
LIMITACIÓN DEL SUFRAGIO PASIVO COMO MEDIDA FRENTE A LA DESINFORMACIÓN ELECTORAL EN REDES SO- CIALES. A PROPÓSITO DEL CASO *FRANCISCHINI* EN BRASIL¹

Jordi Barrat Esteve²

Resumen

El artículo alude a una sentencia de la jurisdicción electoral brasileña en la que, como parte de su combate contra la desinformación electoral, llegó a desapoderar a un parlamentario de su acta de diputado. Los hechos se remontan a 2018 cuando tal persona criticó las urnas electrónicas durante la jornada electoral. El texto parte de este supuesto para debatir sobre los malos usos de las redes sociales en campaña electoral y las medidas disponibles para mitigar sus consecuencias negativas.

Palabras clave: redes sociales, moderación de contenidos, libertad de expresión, Brasil, derecho de sufragio pasivo.

1 Miembro de COST CA19143 (Global Digital Human Rights Network) y Proyecto I+D 2023/2024 (Escola d'Administració Pública de Catalunya)

2 Universitat Rovira i Virgili.

Profesor de derecho constitucional en la Universitat Rovira i Virgili (Tarragona, Cataluña). Investigación centrada en el análisis desde el plano legal e institucional de las tecnologías electorales con particular atención al voto electrónico, tanto a nivel general como en el seno de los partidos políticos, y a la moderación de contenidos por las redes sociales en periodos electorales.

Correo electrónico: jordi.barrat@urv.cat / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3720-2250>

Limiting the Right to Stand as a Measure to Prevent Election Disinformation through Social Networks. Analysis of the *Francischini* Case in Brazil

Abstract

The paper builds upon a decision from the electoral courts in Brazil that, as a measure to face electoral disinformation, recalled a local MP who, in 2018, criticised voting machines through social networks and during voting hours. Based on such case, the text discusses bad practices used by social networks during electoral campaigns and what measures to implement to mitigate their negative consequences.

Key words: social networks, content moderation, freedom of opinion, Brazil, right to stand.

1. Introducción

Proteger la integridad de las elecciones y la legitimidad de los resultados puede ser tarea harto complicada para las autoridades a cargo del proceso. La corrupción endémica, fallos logísticos o graves disensos nacionales a nivel social, entre otros muchos factores, pueden envenenar toda contienda electoral y complicar una alternancia política sana. Recientemente, con la aparición de las redes sociales, las amenazas han aumentado y la desinformación, que en la práctica cabe considerar como consustancial a todo enfrentamiento político, ha emergido, con un formato renovado, como un gran riesgo para las democracias contemporáneas. El populismo cabalga a lomos de ciudadanos no debidamente informados y la cohesión social se resiente de la polarización causada por redes sociales donde la segmentación aísla a las personas en grupos con preocupaciones similares.

El texto aborda todos estos aspectos a partir de un caso real brasileño, en el que las autoridades reaccionan con contundencia ante lo que se interpreta un ataque intolerable al proceso electoral. Las críticas vertidas por un diputado federal contra el mecanismo electrónico de votación utilizado en Brasil desembocan en la terminación de su mandato por orden judicial y su inhabilitación como candidato.

Se trata, a todas luces, de una consecuencia de enorme importancia y es por ello que conviene diseccionar con cuidado lo ocurrido, entender la interpretación utilizada por el tribunal y evaluar si se trata de una respuesta proporcional o no. El caso añade, además, componentes de interés como el uso del voto electrónico, cuyo análisis suele comportar un plus de complicación, o la invocación de la inviolabilidad parlamentaria como defensa de las declaraciones del diputado.

Tras una presentación somera del caso, el texto se estructura en dos apartados. Mientras que el primero alude al régimen de inelegibilidades, en el que se enmarcaría, según la legislación brasileña, el uso indebido de los medios de comunicación, el segundo valora cómo puede conjugarse tal posibilidad con la libertad de expresión, que goza de una protección reforzada cuando se aplica al campo electoral y a las actuaciones de representantes políticos.

2. Caso *Francischini*:³ breve descripción

Brasil es uno de los países en los que el voto electrónico se halla ampliamente extendido desde hace ya varias convocatorias electorales. Junto con Venezuela, la India, Filipinas o Estados Unidos, constituye hoy en día una referencia indiscutible en el campo del voto electrónico a gran escala. Se trata de un sistema local en el que elector se desplaza a la casilla de votación y es allí donde utiliza un ordenador adaptado al efecto para emitir su sufragio. El sistema permite contar con un escrutinio electrónico al finalizar la jornada. Históricamente, la razón

3 https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Francischini.

principal por la que se introdujo el voto electrónico consistió en la voluntad de erradicar los fraudes que solían producirse, mediante diversos métodos, con las boletas en papel. El automatismo de lo electrónico dificulta tales prácticas, aunque no es incompatible con otras formas de praxis negativas.

En 2021, Fernando Destito Francischini fue cesado como diputado estatal por Paraná en razón de una sentencia del Tribunal Superior Electoral (recurso ordinario 0603975-98) donde se revertía una decisión anterior de una jurisdicción inferior. Según afirma el propio Tribunal,⁴ Francischini había incurrido en causa de inelegibilidad “por divulgar noticias falsas contra o sistema eletrônico de votação”, lo que equivalía a un “uso indevido dos meios de comunicação, além de abuso de poder político e de autoridade”.

El origen concreto de la causa judicial radica en la emisión en directo a través de Facebook y durante el periodo de votación en 2018 de unas críticas al sistema electrónico. De acuerdo con los datos proporcionados en la sentencia, el tenor literal de las declaraciones era de forma sintética el siguiente:

(a) “já identificamos duas urnas que eu digo ou são fraudadas ou adulteradas. [...], eu tô com toda a documentação aqui da própria Justiça Eleitoral”; (b) “nós estamos estourando isso aqui em primeira mão pro Brasil inteiro [...], urnas ou são adulteradas ou fraudadas”; (c) “nosso advogado acabou de confirmar [...], identificou duas urnas que eu digo adulteradas”; (d) “apreensão feita, duas urnas eletrônicas”; (e) “não vamos aceitar que uma empresa da Venezuela, que a tecnologia que a gente não tem acesso, defina a democracia no Brasil”; (f) “só aqui e na Venezuela tem a porcaria da urna eletrônica”; (g) “daqui a pouco nós vamos acompanhar [a apuração dos resultados], sem paradinha técnica, como aconteceu com a Dilma”; (h) “eu uso aqui a minha imunidade parlamentar, que ainda vai até janeiro, independente dessa eleição, pra trazer essa denúncia”. (RO 0603975-98 / Tribunal Superior Eleitoral)⁵

La retransmisión en directo alcanzó un notable impacto en términos de visibilidad y desencadenó la reacción jurisdiccional a la que hacemos referencia. Son varios los aspectos a considerar para obtener un análisis completo de lo ocurrido. A nivel doctrinal, cabe referirse como mínimo a dos aspectos: la regulación de las ilegibilidades electorales y, dada la naturaleza de la actividad a analizar, los límites de la libertad de expresión en el marco de las modernas redes sociales.

Dejaremos de lado en esta ocasión otros aspectos que aparecen en la sentencia como, por ejemplo, el alcance de la inviolabilidad parlamentaria o las repercusiones penales de la actividad del diputado.⁶

4 <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Outubro/plenario-cassa-deputado-francischini-por-pro-pagar-desinformacao-contra-o-sistema-eletronico-de-votacao>.

5 <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2024/07/Tribunal-Superior-Eleitoral.-Recurso-Ordinario-no-0603975-98.pdf> y <https://www.conjur.com.br/dl/vo/voto-salomao-tse-gustavo-francischini.pdf>.

6 El relator alude, en este sentido, a los crímenes tipificados en el artículo 39, § 5º, II a IV, de la Ley 9.504/97.

También eludiremos lo que podría haber sido de hecho el núcleo del debate, es decir, determinar si realmente se produjeron los fraudes y alteraciones a los dispositivos electrónicos que denunciaba el diputado Francischini. Cabe señalar a tal efecto que el Tribunal rechazó de plano toda irregularidad y rebatió los diversos elementos de queja, entre los que se hallaba la presunta aprensión de diversas urnas o la nacionalidad de la empresa privada encargada de gestionarlas. El Tribunal se vanagloria, además, del recorrido histórico del proyecto brasileño de voto electrónico como sistema eficaz y exitoso tanto para reducir el fraude anterior como para garantizar la integridad de las elecciones. A efectos de completar el cuadro de análisis, cabe aludir a la existencia también histórica en Brasil de voces críticas hacia el desarrollo del proyecto de voto electrónico, sobre todo en sus etapas iniciales. Cabe hacer referencia, asimismo, a la prolongada discusión sobre la conveniencia de contar con comprobantes en papel a modo de pruebas complementarias del escrutinio electrónico (Brunazo Filho y Rosa Marcacini, 2016).

3. Marco teórico I: inelegibilidades electorales

El régimen de incompatibilidades e inelegibilidades establece un conjunto de criterios que procura evitar casos en los que la representación de la voluntad ciudadana quede distorsionada o manipulada. Así pues, se entiende que ciertas situaciones conllevan la imposibilidad de fungir al mismo tiempo como representante político. Puede referirse a cargos o profesiones que se entienden como incompatibles con la función parlamentaria, pero también puede incluir otros criterios, como meras actitudes del representante, que desemboquen en el mismo resultado.

Inelegibilidad e incompatibilidad son dos figuras con finalidades próximas, pero distintas, y por ello conviene distinguirlas apropiadamente (véase, en general, Durán Alba, 2001). Mientras que la primera determina ciertos criterios cuyo concurso imposibilita obtener el mandato parlamentario, la segunda obliga a elegir entre diversos escenarios que se consideran contradictorios entre sí. La primera afecta al derecho electoral y la segunda se vincula al derecho parlamentario (Delgado Ramos, 2017, p. 129). Todas las causas de inelegibilidad son al mismo tiempo indicadores de incompatibilidad.

Debe distinguirse, por último, entre la titularidad del derecho de sufragio pasivo, que dependerá de una serie de criterios como nacionalidad o edad, y su ejercicio. Mientras que los primeros no son causas de inelegibilidad, sino de incapacidad, los parámetros que impiden su ejercicio ya serían condiciones de inelegibilidad.

En Brasil, el artículo 14 de la Constitución señala ciertas causales de inelegibilidad y, en su noveno apartado, le encomienda al legislador la tarea de determinar

Se refiere en concreto a la ruptura del silencio electoral mediante propaganda, sea a pie de casilla, por cualquier otro medio y en particular la difusión de nuevo contenido en redes sociales.

outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Este redactado, aprobado en 1994, sucedió a otro más corto en el que los supuestos a regular eran menores y no se mencionaba ni la probidad ni la moralidad. El décimo apartado permite impugnar un mandato electo por “abuso de poder económico, corrupción y fraude”.

En desarrollo del precepto constitucional, el artículo 22 de la Ley de Incompatibilidades nº 64 de 18 de mayo de 1990 alude de nuevo a los aspectos financieros, pero añade significativos incisos relativos a los medios de comunicación: “uso indevido, desvío ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”. Tales añadidos tendrán una importancia capital en el caso *Francischini*.

Antes de adentrarnos en el análisis del supuesto en particular, conviene realizar algunas consideraciones previas relativas al catálogo de escenarios en los que la normativa prevé aplicar el régimen de inelegibilidad e incompatibilidad. Mientras que algunos de ellos descansan en hechos objetivos y fácilmente comprobables, como puede ser estar ostentando determinados cargos públicos —como el de prefecto o gobernador estatal—, otros se deslizan hacia campos donde se requerirá un mayor esfuerzo interpretativo, y los apartados aplicados a *Francischini* son precisamente los que se inscriben en este segundo grupo.

Aludir al abuso de poder económico o a la utilización indebida de los medios de comunicación constituye una fórmula mucho más ambigua que las utilizadas en otros casos. Ciertamente, ambos enunciados pueden relacionarse con otros preceptos de la legislación electoral que pretenden garantizar una contienda equitativa y una cierta igualdad de armas. Son conocidas, en este sentido, las buenas prácticas aceptadas a nivel internacional en relación con la financiación de las campañas electorales o el buen funcionamiento de los canales de comunicación públicos, de forma prioritaria, pero también en cierta medida los de titularidad privada.

Ahora bien, mientras que estos preceptos suelen tener una descripción sumamente detallada de las actividades ilícitas, como por ejemplo tipos admitidos de ingresos económicos, con sus cuantías máximas, o minutaje específico gratuito en radio y televisión para las candidaturas, debe señalarse que los preceptos de inelegibilidad citados en el régimen brasileño no van más allá de una formulación general susceptible de ser interpretada de formas muy diversas. Tampoco incluyen un vínculo explícito con los otros apartados de la legislación electoral en los que, como se ha señalado, suele fijarse el régimen de financiación y el de los medios de comunicación. Tal conexión facilitaría la interpretación al partir de bases más precisas y objetivas, pero no es el caso en Brasil. Por lo tanto, las alusiones de la ley de incompatibilidades pueden —y quizás incluso deben— tratarse como supuestos paralelos e independientes a lo previsto en financiación y medios. Así se verificó de hecho al aplicarlos al caso *Francischini*,

cuya resolución se fundamenta en argumentos que no guardan relación con el régimen tradicional de ambos asuntos. Lo veremos con detalle más adelante.

Si atendemos a la legislación de otros países, observaremos prácticas diversas. La Comisión de Venecia, por ejemplo, ofrecía en 2012 un marco comparativo de sus países miembros con casos donde los conflictos de intereses económicos son causales de inelegibilidad/incompatibilidad.⁷ El abuso de poder económico tendría, por lo tanto, un anclaje en el constitucionalismo tradicional con el fin de evitar escenarios con desigualdades flagrantes que impidan de hecho una competición genuina. Tales situaciones irían más allá de las regulaciones tradicionales sobre financiación electoral y optarían por cortar por lo sano limitando el ejercicio del sufragio pasivo. Habida cuenta de la imposibilidad de aplicar de forma eficaz las limitaciones en financiación, lo que siempre ha suscitado críticas por la falta de realismo de tales medidas, se entendería más oportuno, pese a su enorme repercusión, vetar la entrada a los hemiciclos de ciertos candidatos. A título indicativo, en Grecia, la propia Constitución [art. 57.1 a)] impide que los diputados sean propietarios o accionistas de empresas que participen en concursos públicos.

De todos modos, cabe señalar que, en los casos relatados por la Comisión de Venecia, los conflictos de intereses económicos se intentan resolver prohibiendo ciertas actividades que relacionen empresas privadas con actividades del sector público. Si el diputado no quiere someterse a tales restricciones, siempre puede abandonar su cargo. No se trata, sin embargo, de preceptos que aludan de modo genérico, como en el caso brasileño, a un abuso de poder económico. Se procura, en cambio, objetivar al máximo las condiciones que limiten el ejercicio del mandato representativo.

Los casos en los que el motivo de inelegibilidad radica en el uso indebido de los medios de comunicación son menos frecuentes, lo cual es debido seguramente a que, en este supuesto, el compromiso a alcanzar se antoja mucho más delicado. Ya no se trataría de compatibilizar influencias económicas con cargos de representación popular, sino que estaríamos afectando directamente la libertad de expresión, es decir, uno de los pilares esenciales de todo sistema democrático. De todos modos, existen algunos casos —como, de nuevo a título indicativo, la Constitución helénica— en los que se establece que los diputados no pueden ser propietarios de emisoras de radio o televisión o incluso de prensa de circulación nacional [art. 57.1 c)]. Sea como sea, se trata de supuestos de interpretación sencilla y no, como en Brasil, de cláusulas abiertas sobre su utilización indebida.

Regresando al caso *Francischini*, el Tribunal determina cuáles son los bienes jurídicos protegidos por el artículo 22 y alude de forma expresa a la paridad de armas y al desarrollo normal y legítimo del proceso electoral. Tal situación se produciría si se abusa del poder económico y, en el caso de los medios de comunicación, por una exposición desproporcionada de un determinado candidato. Resta en manos de los aplicadores jurídicos determinar cuándo se producen tales abusos y, en ese sentido, cobran pleno sentido los apartados de la sentencia destinados a apreciar la gravedad de los hechos relatados. Se requiere, por lo tanto, una pon-

7 [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2012\)027rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2012)027rev-e).

deración, ya que, ante hechos idénticos, las conclusiones pueden ser diferentes en función del contexto y de la gravedad que se le atribuya a múltiples factores.

En lo que atañe al caso *Francischini* y en palabras del relator Salomão, no hay

margem para dúvida de que constitui ato abusivo (...) a promoção de ataques infundados ao sistema eletrônico de votação e à própria democracia, incutindo-se no eleitorado a falsa ideia de fraude e em contexto no qual determinado candidato sobrevenha como beneficiário dessa prática. (§ 6.1)

Resulta determinante el hecho de infundir en el electorado ideas falsas, ya que, en párrafos posteriores, el relator desarrolla tal aspecto conectando la noción de abuso de poder —y utilización indebida de los medios de comunicación— a situaciones en las que se produce una ascendencia personal que manipule la voluntad de los electores o una interferencia no justificada a la hora de determinar el sentido de sus votos. Otros magistrados, como de Moraes, parecen ir incluso más allá y denuncian de forma contundente cómo este tipo de declaraciones forman parte de estrategias coordinadas que persiguen desestabilizar los sistemas democráticos: “Se revela a existência de uma verdadeira organização criminoso, de forte atuação digital e com núcleos de produção, publicação, financiamento e político, com a nítida finalidade de atentar contra as Instituições, a Democracia e o Estado de Direito”.

Resulta obvio, como la propia sentencia reconoce, que el mensaje del diputado podía generar resultados espurios, pero cabe preguntarse si realmente nos hallábamos ante un uso indebido. Cabe preguntarse, por ejemplo, si toda mentira sobre el proceso electoral en boca de un político con cierto impacto mediático debe conducir, en aplicación estricta del artículo 22, a la terminación del mandato del representante por contravenir las reglas de inelegibilidad.

Tales dudas nos llevan al apartado siguiente, es decir, al análisis sobre los límites de la libertad de expresión en las redes sociales. Sea cual sea la gravedad y las repercusiones de las declaraciones del diputado, las conclusiones no pueden alcanzarse atendiendo únicamente a lo regulado en la ley de incompatibilidades, sino que la protección de la libertad de opinión también debe ser ponderada. El relator menciona de hecho el precepto constitucional en el que se consagra tal libertad, pero únicamente para acreditar su expansión a los modernos medios de comunicación digitales.

4. Marco teórico II: redes sociales, noticias falsas y libertad de expresión

Existe una preocupación creciente por los efectos dañinos de la desinformación en procesos electorales y la deslegitimación consecuente de los sistemas democráticos. Pese a que noticias falsas siempre han existido y podría incluso afirmarse que se trata de un fenómeno natural en lo político y en lo electoral, la irrupción de las redes sociales, y más recientemente de la inteligencia artificial, multiplica la amenaza potencial de tales comportamientos y ha provocado

que las autoridades electorales, como en el caso brasileño, adopten medidas —a veces muy contundentes—⁸ para atajar el problema de raíz.

Sea como sea, la libertad de expresión permanece incólume como uno de los principios basilares de toda contienda electoral. Lo mismo puede afirmarse además del acceso a la información por parte de los electores. Se trata de dos aspectos complementarios que deben desembocar en la existencia de una ciudadanía informada y, por tanto, libre para votar por la candidatura que mejor represente sus intereses.

Además, tanto la libertad de opinión como el derecho a ser informado alcanzan toda su virtualidad cuando sacan a relucir detalles que no siempre son del agrado de ciertos interlocutores. Las molestias causadas por la libertad de expresión son un peaje que cualquier sistema democrático debe asumir en aras de garantizar un intercambio auténticamente libre de ideas. Por otro lado, el principio de transparencia como premisa del acceso a la información debe permitir conocer aspectos de importancia cívica que los poderes públicos no pueden retener a su albedrío.

Nos hallamos, pues, ante dos principios potencialmente contradictorios. Por una parte, el afán por mantener un ecosistema informativo veraz nos empuja a luchar contra las noticias falsas, sea cual sea el formato en el que se manifiesten. Por otro lado, pese a la evidente incomodidad que genera su presencia, resulta sumamente complicado controlar el modo en el que se ejerce la libertad de expresión y, en caso de que se estime preciso, determinar si cada mensaje refleja o no fielmente la realidad. O, como supuestamente en el caso analizado, si la difusión de ciertos mensajes —sean erróneos o no— entraña consecuencias ulteriores para el sistema político. Más allá de las legítimas lecturas diversas —y contradictorias— sobre hechos objetivos, tal apuesta por controlar el mensaje —y no el mensajero— puede abrir fácilmente la puerta a prácticas censoras, o al menos a estrategias que desalienten la libre expresión. En este sentido, debe siempre recordarse que la pluralidad de fuentes suele ser el mejor antídoto frente a las manipulaciones informativas. Su erradicación resulta poco realista, tanto en el pasado como sobre todo ahora, pero la opción de contrastar noticias de fuentes diversas amortigua sobremanera su impacto negativo.

Adviértase finalmente que, si todo lo anterior es válido en cualquier circunstancia, adquiere —si cabe— mayor gravedad cuando se aplica a lo electoral, ya que es un campo donde la discrepancia resulta incluso bienvenida como libre intercambio de pareceres y donde la crítica debe aceptarse con mayor facilidad.

En Brasil, gran parte del razonamiento jurisdiccional del relator se centra en dilucidar si las redes sociales deben ser entendidas como medios de comunicación y, por lo tanto, suscep-

8 En el momento de redactar estas líneas, por ejemplo, destaca en la actualidad informativa el agudo rifirrafe entre las autoridades brasileñas y la plataforma X (sucesora de Twitter). Fruto de diversos trámites judiciales, se ha determinado finalmente la clausura imperativa de la red en Brasil, lo que ha provocado la reacción de su propietario denunciando un ataque a la libertad de expresión. Aunque la valoración detallada de la decisión del órgano jurisdiccional brasileño, cuyos componentes coinciden al menos parcialmente con los integrantes del tribunal en el caso *Francischini*, no forma parte del objetivo de este texto, merece resaltarse la intensidad de una resolución que insta a la clausura total de una plataforma de comunicación.

tibles de ser encuadradas en la utilización indebida de los vehículos o medios de comunicación social a los que se refiere el artículo 22 de la Ley de Incompatibilidades.

Pese a ciertas vacilaciones en la doctrina, la conclusión unánime, compartida incluso por el magistrado con voto particular disidente, consiste en señalar que así es. Las redes sociales difieren de los medios clásicos de comunicación de masas, pero, a nuestros efectos, deben ser consideradas como tales y su abuso puede desencadenar la terminación del mandato del diputado. Tras deducir que el video difundido durante la jornada electoral generó beneficios para el propio difusor y su partido, además de posibles consecuencias sistémicas, como ya se ha comentado anteriormente, se concluye que existió uso indebido de los medios de comunicación.

Solamente uno de los ministros difiere de la mayoría. Pese a no impugnar la equiparación de redes sociales con los medios de comunicación, destaca que las transmisiones de los mensajes se llevan cabo con unos patrones diferentes y que, en este caso, la proactividad del destinatario resulta determinante. Es tal persona quien buscará ciertos contenidos y no al revés. Además, fruto de la capacidad organizadora de los algoritmos a la hora de congregar personas con perfiles parecidos, cabe deducir que la audiencia del diputado no podía ir mucho más allá de los acólitos habituales en sus cuentas digitales. Se trata de un matiz importante, ya que rebaja considerablemente tanto los beneficios para el diputado, debido a que sus oyentes serán probablemente votantes ya convencidos, como para el partido en su conjunto, ya que el mensaje no alcanzará probablemente un abanico suficientemente variado de destinatarios. El impacto de las declaraciones sería, por lo tanto, mucho más reducido de lo aventurado por el relator. Es por todo ello que este magistrado concluye de modo diferente y no defiende la aplicación del artículo 22.

Llegados a este punto, creo importante volver a prestar atención sobre la ya mencionada regulación de los espacios de comunicación para fines electorales. Se trata de averiguar si el uso indebido de los medios de comunicación referido en el mencionado artículo 22 alude al incumplimiento de tales reglas o si, por el contrario, nos enfrentamos a otros casos, es decir, a otros usos indebidos de los medios de comunicación que pueden producirse incluso cumpliendo con los requisitos habituales para estos canales en tiempos electorales. Podríamos hallarnos, por ejemplo, ante el seguimiento escrupuloso de propaganda política financiada en Facebook o con la emisión gratuita de anuncios en radio, pero, al mismo tiempo, con un uso indebido a raíz del impacto de cierto contenido pretendidamente falso.

Los mecanismos tradicionales a los que nos referimos tienen, entre otras finalidades, perseguir una regulación equitativa de los espacios de propaganda en los que exista limitaciones de acceso, un tratamiento ponderado y equilibrado de la información brindada sobre los contrincantes políticos, con especial énfasis en los medios de titularidad pública, y la protección de la libertad de expresión política, de tal manera que, salvando las excepciones anteriores y otras de tenor similar, tanto los candidatos como los partidos políticos puedan contrastar con plena libertad sus diversas propuestas programáticas.

Las redes sociales constituyen un reto delicado, ya que no resulta sencillo trasladarles —y ajustar, en caso necesario— los criterios que se acaban de mencionar. Tanto las autoridades

electorales como otros actores, tales como observadores electorales u organismos internacionales, están ensayando diversas fórmulas para lograr que las redes sociales puedan utilizarse con libertad y sin que ello ponga en peligro la integridad de las elecciones. Brasil es un buen ejemplo de tal práctica, aunque no exento de polémica; de hecho, el artículo 22 que estamos analizando iría en esa línea, aunque, según cómo se interprete, puede suscitar dudas importantes. Puede darse siempre una cierta tentación liberticida por la que se eliminan las externalidades negativas de toda libertad, suprimiendo de forma simultánea el ejercicio de tal franquicia en sus aspectos medulares. Se erradican los efectos indeseados, pero, al mismo tiempo, se anula lo que se pretendía proteger.

En este sentido, al aludir a las redes sociales, ni todas las actividades ni todos los actores tienen la misma relevancia o desempeñan el mismo rol. Cabe distinguir como mínimo tres componentes: propaganda electoral, moderación de contenidos y ejercicio en sí mismo de la propia libertad individual de opinión.

En primer lugar, suele prestarse especial atención a la propaganda electoral vehiculada a través de las redes sociales. Existe aquí preocupación por la inversión financiera que supone y su peligro para la igualdad de armas. Además, en contraste con lo que sucede en los medios tradicionales, tales como la radio o la televisión, cuantificar con precisión la inversión publicitaria resulta bastante más complicado. Existen iniciativas al respecto y aplicaciones que proporcionan información, como la Ad Library de Facebook, pero la metodología se halla todavía en fase de consolidación.⁹ Cobra importancia, además, el papel creciente de terceras partes que, aprovechando la flexibilidad de las redes sociales, promocionan electoralmente determinados candidatos sin que tales actividades queden fácilmente registradas como financiación política en especie.

La propaganda en internet presenta la ventaja —y también el enorme riesgo— de la hipersegmentación. Si bien tales técnicas ya se daban con los medios de comunicación anteriores, la capacidad de singularizar mensajes es ahora mucho mayor, como se demostró en el caso ya célebre de Cambridge Analytica en las elecciones norteamericanas. Aunque a primera vista nada impide que un partido personalice sus mensajes en función de su audiencia y que tal práctica alcance niveles de sofisticación hasta hace poco insospechados, lo cierto es que tal tendencia provoca la consolidación de grupos sociales impermeables a mensajes plurales. La hipersegmentación puede contrariar, por lo tanto, la pluralidad informativa y, en esa medida, dañar el derecho a ser informado.

En segundo lugar, el papel de las redes sociales en las contiendas electorales nos conduce a analizar la capacidad censora de sus propietarios o, en términos más suaves, los criterios de moderación de contenidos aplicables a la publicación de mensajes por particulares. Bajo la premisa del combate contra la desinformación u otras malas praxis que suelen inundar las redes sociales, sus propietarios, sea *motu proprio* o para responder a las demandas de los po-

9 En Brasil, en las elecciones de 2018 que nos ocupan, el Tribunal Superior Electoral trató el asunto en los artículos 22 y siguientes de la Resolução TSE nº 23.551/2017 sobre propaganda electoral.

deres públicos y de la sociedad, suelen establecer medidas de control cuya aplicación suscita numerosas dudas, ya que conlleva a menudo la suspensión o incluso la anulación de cuentas personales, a veces de candidatos o partidos políticos en plena campaña electoral.¹⁰

Bajo la premisa de que nos hallamos antes medios de titularidad privada, se amparan reglas de moderación que pueden violentar principios básicos de la libertad de expresión. No existen, además, criterios uniformes aplicables a todas las redes sociales, sino que cada una de ellas establece su propio protocolo interno con cambios frecuentes que intentan ajustar la moderación a múltiples riesgos causados presuntamente por un uso desbocado de la libertad de opinión.

En una decisión pionera y, al menos a nivel doctrinal, de cierta relevancia para el caso en análisis, la Junta Electoral Central española entendió que las redes sociales no deben ser consideradas como cotos privados en las que los usuarios se hallarían a merced de sus propietarios. La Junta entiende, en cambio, que Twitter, y con seguridad análogamente otras redes principales, constituyen “un instrumento casi imprescindible para candidatos y formaciones electorales” dado la “posición dominante” que ostentan.¹¹ No vale, por lo tanto, escudarse en la posibilidad teórica de utilizar cualquier otra red social, ya que en la práctica tal opción no existe, o al menos no en condiciones equiparables a las principales redes sociales. Como consecuencia, las redes sociales se aproximan a aquellos medios de comunicación en los que, como la radio o la televisión, existe una restricción de las opciones de acceso y emisión o, en otros términos, en los que no existen opciones diversas infinitas por las cuales canalizar la expresión de nuestras opiniones. En contraste con la prensa escrita, no pueden crearse infinitas televisiones abiertas. Y en las redes sociales, pese a ser teóricamente factible, en la práctica no puede obviarse el rol estructurador de la opinión pública a cargo de las principales redes sociales. Acudir a alguna otra red secundaria no es una alternativa válida y, por lo tanto, las plataformas principales deben cuidar con especial esmero el libre intercambio de pareceres en su seno.

Tal interpretación tiene, como apuntábamos, cierta repercusión en el caso analizado aquí. La especial protección procurada a la libertad de opinión en las redes sociales debería poder amortiguar todo intento de maniatarla sin pruebas contundentes —y bien ponderadas— de sus efectos negativos directos —e inminentes— en relación con la quiebra institucional y la deslegitimación del sistema político. La alusión a posibles repercusiones futuras o a efectos meramente secundarios no parece satisfacer las premisas que requeriría limitar la libertad de expresión.

Finalmente, al hilo de lo anterior y como tercer aspecto a considerar en las redes sociales, nos queda el tratamiento a otorgar a los mensajes individuales. Se trata de un elemento conectado con las reflexiones previas, pero analizado ahora desde una perspectiva diferente. Si antes

10 Véase al efecto lo ocurrido en España donde la cuenta en Twitter de un partido político fue suspendida en plena campaña electoral (Barrat Esteve, 2021). Todo ello se une a otros casos en los que se hallaban involucrados diversos políticos en activo.

11 JEC 246/2021, 25 de Febrero de 2021, y STS 735/2022, de 28 de febrero de 2022. www.juntaelectoralcentral.es/cs/jec/doctrina/acuerdos?anyosesion=2021&tidacuerdoinstruccion=75595 y <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a7e96863b8ab6f2/20220314>.

nos interesaban las facultades atribuidas al titular de la red social para intervenir en el espacio individual de una cuenta de usuario, ahora le prestaremos atención al mensaje en sí mismo y a su encaje en el marco de la libertad de expresión.

El relator vincula el comportamiento de Francischini con los casos de ruptura del silencio electoral previstos como delitos, pero cabe preguntarse hasta qué punto las declaraciones de un político durante la jornada electoral pueden ser consideradas propaganda a efectos de quedar encasilladas como quiebra del silencio. De igual modo, debemos interrogarnos sobre si cualquier nuevo contenido disponible en las redes sociales debe igualmente atribuirse a lo tipificado como delito en estos supuestos.

A mi entender, ambas dudas merecen una respuesta negativa. El silencio electoral no equivale a una prohibición absoluta de cualquier acto de comunicación pública por parte de los candidatos, sino únicamente de aquellos que puedan considerarse como propaganda en sentido estricto, sea en formato tradicional o en redes sociales. Lo contrario equivaldría a acallar por completo a los candidatos durante la jornada electoral, lo que no sucede —ni se pretenda que suceda— en Brasil ni en otros lugares. Los estándares internacionales tampoco van en esta dirección.

Todo ello tiene menos justificación si lo evaluado consiste realmente en críticas, sean acertadas o no, al propio proceso electoral. Se trata de un ámbito en el que el margen de apreciación debería ser, si cabe, más amplio que en otros. Primeramente, parece forzado interpretar las críticas con un acto de propaganda destinado a aumentar los sufragios en beneficio propio. Ciertamente, tal efecto puede darse, pero no por ello debe obviarse que la motivación principal no consiste en reclamar más votos, sino en denunciar presuntas irregularidades, cuya mayor o menor verosimilitud no debe en sí mismo implicar una reducción de la capacidad de denuncia.

Por otro lado, atendiendo al significado real de la regla del silencio electoral, parece insólito pensar que tal principio deba conducir a que los candidatos no puedan ni tan solo alzar la voz para llamar la atención sobre lo que ellos consideran irregularidades electorales. Se trata de una medida de transparencia e higiene democrática que no vulnera ningún principio electoral y que, de hecho, contribuye a su integridad. Si los hechos relatados por el candidato se entienden falsos, o incluso falsificados, les corresponde a las autoridades refutarlos con datos precisos, lo que contribuirá a una ciudadanía mejor informada y capaz de discernir entre diversas opiniones.

Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal considera no tolerables las críticas vertidas por el diputado y no solamente por su presunta falsedad, aspecto que los magistrados enfatizan en numerosas ocasiones aludiendo al voto electrónico como un proyecto brasileño que se habría revelado sumamente satisfactorio a lo largo de las últimas décadas. El Tribunal también evalúa la gravedad de las declaraciones y llega a afirmar, en palabras del relator, que “possui repercussão nefasta na estabilidade do Estado Democrático de Direito” (§ 10). Otro magistrado, el ministro Campbell Marques, asimila incluso las palabras del diputado a un discurso de odio (“divulgou sua ‘plataforma eleitoral’ de ódio ao sistema eletrônico de votação”). Tal gravedad no necesita además que las declaraciones tengan capacidad para alterar el resultado

electoral, sino que se determina en función de diversos parámetros, como el momento en el que se realizan o quién las lleva a cabo (De Albuquerque Barbosa Agnoletti, 2022).

La opinión del Tribunal no es de todos modos unánime y, a tal efecto, conviene rescatar los argumentos del magistrado disidente Horbach, quien resalta la importancia capital de la libertad de expresión, sea cual sea el escenario en que las declaraciones se lleven a cabo:

a análise da gravidade das condutas que utilizem indevidamente redes sociais em benefício de candidato ou de partido político, para os fins do art. 22 da LC nº 64/90, não pode descurar as balizas afetas à livre manifestação do pensamento e a dinâmica de consumo da informação na plataforma, vetores que devem ser considerados na gradação da conduta.

El inciso final se refiere al hecho ya comentado de que las redes sociales requieren una aproximación activa del usuario para poder ser destinatario de las declaraciones controvertidas. Por otro lado, Horbach recupera además jurisprudencia anterior con advertencias clásicas en todo constitucionalismo, como la necesidad de realizar “a menor interferência possível no debate democrático, de modo a prevalecer a livre manifestação do pensamento e o direito à informação”.

Horbach acierta plenamente cuando desdobra el papel de las redes sociales: “Apesar de serem um meio de comunicação (...) são também um meio pelo qual se exerce a liberdade de expressão”. Se trata de una impugnación en toda regla de la tesis del relator. No se puede aplicar el precepto de utilización indebida de los medios de comunicación, sobre todo con una sanción tan grave como la terminación del mandato de un parlamentario, atendiendo a una sola de las dimensiones de las redes sociales. Las tres categorías apuntadas anteriormente cobran aquí toda su virtualidad, ya que no parece razonable aplicar a la libertad de expresión regulaciones que parecen más propias de la propaganda política en redes sociales.

Cabría apostillar incluso que, si bien tal interpretación sería errónea en cualquier supuesto, su aplicación a la política y a un representante en activo de la voluntad popular adquiere mayor gravedad. Es sabido, en este sentido, que los políticos se benefician de un margen de libertad de expresión, con sus correspondientes críticas y ataques, más generoso que el aplicado de forma ordinaria. La política debe convivir, por lo tanto, con críticas aceradas, aunque lógicamente también aquí existirán límites infranqueables, como la humillación gratuita, grosera y desproporcionada que hiera la dignidad de los contrincantes políticos.

5. Conclusiones

El alcance de este escrito se circunscribe a lo ocurrido en el caso *Francischini* y en el periodo que media entre el momento en el que se producen los hechos (2018) y el pronunciamiento del Tribunal Superior (2021). Se propone como plan futuro de investigación atender al desarrollo posterior que ha tenido lugar en Brasil en el marco del combate con la desinformación

aplicada a los procesos electorales. Todos los comicios recientes han estado marcados por este fenómeno y *Francischini* no es más que un caso relevante que ha modelado los criterios del Tribunal en este campo. Su análisis permite indagar en el razonamiento del Tribunal a la hora de enfrentarse a un fenómeno novedoso que puede desarbolar los principios clásicos con los que la doctrina ha articulado la legislación electoral.

Sea cual sea la estrategia a adoptar, el supuesto de estudio merece especial atención, ya que la sanción que se aplica al diputado no es ningún caso baladí. El Tribunal impone la terminación de su mandato como representante estatal e inhabilitación por ciertos años. Son palabras mayores y es por ello que debe extremarse el cuidado en la ponderación a realizar entre los distintos valores en juego.

A nuestro entender, el Tribunal yerra al mezclar una defensa acérrima del sistema de voto electrónico con el ejercicio de la libertad de expresión o de crítica al alcance de todo ciudadano y con más motivo de todo representante popular. Más allá del tono y de la verosimilitud de las afirmaciones, sancionar al diputado no parece la medida más idónea si se pretende no desalentar otros actores que en el futuro puedan llamar la atención sobre irregularidades, quizás más fundadas, del sistema electoral.

El Tribunal podía lógicamente ampararse en el tenor literal de la ley al aludir al uso indebido de los medios de comunicación, pero cabe interrogarse sobre el alcance real de estos términos. Como se ha desarrollado en el texto, la legislación electoral tiene ya por consolidadas una serie de reglas que limitan la actuación de los medios de comunicación en aras de la igualdad de armas, pero ninguno de estos mecanismos persigue impugnar el contenido de las declaraciones. Se intenta solamente ofrecer igualdad de oportunidades, es decir, plataformas de expresión similares a los candidatos.

Bajo tal premisa, interpretar que el uso indebido de los medios de comunicación en tiempo electoral también afecta al contenido, tal y como sostiene la mayoría del Tribunal, y deducir de ahí la terminación del mandato supone cruzar un cierto umbral de interpretación que puede llevarnos a consecuencias no deseadas. La libertad de expresión no es ilimitada, tal y como un magistrado se encarga de recordar al aludir a la gráfica escena de un individuo alertando falsamente de un incendio en un teatro abarrotado, pero tales supuestos deberían exigir pruebas de los efectos directos sumamente perniciosos de las declaraciones y aplicarse con proporcionalidad.

La regulación del ejercicio de la libertad de expresión en relación con expresiones de odio o incitación a la violencia camina por esos senderos, pero, situados en 2018 y limitados a las pruebas proporcionadas en el caso, no parece que fuera así. Es cierto, sin embargo, que el papel de las redes sociales y su impacto en la integridad electoral ha evolucionado de forma muy rápida en todo el mundo y en Brasil en particular. Todo ello debe hacernos reflexionar sobre el modo más adecuado para evitar sus efectos perniciosos, al mismo tiempo que garantizamos —mediante medidas proporcionales— tanto el derecho de sufragio pasivo como la libertad de expresión.

Bibliografía

- Adler, W. T. y Thakur, D. (2021). *A lie can travel. Election Disinformation in the United States, Brazil, and France*. Konrad Adenauer Stiftung. <https://cdt.org/wp-content/uploads/2021/12/2021-12-13-CDT-KAS-A-Lie-Can-Travel-Election-Disinformation-in-United-States-Brazil-France.pdf>
- Barrat Esteve, J. (2021). Social platforms, content moderation and elections. The role of electoral authorities. En Fernández Riveira, R. M. y Sánchez Navarro, A. J. (Ed.), *Reflections for quality democracy in a technological age* (pp. 51-64). Dykinson.
- Brunazo Filho, A. y Marcacini, A. T. R. (2016). Legal Aspects of E-Voting in Brazil. En Driza, A. y Barrat, J. (Eds.), *E-Voting Case Law: A Comparative Perspective* (pp. 65-88). Routledge.
- De Albuquerque Barbosa Agnoletti, A. G. (2022). *A caracterização da gravidade das circunstâncias à luz das balizas do PLP 112/2021: uma análise do recurso ordinário eleitoral nº 0603975-98*. Universidade Federal da Paraíba. <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/28287/1/AGABA071222.pdf>.
- Delgado Ramos, D. (2017). Las inelegibilidades parlamentarias de los altos cargos y personal directivo del Estado: la necesidad de una reforma. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 65(1), 123-150.
- Duran Alba, J. F. (2001). *Teoría general y régimen jurídico de las incompatibilidades parlamentarias en España*. Congreso de los Diputados.