establece un propio supuesto de hecho específico que detona el retiro de contenidos: la “manipulación informativa”, el cual se verifica cuando se acumulan tres requisitos en una nota:

- 1) Que se trate de alegaciones inexactas o engañosas.
- 2) Que se afecte a un hecho susceptible de alterar la sinceridad de las elecciones.
- 3) Que sea difundida de manera deliberada, artificial, automatizada o masiva.

La ley establece, además, la obligación de las compañías tecnológicas de suprimir contenidos ilícitos que sean puestos de su conocimiento, de proporcionar a los usuarios un mecanismo de denuncia de contenidos ilícitos.

bitos, así como de informar a la autoridad de cualquier actividad de desinformación que llegue a su conocimiento. Así también, tienen el deber de proporcionar 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.

Por último, las infracciones a la ley son consideradas delitos electorales y las sanciones pueden llegar a los 75 mil euros de multa y penas de un año de prisión, previéndose además sanciones penales a las personas jurídicas responsables.

El autor hace una evaluación general de la normativa expuesta y señala como su principal deficiencia, que se centra en publicidad visible, pero no en la publicidad invisible, camuflada en campañas supuestamente espontáneas en las redes sociales (*astroturfing*) o en campañas basadas en el envío de mensajes individualizados (microsegmentación) que simulan ser contenidos compartidos por otros usuarios. El reto para el legislador, por tanto, estriba en poder distinguir entre contenidos auténticos y simulados. Estos últimos son contenidos promocionales que, aunque no implican un costo directo en propaganda, si implican costos indirectos en el diseño de comunicaciones, consultoría de datos previa para saber a quién enviar mensajes, así como técnicas de propagación, ya sea por mano de obra humana o por robots.

En el ámbito de protección de datos personales, el autor destaca el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), norma de referencia en la Unión Europea, aplicable desde el 25 de mayo de 2018. Conforme a esta norma, la información utilizada en análisis de *big data* puede ser considerada como datos personales y, por lo tanto, sujeta a regulación legal. El consentimiento individual para el tratamiento de datos debe ser expreso, además de ser específico por cada tratamiento de datos. El responsable del tratamiento debe estar, por tanto, en condiciones de demostrar que para cada uno de los millones de datos personales que maneja se ha obtenido un consentimiento específico para ese tratamiento. Además, los datos personales no podrán usarse ulteriormente para finalidades incompatibles con aquellas para las que originalmente hubieran sido recogidos.

El cuarto capítulo el autor lo dedica a la legislación española. Al respecto, señala que el referéndum independentista de Cataluña de octubre de 2017 constituyó el punto de inflexión en donde la sociedad en España comprendió el problema de la desinformación en redes sociales. El autor

da cuenta de diversos estudios e informaciones que ponen en evidencia una intensa actividad de difusión de desinformación, con la presencia activa de *trolls* profesionales y redes de *bots*, lo cual influyó en la movilización de un buen número de personas.

La regulación española de campañas políticas está centrada básicamente en la comunicación en medios tradicionales, en particular la televisión, y presta atención muy escasa a las campañas en la esfera digital. De allí que, para el autor, se trata de una legislación obsoleta que precisa de una urgente actualización en cuatro aspectos que, aunque no son totalmente novedosos, han adquirido una especial trascendencia en las campañas *on line*:

- 1) Nuevos actores. La participación, junto con los partidos y candidatos, cada vez con más protagonismo, de una serie de otros sujetos que envían mensajes al electorado con el fin de influir en su decisión, a través de campañas paralelas a las oficiales.
- 2) Nuevas formas de comunicación. Diversidad de formas y de contenidos de los mensajes, los cuales desbordan las categorías previamente establecidas de propaganda o información electoral.
- 3) Campañas permanentes. Extensión temporal de las actividades comunicativas preelectorales, que ya no se circunscriben a un periodo de tiempo delimitado.
- 4) Transparencia del financiamiento. Todos estos cambios afectan de modo transversal a la cuestión de financiación electoral.

Respecto de los nuevos actores, el autor analiza el tema partiendo de que el artículo 50.5 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) prohíbe que las personas jurídicas (distintas a los competidores locales) puedan realizar campaña electoral a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la STS 3415/2016 de 6 de julio, ha realizado una interpretación restrictiva del artículo 50.5 LOREG, en aplicación del principio *favor libertatis*, por lo que ha entendido que la prohibición solo aplica a aquellas actividades dirigidas a pedir el voto. Por lo tanto, quedan fuera de la prohibición aquellos actos no directamente encaminados a captar votos, como pueden ser los que buscan orientar o influir en la votación.

Para el autor, esta interpretación ha dado pie a que las campañas paralelas por parte de los nuevos actores en la era digital no solo estén plenamente legalizadas, sino que además se encuentren completamente desreguladas, pues lo único que les está prohibido es llamar directamente al voto a favor de uno de los competidores electorales.

Ante esta situación, lo que propone el autor es permitir y regular que los terceros (personas físicas o morales) puedan contratar publicidad electoral, pero sin limitar la misma a la petición directa del voto. Además, propone que se identifique a estos terceros y se transparenten los gastos en que incurren.

El autor sugiere también que se consideren como publicidad electoral los “mensajes con relevancia electoral” difundidos a través de redes sociales mediante campañas organizadas que utilicen tropas cibernéticas (voluntarias o pagadas) o técnicas automatizadas (*bots*) para su amplificación, aun sin mediar contraprestación económica directa a las plataformas.

¿Qué entiende el autor por mensajes con relevancia electoral? Se tratará de cualquier comunicación de contenido político en el que se mencione directa o indirectamente a algún competidor electoral, o que contenga un posicionamiento político que sea identificable como favorable o contrario a alguno de ellos. Esto incluiría también llamados expresos a votar o a no votar por un competidor electoral, así como llamamientos a favor de la abstención o del voto en blanco.

Por lo que hace a la autoridad electoral española, la Junta Electoral Central (JEC), el autor propone que se dote a la misma de una estructura administrativa permanente, compuesta de personal técnico especializado en medios digitales. Además, sugiere que se le otorguen facultades para requerir información no solo a entidades bancarias y a competidores electorales, sino también a compañías tecnológicas y otros actores, además de que pueda realizar investigaciones con competencias similares a las que dispone la Agencia Tributaria. Así también, propone que la JEC pueda entablar procesos de corregulación, monitorizando los contenidos compartidos en redes y plataformas, así como para la elaboración de Códigos de Ética en conjunto con las compañías tecnológicas, cuyo cumplimiento pueda supervisar.

Al final del cuarto capítulo, el autor da cuenta de una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 79/2019 de 29 de mayo, la cual declaró inconstitucional el artículo 58.1 BIS de la LOREG. Dicho precepto establece que la recopilación de datos personales relativos a las opiniones po-

líticas, realizada por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales, se encuentra amparada en el interés público, pero únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

El autor señala que el artículo impugnado se pretendió fundamentar en el RGPD. Aunque dicho Reglamento prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen opiniones políticas, admite como excepciones los supuestos en que la recopilación resulte necesaria por razones de un interés público esencial, el cual debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos, debiendo establecerse medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado (artículo 9.2.g RGPD).

Esta habilitación basada en el interés público, puede servir para que las leyes nacionales autoricen el tratamiento de datos sobre opiniones políticas a los partidos políticos si el funcionamiento del sistema democrático así lo exige, siempre y cuando se ofrezcan garantías adecuadas (considerando 56 del RGPD).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que el 58.1 BIS no se adecuaba a lo establecido en el RGPD, ya que:

- 1) No establecía el fin público esencial necesario para justificar el tratamiento, pues la mera referencia al interés público resultaba insuficiente.
- 2) No establecía una limitación pormenorizada de la injerencia autorizada, pues el único límite contemplado era que el tratamiento se llevara a cabo en el ejercicio de las actividades electorales propias de los partidos.
- 3) El artículo no señalaba cuáles eran las garantías adecuadas, las cuales debían de estar contenidas en ley.

El autor termina su obra con una serie de conclusiones, a modo de resumen. En definitiva, Sánchez Muñoz considera que la respuesta democrática a la desinformación debe ser multinivel, con medidas adoptados en los planos internacional y nacional; multidimensional, al abordar las distintas facetas del problema, tanto técnicas como jurídicas; y, por último, multidireccional, al combinar normas coercitivas con la autorregulación.

Que el derecho tiene que responder ante los cambios sociales no hay duda, de allí la pertinencia y utilidad de la obra, que aborda los cambios en

la publicidad electoral que se han dado en los años más recientes. Sobre todo, teniendo en cuenta que el uso de los medios digitales ha sido impulsado, aun mas, por una pandemia que nos ha obligado al uso de sistemas remotos.

C