



Redes Sociales y Derecho electoral

Antonio Dorado Sánchez



Redes Sociales y Derecho electoral

Antonio Dorado Sánchez

© Antonio Dorado Sánchez, 2023

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.laley.es>

Primera edición: Abril 2023

Depósito Legal: M-12178-2023

ISBN versión impresa: 978-84-19446-52-7

ISBN versión electrónica: 978-84-19446-53-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

particulares» que ni siquiera recoge el verdadero valor de la inflación acumulada en estos más de 35 años transcurridos.

En efecto, la cuestión a debatir, al menos desde el punto de vista político sería si resulta realista la comparativa entre las potenciales consecuencias de la verificación de los riesgos y peligros que hemos puesto de manifiesto en páginas anteriores con la limitación con la que se encuentra la JEC que tan solo puede, en el peor de los casos, castigar con una cuantía que resulta del todo irrelevante para cualquier gran corporación que pretenda intervenir para desestabilizar cualquier proceso electoral. Pero es que, además, ni siquiera supondría una cantidad inasumible para la inmensa mayoría de la población. Lo anterior contrasta con las sanciones y multas existentes en otros ámbitos del ordenamiento jurídico que pueden superar en ocasiones el millón de euros. Así, por ejemplo, el artículo 67 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico establece multas por la comisión de las infracciones muy graves tipificadas en dicha ley *«por importe no inferior a 6.000.001 euros ni superior a 60.000.000 de euros»* cuantías que distan abismalmente a las contempladas por la legislación electoral.

V.3.4. Regular de un nuevo régimen de participación de las personas físicas en campaña electoral que se adecúe al verdadero poder y repercusión que presentan las RRSS frente al modelo actual que únicamente contemplaba los limitados medios disponibles en los años ochenta

Por último, pero no por ello menos importante, hemos de hacer referencia a la cuestión que, a nuestro juicio, ha supuesto la auténtica revolución política que ha inspirado todo el presente estudio: la participación de los particulares en las campañas electorales de forma directa y su potencialidad desestabilizadora del sistema.

Precisamente por ser ésta una cuestión de innegable actualidad y relevancia, hemos optado por realizar un último epígrafe desarrollando esta cuestión y planteando una propuesta de regulación que pueda ser perfectamente coherente con los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico, en general y con el sistema electoral vigente, en particular.

V.4. EL PROBLEMA DE LA CAMPAÑA DE LOS PARTICULARES EN RRSS: PROPUESTA DE REGULACIÓN

Como hemos visto a lo largo del presente estudio, entre las múltiples ventajas cuantitativas y cualitativas que Internet ha aportado al mundo de las

campañas electorales⁽¹⁵⁾, han de sumarse las ventajas genuinas de las RRSS, en especial, la posibilidad de que el internauta —ahora convertido en *ciberactivista*— pase a ser el protagonista pleno de la campaña. Se trata no solo de *sumarse* a una campaña con la que se siente afinidad, sino de *formar parte* de ella: crear contenido, compartirlo, generar debate u organizarse, son algunas de estas nuevas formas de actuación del ciberactivista. En definitiva, la primera y más evidente consecuencia de la aparición de las RRSS ha sido dar la posibilidad a los ciudadanos de constituirse en «comunidad de ciberactivistas», actuando conjuntamente para crear contenido positivo en la red en torno a un candidato y no como un grupo de disciplinados militantes políticos que se adhieren a las iniciativas que parten de un equipo de campaña.

Sin embargo, una segunda consecuencia de la irrupción de las RRSS en la campaña electoral ha sido el convertirse en uno de esos *medios idóneos* de los que hablábamos al inicio de este estudio —el más actual y pujante—, para conquistar a la opinión pública. En efecto, las RRSS han logrado de manera gradual atraer hacia sí mismas el centro de gravedad de las campañas electorales modernas. En definitiva, las RRSS son ya hoy el medio idóneo más potente y dinámico de que disponen las campañas para conquistar la opinión pública.

El problema de este nuevo medio idóneo es que, al igual que ocurre con la propia naturaleza de la campaña —que pasa de estar estrictamente controlada por el equipo del candidato a ser algo que se construye en común—, también la propaganda electoral pasa de estar directamente controlada por la propia campaña a poder ser creada, difundida y pagada, por cualquier usuario. Así, mientras que en los medios tradicionales el monopolio de la propaganda electoral «oficial» se encontraba garantizada, la posibilidad que brindan las RRSS a sus usuarios de pagar un muy bajo coste por la difusión de publicidad, abre la puerta a la quiebra de dicho monopolio y a que cualquier ciberactivista se convierta en creador y difusor de propaganda electoral a gran escala. Ante esta situación, una pregunta resulta obligada ¿se encuen-

(15) Recordemos las palabras de ÁLVAREZ GARCÍA (2010, pág. 55) indicando que Internet ha aportado a las campañas electorales notables ventajas, como: (i) Segmentación (herramientas como el correo electrónico, que permite enviar mensajes específicos a un público concreto); (ii) Flexibilidad (la información de Internet está disponible las 24 horas del día para cualquier persona); (iii) Interconectividad (mediante el hipervínculo es posible encontrar todo tipo de información interconectada); (iv) Mejora en la recaudación de fondos; (v) Bajo coste; (vi) rapidez (cualquier sitio web puede actualizarse en cualquier momento); (vii) espacio ilimitado; y, por último, (viii) Ausencia de intermediarios entre el candidato y los electores.

tra nuestra legislación electoral preparada para asumir el posible impacto que esto representa?

En el presente epígrafe estudiaremos esta problemática y, en concreto, examinar en qué medida nuestra legislación electoral y la doctrina de la JEC y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, han intentado hasta la fecha dar respuesta a esta cuestión y, reflexionar sobre las posibilidades de futura regulación de la materia.

V.4.1. El ámbito subjetivo de la campaña electoral

V.4.1.1. La campaña electoral en la LOREG

La campaña electoral viene definida, en el artículo 50.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) como

«el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios». De manera similar, la doctrina más autorizada⁽¹⁶⁾ la define como *«una fase específica y temporalmente delimitada durante la cual las fuerzas políticas concurrentes y los candidatos se presentan ante el electorado con sus programas, en competencia y discusión con los demás, interesando el apoyo de los ciudadanos».*

Es decir, se trata de un concepto definido de manera bastante amplia, o por lo menos lo suficiente como para dar cabida a todo tipo de actividades —independientemente del medio en el que se desarrollen—, siempre que cumplan con una misión finalista: la captación de sufragios. Este sería, por tanto, el núcleo del concepto, dirigirse a captar sufragios, y no tanto los medios empleados para ello. Por tanto, no cabe duda de que el ámbito objetivo de la campaña electoral considerado por la LOREG incluye también toda actividad que, con este fin, se realiza en las RRSS.

Cuestión distinta —y más polémica— ha sido el elemento subjetivo, es decir, la delimitación de quiénes pueden, de acuerdo con la ley, realizar actos de campaña electoral. A este respecto, de una primera lectura del artículo 50.4 LOREG parece clara la vinculación de la campaña a los actos que realizan *«los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones»* (en adelante nos referiremos a este grupo como *«los actores políticos»*), sobre todo cuando en su apartado 5 restringe aún más este ámbito señalando que *«ninguna persona jurídica distinta de las mencionadas en el apartado anterior podrá realizar campaña electoral a partir de la fecha de la*

(16) ARNALDO Y DELGADO-IRIBARREN (2009:52).

convocatoria de elecciones, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución».

V.4.1.2. La posibilidad de realizar campaña electoral por personas jurídicas

De lo anterior podemos extraer dos conclusiones: en primer lugar, que de la letra de la Ley no puede inferirse limitación alguna hacia las personas físicas en cuanto a las actividades que pueden llevar a cabo a partir de la fecha de convocatoria de elecciones y, en segundo lugar, que las personas jurídicas podrán actuar en tanto amparadas por su derecho de libertad de expresión (art. 20 de la Constitución, en adelante CE), pero sin poder llevar a cabo actos de campaña electoral como tal⁽¹⁷⁾. Esta última aseveración, por su doble carácter limitativo y permisivo a la vez, ha generado, señala VISIEDO MAZÓN (2014, pág. 557), no pocos conflictos y ha sido objeto de numerosa doctrina por parte de la JEC y de varios pronunciamientos por parte del TS⁽¹⁸⁾ para matizarla y sentar el actual marco regulatorio. En síntesis, se ha venido aceptando los actos realizados por personas jurídicas que supongan una crítica abierta sobre formaciones políticas contendientes sin pedir el voto para ninguna de ellas (AJEC 603/2015, de 17 de diciembre), como podría ser la inserción de anuncios en prensa exponiendo ideas políticas a título de posicionamiento propio, lo que se entiende amparado por la libertad de expresión.

En consecuencia, al verse involucrado un derecho fundamental en esa dicotomía prohibición/respeto a la libertad de expresión, la JEC ha venido reiterando que el artículo 50.5 LOREG debe ser aplicado de forma estricta (por todos, AJEC 603/2015, de 17 de diciembre). Tan es así, que los tímidos intentos que la JEC ha tenido de delimitar esta prohibición de manera un poco más amplia han sido corregidos por la Sala Tercera del TS.

(17) En este sentido, es importante recordar, como señala MONTILLA MARTOS (2015, págs. 517-518) que la titularidad de los derechos políticos, en nuestro ordenamiento constitucional ha sido otorgada «a las personas en cuanto tales» es decir, tan solo a las físicas (así lo refrenda, por ejemplo, las SSTC (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 5/1983, de 4 de febrero; 23/1983, de 25 de marzo, 51/1984, de 25 de abril o 63/1987, de 20 de mayo), por lo que no sería posible reconocer genéricamente a las jurídicas dichos derechos entre los que se incluyen, como no podría ser de otro modo, el derecho de participación política.

(18) Entre otros, Acuerdo de la JEC (AJEC) 18/1982, de 13 de mayo de 1982, revocado por la Sentencia del Tribunal supremo (STS) de 24 de julio de 1982, los AJEC 186/1986 de 18 de junio (que declaró que Las entidades políticas no concurrentes a las elecciones no pueden realizar actos de campaña electoral pero sí ejercitar la libertad de expresión amparada por el art. 20 CE, en el mismo sentido se posiciona el AJEC 37/1989, de 14 de mayo), 143/2004, de 23 de febrero, o 179/2007 de 8 de mayo.

En efecto, el AJEC 206/2015 consideró que la contratación de vallas publicitarias por parte de la plataforma «Hazteoir.org» con el mensaje «*Si votas Cifuentes, votas aborto*» sería contrario al artículo 50.4 de la LOREG ya que, si bien no solicita el voto para ninguna opción política concreta, la publicidad promovía el «no voto» hacia una opción concreta lo que, a juicio de la JEC suponía que directa o indirectamente se persiguiera «orientar el voto de los electores». Este acuerdo fue, sin embargo, anulado por la STS 1655/2016, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3415) que antepuso nuevamente la prevalencia del 20 CE a una interpretación extensiva del 50.5 LOREG. En resumen, la sentencia viene a decir que (i) la finalidad de la prohibición del 50.5 LOREG es que los actores políticos no se valgan de personas jurídicas para burlar las limitaciones de dicha Ley ni quiebren la igualdad de medios que debe presidir la contienda electoral; (ii) el concepto «*captar el voto*» debe aplicarse de manera restrictiva y queda únicamente referido a la captación de voto favorable a una opción política. De esta forma, la prohibición del 50.5 LOREG debe interpretarse referida únicamente a aquellas actividades dirigidas a *captar votos favorables* hacia una opción, dejando al margen las dirigidas a desanimar el voto hacia un determinado partido, por ejemplo, manifestando públicamente la discrepancia con sus políticas; (iii) equiparar «pedir el voto» a «influir en el voto» supondría una «grave y desproporcionada» restricción de derechos fundamentales en periodo electoral, «*estrangulando el debate público y convirtiendo el espacio del dialogo político en un ámbito de monopolio ocupado en exclusiva por los partidos políticos y sus candidaturas*».

V.4.1.3. La posibilidad de realizar campaña electoral por parte de las personas físicas

Frente a esta regulación (cuya delimitación jurisprudencial nos servirá más adelante), nos encontramos con la ya referida falta de limitaciones a que una persona física pida el voto en cualquier momento de la campaña electoral, amparada en todo momento por su derecho a la libertad de expresión, sin más límites legales.

La única limitación existente para el desarrollo de actividades de campaña por parte de personas físicas, como recuerda (DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, 2015, pág. 5), se sitúa en la prohibición de realizar actos de propaganda electoral durante la jornada de reflexión. Dicha prohibición, contenida en el artículo 53 de la LOREG y tipificada como delito electoral en su artículo 144.1.a), alcanza no solo a las personas jurídicas y a

los actores políticos, sino también a las personas físicas, ya que de lo contrario —como ha reconocido ya la jurisprudencia⁽¹⁹⁾—, la finalidad de la jornada de reflexión quedaría del todo adulterada al poder los actores políticos y personas jurídicas valerse de personas físicas no vinculadas formalmente a los mismos para burlar el sentido de dicha jornada, que no es otro que el de permitir al elector —libre ya de la presión psicológica de la propaganda electoral— decidir el sentido de su voto.

V.4.2. Problemática que plantea la regulación actual ante la aparición de las RRSS

Dicho lo anterior, la problemática que ahora se plantea parece clara: los presupuestos y las vías de integración que el legislador previó en 1985 eran perfectamente válidos para el contexto tecnológico de la época, pero no para el actual. A esto debe añadirse que las esporádicas reformas que la LOREG ha experimentado no han abordado esta problemática.

En 1985 España era una sociedad democrática incipiente, donde las campañas electorales se llevaban a cabo a través de mítines políticos y de los medios de comunicación tradicionales —radio, televisión y prensa escrita— y en la que, como expuso SARTORI (2003, págs. 164-167) el medio más pujante era la televisión. Hasta tal punto la televisión parecía el medio destinado a dominar la vida política, que el profesor italiano denominó, como ya expusimos anteriormente, a esta era en las democracias occidentales como la era de la «*videopolítica* o *videocracia*», esto es, el dominio de la televisión en política, de la imagen frente a la información. En este contexto, la forma que tenían los particulares de hacer campaña estaba muy limitada, pudiéndose clasificarse en tres grupos:

— GRUPO A: La posibilidad de pequeñas aportaciones en medios de comunicación masivos, aportaciones que se limitaban a opciones como (i) escribir «cartas al director» para periódicos de gran difusión, (ii) la participación telefónica en tertulias radiofónicas y televisivas cuando éstas daban posibilidad de que la audiencia tomara la palabra; (iii) la compra, por quien se lo pudiera permitir, de espacios publicitarios en diarios o la contratación de cuñas radiofónicas.

(19) Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, de 13 de septiembre de 1986 confirmada por la STS de 5 de mayo de 1985, citada en ARNALDO Y DELGADO-IRIBARREN (2019, pág. 1011). Dicha actividad se encuentra, además, tipificada como delito electoral en el artículo 144.1 LOREG y castigado con pena de prisión de tres meses a un año o la de multa de seis a veinticuatro meses.



En un contexto en el que las redes sociales cada vez juegan un papel más determinante en la vida diaria de la ciudadanía, la utilización de estas como instrumento de campaña política supone todo un desafío para el Derecho Electoral. La propagación de noticias falsas en la red, la utilización de *bots* como medio de amplificación de los mensajes políticos o las enormes posibilidades de segmentación de la publicidad (tanto positiva como negativa) que ofrecen las redes sociales, son algunos de los retos a los que se enfrentan las legislaciones electorales de las principales democracias occidentales.

¿Están sujetas las redes sociales a los mismos límites que los medios de comunicación tradicionales?, ¿puede cualquier ciudadano realizar una campaña electoral en redes sociales como lo haría en la vía pública?, ¿cómo se contabilizan los gastos electorales realizados en redes sociales?, ¿se pueden realizar campañas electorales en internet fuera de los periodos establecidos?, ¿qué límites deben respetar las Administraciones en el manejo de sus redes sociales institucionales?, ¿qué competencias tienen las juntas electorales en este campo para garantizar el correcto funcionamiento del proceso electoral?

La presente monografía, partiendo de un estudio fenomenológico de la cuestión, trata de determinar cuál ha sido la respuesta que el ordenamiento jurídico español ha dado a esta problemática y si ha sabido adaptarse y crear un marco normativo suficiente. Con ese objetivo, se presenta como una guía práctica accesible no solo al profesional del Derecho sino también a candidatos, partidos políticos, Administraciones Públicas e incluso a los propios internautas. En definitiva, una guía que será útil para cualquiera que pretenda indagar sobre esta nueva modalidad de campaña electoral online y conocer de forma clara y sintética cuáles son las reglas de juego que nuestro ordenamiento ha venido pautando hasta la fecha en esta materia.

ISBN: 978-84-19446-52-7



ER-02860/0005

GA-200500100