

HUMBERTO JOSÉ SIERRA OLIVIERI

Manipulación de los electores a través de noticias falsas

Análisis a la luz del Derecho penal vigente

(Tesis de grado)

BOGOTÁ D. C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL: DRA. MARTHA HINESTROSA

DECANA: DRA. ADRIANA ZAPATA

DIRECTOR C. DE INV. EN FILOSOFÍA Y D.: DR. CARMEN ELOISA RUIZ

DIRECTOR DE TESIS: DRA. NATHALIA BAUTISTA

PRESIDENTE DE TESIS: DRA. CARMEN ELOISA RUÍZ
LÓPEZ

EXAMINADORES: DRA. CARMEN ELOISA RUÍZ
DR. HERNÁN DARÍO OROZCO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
1 EL FENÓMENO DE LAS NOTICIAS FALSAS	6
1.1 LA DISCUSIÓN A NIVEL INTERNACIONAL.....	6
1.1.1 Medidas adoptadas a nivel interno	8
1.1.2 Medidas adoptadas desde el sector privado	10
1.2 LA SITUACIÓN EN COLOMBIA.....	12
1.3 CONCEPTO DE NOTICIAS FALSAS	14
1.4 RESULTADO PARCIAL.....	16
2 APROXIMACIONES EN OTROS ORDENAMIENTOS.....	18
2.1 ALEMANIA	18
2.1.1 Definiciones del concepto de noticia falsa.....	18
2.1.2 Delitos contra la honra, contra la existencia y seguridad del Estado, contra el orden público y contra otros intereses similares	19
2.1.3 Delitos contra elecciones y votaciones	21
2.2 ITALIA	27
2.2.1 Concepto de noticias falsas	28
2.2.2 La penalización de la propagación de noticias falsas en el contexto electoral.	32
2.3 AUSTRIA	34
2.3.1 La difusión de rumores falsos y alarmantes.....	35
2.3.2 La difusión de noticias falsas en el contexto de una elección o votación.....	37
2.4 RESULTADO PARCIAL.....	40
3 LA PENALIZACIÓN DE LA DIFUSIÓN NOTICIAS FALSAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	42
3.1 LA DIFUSIÓN ADECUADA DE LA INFORMACIÓN COMO INTERÉS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL	42
3.1.1 Límites constitucionales a la libertad de expresión y la difusión de la información.....	42
3.1.2 Difusión adecuada de la información en relación con la honra de los asociados	44
3.1.2.1 ¿Protección del proceso electoral mediante la calumnia?.....	46
3.1.3 Difusión adecuada de la información en las relaciones negociales o de disposición patrimonial	47
3.1.3.1 ¿Protección del proceso electoral mediante el delito de estafa?	48
3.1.4 Difusión adecuada de la información y algunas instituciones de la vida social	49
3.1.4.1 ¿Protección del proceso electoral mediante el delito de pánico económico?	51

3.2	NOTICIAS FALSAS E INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA	52
3.2.1	El objeto de protección de los delitos contra los mecanismos de participación democrática.....	52
3.2.2	Formas de afectación del derecho al voto y el fenómeno de las noticias falsas	54
3.2.2.1	Perturbación de certamen democrático.....	55
3.2.2.1.1	Consideraciones por parte de la doctrina.....	56
3.2.2.1.2	Desarrollo jurisprudencial.....	58
3.2.2.1.3	Aplicación del tipo en el escenario objeto de estudio	60
3.2.2.2	Constreñimiento al sufragante.....	61
3.2.2.2.1	Consideraciones por parte de la doctrina.....	62
3.2.2.2.2	Desarrollo jurisprudencial.....	63
3.2.2.2.3	Aplicación del tipo en el escenario objeto de estudio	67
3.2.2.3	Fraude al sufragante.....	71
3.2.2.3.1	Consideraciones por parte de la doctrina.....	71
3.2.2.3.2	Desarrollo jurisprudencial.....	72
3.2.2.3.3	Aplicación del tipo en el escenario objeto de estudio	75
3.3	RESULTADO PARCIAL.....	79
	CONCLUSIONES.....	81
	BIBLIOGRAFÍA	84

INTRODUCCIÓN

En Colombia el internet asume cada vez más un rol preponderante como fuente de información para los ciudadanos. En efecto, en el año 2018 más del 64% de las personas de 5 años en adelante lo utilizó¹ y la tendencia es creciente. Por sus características, este medio permite que cualquier persona tenga la posibilidad de crear y difundir contenido noticioso sin los costos naturales que acompañan a los medios tradicionales dedicados a la prensa.

En relación con este panorama, en el que se conjuga el aumento de los usuarios de internet con la descentralización de la producción de noticias, en los últimos años se ha observado un desarrollo que ha despertado preocupación en la sociedad y ha generado un fuerte debate sobre las medidas que se deben tomar para contrarrestarlo: el fenómeno de las noticias falsas o también llamadas en inglés *fake news*. En términos simples, este consiste en la creación y difusión de contenidos que presentan afirmaciones o situaciones que no han ocurrido como si fueran noticias, con la intención de engañar a los lectores de las mismas. En este contexto, si bien su creación puede obedecer a múltiples propósitos, aquellos contenidos engañosos proferidos en el marco de las campañas electorales se han vuelto cada vez más comunes, lo que ha llevado a considerar que pueden manipular a los electores y así ser determinantes para el resultado de las contiendas electorales.

Así las cosas, en este trabajo se analizará si los delitos destinados a la protección de la libertad en el ejercicio de los mecanismos de participación democrática son aplicables en el escenario en el cual un individuo decide deliberadamente crear y difundir contenido respecto del cual el mismo es consciente que es falso, pero que presenta como noticias con la finalidad de engañar a los receptores de las mismas y así manipular la formación de su voluntad electoral.

Para tales efectos, en la primera parte del trabajo se presentará un panorama de lo que se ha denominado el fenómeno de las noticias falsas, en el que se mostrará cuál es su relevancia en la discusión política actual, se mencionaran algunas de las medidas que se han tomado para contrarrestar sus efectos y se presentará una propuesta de definición que permita un posterior análisis. En la segunda parte se expondrá cómo esta problemática ha sido abordada en otros ordenamientos desde la perspectiva del Derecho penal, en concreto en Alemania, Italia y Austria, con el objetivo de demostrar cómo la legislación vigente en estos países presenta alternativas concretas para penalizar la difusión de noticias falsas, las cuales están estrechamente relacionadas con la protección directa de los certámenes electorales. En la tercera parte se estudiará la exigencia de difundir adecuadamente la información que reconoce el Código penal colombiano en algunos casos y se analizará si ello resulta relevante para la configuración de las conductas descritas en el título que consagra los delitos contra los mecanismos de participación democrática.

¹ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación – TIC en hogares y personas de 5 y más años de edad. Año 2018. (12 de julio de 2019). Bogotá, p. 13, acápite 2.2.

1 EL FENÓMENO DE LAS NOTICIAS FALSAS

En este capítulo se presentará un panorama del denominado fenómeno de las noticias falsas y se resaltarán su relevancia en la discusión política actual a raíz de los certámenes electorales en los que estas han sido objeto de múltiples cuestionamientos. Para estos efectos, en el primer apartado se describirá cómo se ha abordado esta problemática a nivel internacional (1.1), para después pasar a las repercusiones que ha tenido en Colombia (1.2). Se finalizará con una propuesta de definición del término noticias falsas que permita un posterior análisis (1.3).

1.1 LA DISCUSIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

En la actualidad el término “noticias falsas”, traducción de la expresión inglesa ampliamente utilizada en español *fake news*, se ha popularizado y ha venido a ocupar un importante papel en discusiones de distintos ámbitos*. En especial a partir del referendo sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea y de la contienda electoral por la presidencia en los Estados Unidos del año 2016, la difusión de este tipo de contenido empezó a ser objeto de cada vez más atención, toda vez que se ha observado que ha podido jugar un rol importante en los resultados de dichos certámenes electorales**.

* Cfr. PARRA VALERO, Pablo y OLIVEIRA, Lúcia. Fake news: una revisión sistemática de la literatura. En: Observatorio Special Issue (OBS*) [en línea]. Lisboa: Obercom, edición especial 2018, pp. 54-78.

** Cfr. PAUNER CHULVI, Cristina. Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red. En: *Teoría y realidad constitucional* [en línea]. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, nro. 41, p. 297; CUNIBERTI, Marco. Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo. En: *Media Laws: Rivista di diritto dei media* [en línea]. Milán: [s. n.], septiembre de 2017, nro. 55, p. 28; CASADEI, Thomas. L'irruzione della postverità. En: *Governare la paura: Journal of Interdisciplinary Studies* [en línea]. Bologna: Università di Bologna, abril de 2019, p. 4; BASSINI, Marco y VIGEVANI, Giulio Enea. Primi appunti su fake news e dintorni. En: *Media Laws: Rivista di diritto dei media* [en línea]. Milán: [s. n.], octubre de 2017, nro. 1, pp. 3–4; DE SIMONE, Federica. ‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni social alla prova del diritto penale. En: *Archivio penale* [en línea]. Pisa: Pisa University Press, enero-abril de 2018, nro. 1, p. 6; GELFERT, Alex. Fake News: A Definition. En: *Informal Logic* [en línea]. Windsor: University of Windsor, 2018, vol. 38, nro. 1, p. 85; ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. En: *Journal of Economic Perspectives* [en línea]. Pittsburgh: AEA Publications, primavera de 2017, vol. 31, nro. 2, pp. 212, 232 – 233; TIMMER, Joel. Fighting Falsity: Fake News, Facebook, and the First Amendment. En: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal (AELJ)* [en línea]. Nueva York: Yeshiva University, 2017, vol. 35, nro. 3, p. 670; GALDÁMEZ MORALES, Ana. Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news. En: *Revista española de la transparencia* [en línea]. Madrid: ACREDITRA, primer semestre de 2019, nro. 8, p. 27; MORAIS DA COSTA BRAGA, Renê. A indústria das fake news e o discurso de ódio. En: PEREIRA, Rodolfo Viana (ed.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio [en línea]. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018, p. 205. RODRIGUES FREITAS, Juliana; ALARCON Anderson y BARCELOS Guilherme. O Direito eleitoral em tempos de fake news: O que é isto, um fato sabidamente inverídico. En: *Percurso: sociedade, natureza e cultura* [en línea]. Curitiba: Centro Universitário Curitiba, 2018, vol. 2, nro. 25, p. 256; HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit con Fake News – de lege data und de lege ferenda. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea]. Berlin: Walter Mouton de Gruyter, 2017, vol. 129, nro. 3, p. 718; ROSTALSKI, Frauke. „Fake News“ und die „Lügenpresse“ – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht? En: *Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)* [en línea]. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017 (8), nro. 4, p. 437; PEIFER, Karl-Nikolaus. Fake News und Providerhaftung. Warum das NetzDG zur Abwehr von Fake News die falschen Instrumente liefert. En: *Computer und Recht* [en línea]. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2017, vol. 33, nro. 12, p. 809.

En efecto, si bien se ha advertido que la creación y difusión de este tipo de contenidos puede obedecer a la búsqueda de un provecho económico, toda vez que su difusión masiva implica utilidades en relación con la publicidad que los acompaña², la constatación de que en muchos casos tiene también una motivación ideológica, en cuanto pueden servir para manipular la opinión de los lectores respecto de temas de discusión actual³, ha impulsado a algunos gobiernos y a distintos organismos internacionales a tomar medidas para poder definir el concepto de noticias falsas y para enfrentar sus posibles efectos nocivos.

Así, por ejemplo, los relatores para la libertad de expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Organización de Estados Americanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos adoptaron en marzo de 2017 la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y ‘Noticias Falsas’, Desinformación y Propaganda”⁴. En este documento se ha invitado a los diferentes actores estatales y no estatales a “formular iniciativas participativas y transparentes que favorezcan una mayor comprensión del impacto que tienen la desinformación y la propaganda en la democracia, la libertad de expresión, el periodismo y el espacio cívico, así como respuestas adecuadas a estos fenómenos”⁵.

Por otra parte, en el marco de la Unión Europea, el Comité Económico y Social Europeo ha adoptado un plan de acción que reconoce el fenómeno de las noticias falsas como un asunto de “desinformación” que, a su vez, consiste en “la información verificablemente falsa o engañosa que supone una amenaza para la democracia y causa un perjuicio público”⁶. Así, este Comité ha enfatizado en la necesidad de apoyar los esfuerzos dirigidos a identificar las posibles fuentes de desinformación, los móviles u objetivos que hay detrás de ella⁷ y los motivos que llevan a que “ciudadanos, y a veces comunidades enteras, se [dejen] convencer por los discursos de desinformación y [entren] a formar parte de los mecanismos de difusión de las noticias falsas”⁸.

En estrecha relación con dicho plan, la Unión Europea también ha impulsado a las plataformas virtuales a adherirse al “Código de buenas prácticas contra la desinformación”⁹, en el que se refiere a la “desinformación” como “información verificablemente falsa o engañosa que “es creada, presentada y diseminada para obtener provecho económico o engañar al público y que puede generar daños sociales, en el sentido de amenazar tanto procesos democráticos, políticos y legislativos como la protección de la salud, el medio ambiente y la seguridad de los ciudadanos europeos”¹⁰. A través de este compromiso se busca en términos generales impulsar a las

² ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. *Op. cit.*, p. 217.

³ *Id.*

⁴ RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) PARA LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN *et al.* Declaración conjunta sobre libertad de expresión y "noticias falsas" ("*Fake News*"), desinformación y propaganda [en línea]. Viena: 3 de marzo de 2017.

⁵ *Ibid.*, artículo 6.

⁶ UNIÓN EUROPEA. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Plan de Acción contra la desinformación». [en línea]. Bruselas: 20 de marzo de 2019, nota marginal (“nm.”) 1.1.

⁷ *Ibid.*, nm. 4.8.

⁸ *Id.*

⁹ UNIÓN EUROPEA. EU Code of Practice on Disinformation [en línea]. Bruselas: octubre de 2018.

¹⁰ *Ibid.*, preámbulo.

plataformas con mayor alcance en la difusión de información a tomar medidas de autorregulación que busquen una mayor transparencia con relación a la proveniencia de la información y combatan las cuentas falsas que propagan contenido desinformativo¹¹.

1.1.1 Medidas adoptadas a nivel interno

A nivel nacional distintos gobiernos han considerado igualmente que la difusión de noticias falsas puede representar una amenaza para las sociedades democráticas. Así, en el sitio web del Instituto Poynter se puede encontrar que hasta agosto de 2019 más de 50 países habían tomado algún tipo de medidas dirigidas a regular lo que en términos amplios se podría denominar como la *desinformación en línea* [*online misinformation*]¹².

En Alemania, por ejemplo, el primero de septiembre de 2017 se adoptó la denominada *Ley para la aplicación del Derecho en la red* [*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*]¹³. En la exposición de motivos de dicha normativa, el gobierno alemán resalta como el debate social en la red se ha vuelto más agresivo e hiriente y como las noticias falsas juegan un rol cada vez más importante en esa dinámica, resaltando en particular su influencia en los certámenes electorales, para lo cual se refiere expresamente a la campaña electoral de 2016 para la presidencia en los Estados Unidos¹⁴.

En términos generales esta ley en su ámbito de aplicación define una serie de contenidos como “ilícitos”, refiriéndose para ello a las descripciones de algunos tipos del Código penal, entre los que se encuentran delitos contra el honor o contra el orden público, y se establecen cuáles son los requisitos para que un servidor sea considerado como una red social. Con base en lo anterior, se impone a las redes sociales la obligación de eliminar en un término de 24 horas o de 7 días (dependiendo de la “obviedad”) los contenidos que los usuarios reporten como ilícitos y se prevén multas de hasta cinco millones de euros para los casos en los que no se cumpla con el procedimiento¹⁵.

En Francia, por su parte, se han adoptado iniciativas legislativas que buscan expresamente combatir la difusión de noticias falsas en el contexto electoral. Así, se encuentra vigente la Ley n° 2018-1202 del 22 de diciembre de 2018 “relativa a la lucha contra la manipulación de la información”¹⁶, que en términos generales les da la posibilidad a determinados jueces, a solicitud de parte, de

¹¹ Cfr. PAUNER CHULVI, Cristina. Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red. *Op. cit.*, pp. 305 – 306.

¹² FUNKE, Daniel y FLAMINI, Daniela. A guide to anti-misinformation actions around the world. En: Poynter [sitio web]. St. Petersburg (FL).

¹³ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. BUNDESTAG. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG) (1 de septiembre de 2017) [en línea]. Berlín: Bundesgesetzblatt (BGBl), 2017 (I), nro. 61, p. 3352.

¹⁴ REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. BUNDESREGIERUNG. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (5 de abril de 2017) [en línea]. Berlín: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, acápite A.

¹⁵ Cfr. ROSTALSKI, Frauke. „Fake News“ und die „Lügenpresse“ – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht?. *Op. cit.*, p. 809.

¹⁶ REPÚBLICA FRANCESA. ASSEMBLÉE NATIONALE. Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information [en línea]. París: Journal officiel (JORF), 2018, nro. 0297, texto nro. 2.

bloquear contenidos falsos durante las campañas electorales cuando se logre demostrar que este fue difundido a sabiendas de su falsedad y de manera masiva¹⁷.

El Consejo Constitucional francés se refirió a la constitucionalidad de la ley en cuestión¹⁸ y consideró que las medidas adoptadas son proporcionales para obtener el objetivo de “asegurar la claridad del debate electoral y el respeto del principio de sinceridad de la votación”¹⁹. Sin embargo, precisó que el concepto de “información falsa apta para alterar la sinceridad de la votación” al cual se hace referencia en la ley, debe poder ser demostrado de manera objetiva y en todo caso no puede incluir “ni opiniones, ni parodias, ni inexactitudes parciales o simples exageraciones”²⁰.

Asimismo, en el Reino Unido tras el referendo sobre la permanencia del país en la Unión Europea celebrado en junio de 2016, el gobierno ha venido elaborando un plan de acción²¹ en el que manifiesta su preocupación sobre las implicaciones que puede llegar a tener la difusión de información falsa en las redes sociales, implicaciones que también atañen al proceso electoral. En este documento el gobierno propone, entre otras medidas, que se les impongan deberes a los proveedores de plataformas sociales, como por ejemplo la introducción de alertas frente a informaciones sospechosas o la creación de mecanismos para diversificar la información que reciben los usuarios²².

También resultan interesantes las iniciativas legislativas que se han presentado en Italia. Si bien en este país todavía no se ha adoptado ninguna ley como las referidas anteriormente, en el parlamento se encuentran actualmente por lo menos tres proyectos legislativos que buscan afrontar – desde perspectivas diferentes – el fenómeno de las noticias falsas²³. Entre estas iniciativas, merece particular atención el Proyecto de Ley n. 2688, presentado el 7 de febrero de 2017²⁴. En este se propone, además de que se impongan deberes de vigilancia sobre las plataformas de redes sociales y se alienten campañas de alfabetización mediática, la creación de 3 nuevos tipos penales que buscan penalizar la difusión de noticias falsas en determinados contextos.

¹⁷ MOURON, Philippe. Du Sénat au Conseil constitutionnel: adoption des lois de lutte contre la manipulation de l'information. En: *La Revue européenne des médias et du numérique* [en línea]. París: IREC- Revue Européenne des Médias et du Numérique, invierno de 2018-2019, nro. 49, pp. 9 – 11.

¹⁸ REPÚBLICA FRANCESA. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 2018-773 (20 de diciembre de 2018) [en línea].

¹⁹ *Ibid.*, párrafo (“párr.”) 18.

²⁰ *Ibid.*, párr. 21.

²¹ REINO UNIDO. HER MAJESTY'S GOVERNMENT. Online Harms White Paper (8 de abril de 2019) [en línea]. Londres: Home Office.

²² Cfr. CRAUFURD SMITH, Rachael. Fake news, French Law and democratic legitimacy: lessons for the United Kingdom? En: *Journal of Media Law* [en línea]. Londres: Taylor and Francis, 2019, vol. 11, nro. 1, pp. 52 – 81.

²³ REPÚBLICA DE ITALIA. SENATO DELLA REPUBBLICA. Disegno di legge n. 2688 (7 de febrero de 2017) [en línea]. Roma: Atti Parlamentari del Senato della Repubblica, XVII Legislatura; REPÚBLICA DE ITALIA. CAMERA DEI DEPUTATI. Proposta di legge n. 4692 (10 de octubre de 2017) [en línea]. Roma: Atti Parlamentari della Camera dei Deputati, XVII Legislatura; REPÚBLICA DE ITALIA. SENATO DELLA REPUBBLICA. Disegno di legge n. 3001 (14 de diciembre de 2017) [en línea]. Roma: Atti Parlamentari del Senato della Repubblica, XVII Legislatura. Los tres proyectos son explicados de manera exhaustiva por DE SIMONE, Federica. ‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni social alla prova del diritto penale. *Op. cit.*, pp. 9 – 44.

²⁴ REPÚBLICA DE ITALIA. SENATO DELLA REPUBBLICA. Disegno di legge n. 2688 (7 de febrero de 2017) [en línea]. *Op. cit.*

Así, se plantea por un lado introducir una nueva contravención que complemente la ya existente en el artículo 656^{25*}, con el objetivo de penalizar la difusión de noticias falsas a través de plataformas informáticas que puedan perturbar el orden público. Por otro lado, se prevé la creación de dos delitos contra la personalidad del Estado, que penalizarían las conductas de difundir noticias falsas que puedan despertar alarma pública o engañar a sectores de la opinión pública²⁶ y la de difundir campañas de odio o dirigidas a minar el proceso democrático²⁷.

Pasando al contexto regional, en Brasil, por ejemplo, se encuentra actualmente una iniciativa similar a esta última. En efecto, el Proyecto de Ley n. 473 de 2017²⁸ prevé la penalización de la conducta de divulgar noticias que sabe son falsas y que puedan “distorsionar, alterar o corromper la verdad sobre informaciones relacionadas con la salud, la seguridad pública, la economía nacional, el proceso electoral o que afecten intereses públicos relevantes”²⁹. Igualmente, en Costa Rica cursa actualmente en el Parlamento una propuesta que busca penalizar la fabricación y difusión de noticias falsas, cuando estas tengan la finalidad de “afectar la decisión del electorado en un proceso de plebiscito, referéndum o electoral nacional o extranjero”^{30**}.

1.1.2 Medidas adoptadas desde el sector privado

También desde el sector privado y de la sociedad civil se han ido perfilando numerosas iniciativas como respuesta a la creación y difusión de noticias falsas, en especial con la consolidación de agencias de verificación de datos o de hechos – más conocidas como agencias de *fact checking* –, las cuales buscan alertar a los usuarios de las redes sociales sobre la veracidad de algunos artículos que alcanzan relevancia en cuanto a su difusión. En términos generales, la misión de estas agencias es “verificar el discurso público para fortalecer la democracia, aumentar la rendición de cuentas

²⁵ *Ibid.*, artículo (“art.”) 1.

* Al respecto véase *infra* 2.2.1.

²⁶ REPÚBLICA DE ITALIA. SENATO DELLA REPUBBLICA. Disegno di legge n. 2688 (7 de febrero de 2017) [en línea]. *Op. cit.*, art. 2.

²⁷ *Id.*

²⁸ REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 473 de 2017 (30 de noviembre de 2017) [en línea]. Brasília: Diário do Senado Federal nº 184 de 2017, p. 303 – 306.

²⁹ *Ibid.*, art. 1. Al respecto cfr. SOUZA MENDONÇA, Naiane. O Fenômeno das “Fake News” no Direito Brasileiro: Implicações no Processo Eleitoral. En: *VirtuaJus* [en línea]. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2019, vol. 4, nro. 6, pp. 309 – 310.

³⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA. ASAMBLEA LEGISLATIVA. Proyecto de ley nº 21.187 de 2018 (19 de diciembre de 2018). San José: Departamento de servicios parlamentarios. Unidad de proyectos, expedientes y leyes, p. 32, artículo 236.

** Otros dos casos que resulta pertinente mencionar por las numerosas críticas de las que han sido objeto son los de Singapur y Rusia. En ambos países se han expedido leyes que buscan combatir la difusión de noticias falsas a través de la imposición de multas a las redes sociales que no retiren contenido considerado atentatorio contra conceptos como el “interés público” o que pueda ser calificado como irrespetuoso en relación con el Estado. Cfr. UNGKU, Fathin. Factbox: “Fake News” laws around the world. En: *Reuters* [en línea]. Singapur, 2 de abril de 2019; REDACCIÓN INTERNACIONAL. Las leyes de control de noticias falsas se abren paso en todo el mundo. En: *El Espectador* [en línea]. Bogotá, 26 de noviembre de 2019.

(*accountability*) e incentivar la participación ciudadana mejor informada, con foco en los hechos y la apertura y circulación de más datos fidedignos”³¹.

Si bien la tarea que desarrollan estas agencias puede relacionarse con la labor de verificación de fuentes con la que tradicionalmente han contado la mayor parte de los medios de comunicación, la consolidación de organizaciones que se dedican exclusivamente a verificar la veracidad de los contenidos noticiosos ha empezado a consolidarse como una labor independiente en los últimos años³².

Como consecuencia del crecimiento de esta actividad, en septiembre de 2015 el Instituto Poynter lanzó una iniciativa que busca crear una red internacional de agencias de verificación de datos – más conocida como “*International Fact-Checking Network*” – a través de la cual busca promover buenas prácticas en la materia e intercambiar experiencias en la labor de verificación entre las diferentes agencias que se afilien. Como parte de dicha iniciativa, se resalta la creación de un Código Internacional de Principios para las Agencias de verificación de datos^{33*}.

Asimismo, empresas privadas como Facebook, involucradas en la difusión a gran escala de noticias falsas como efecto del uso de algoritmos cada vez más sofisticados para la personalización de contenidos³⁴, han empezado a tomar medidas para contrarrestar su difusión y sus potenciales efectos nocivos, en particular en los momentos de campaña electoral. Por ejemplo, con el “*Facebook Journalism Project*” esta empresa ha empezado a establecer alianzas con agencias de verificación de datos para ofrecer la posibilidad de advertir a los usuarios que el contenido de una noticia ha sido señalado como falso o sospechoso³⁵. En igual sentido, Google ha lanzado la

³¹ ZOMMER, Laura. Introducción. En: ZOMMER, Laura (ed.). El boom del fact checking en América Latina [en línea]. Chequeado y Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 4.

³² MÜLLER SPINELLI, Egle y DE ALMEIDA SANTOS, Jéssica. Periodismo en la era de la Posverdad: fact-checking como herramienta de combate a las falsas noticias. En: *Revista Observatório* [en línea]. Palmas: Universidade Federal do Tocantins, mayo de 2018, vol. 4, nro. 3, p. 13 – 14; VIZOSO, Ángel y VÁZQUEZ-HERRERO, Jorge. Plataformas de fact-checking en español. Características, organización y método. En: *Communication & Society* [en línea]. Pamplona: Universidad de Navarra, 2019, vol. 32, nro. 1, p. 131 – 132.

³³ POYNTER. International Fact-Checking Network's Code of Principles [sitio web]. St. Petersburg (FL).

* Para agosto de 2018 se podían identificar por lo menos 156 agencias de este tipo, como se muestra en: STENCEL, Mark. The number of fact-checkers around the world: 156... and growing. En: DUKE REPORTERS' LAB [sitio web]. Durham.

³⁴ Cfr. PARISER, Eli. The Filter Bubble: How the new Personalized web is Changing What we Read and how we Think. Nueva York: Penguin Group, 2012, pp. 35 – 42; CORNER, John. Fake news, post-truth and media-political change. En: *Media, Culture & Society* [en línea]. Newbury Park: SAGE Publishing, 2017, vol. 39, nro. 7, pp. 1101 – 1102; MONTI, Matteo. Fake news e social network: verità ai tempi di Facebook. En: *Media Laws: Rivista di diritto dei media* [en línea]. Milán: [s. n.], 2017, nro. 1, pp. 83 – 84; SPOHR, Dominic. Fake news and ideological polarization: Filter bubbles and selective exposure on social media. En: *Business Information Review* [en línea]. Newbury Park: SAGE Publishing, 2017, vol. 34, nro. 3, pp. 152 – 153.

³⁵ FACEBOOK [sitio web]. Facebook Journalism Project. Al respecto cfr. TIMMER, Joel. Fighting Falsity: Fake News, Facebook, and the First Amendment. *Op. cit.*, pp. 702 – 703.

denominada “*Google News Initiative*”³⁶, con la cual busca destinar cuantiosos recursos para combatir la difusión de noticias falsas en la red y apoyar el periodismo de calidad³⁷.

1.2 LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

En el contexto nacional este panorama no es ajeno. En la doctrina se pueden encontrar voces que consideran que la campaña electoral que rodeó el plebiscito para refrendar los Acuerdos de Paz también estuvo caracterizada por la constante exposición en redes sociales a noticias falsas y que estas pudieron influenciar su resultado³⁸. Lo anterior llevó incluso a que se presentara ante el Consejo de Estado una demanda con la cual se pretendía que se declarara la nulidad electoral del acto por medio del cual se declaraba el resultado del plebiscito celebrado el dos de octubre de 2016. Si bien la demanda fue finalmente archivada, toda vez que el Consejo de Estado consideró que existía una carencia actual de objeto al haber versado la votación sobre un texto diferente al que finalmente se terminó adoptando³⁹, en el auto que inicialmente admitió la demanda se determinó que “en virtud de las irregularidades acaecidas en el proceso de elección, por cuanto en la campaña se ejerció la violencia psicológica (art. 275.1 del CPACA) sobre el electorado, [se] considera (...) en esta etapa procesal que el acto de declaratoria del resultado del plebiscito se encuentra viciado (...)”⁴⁰.

Igualmente, de cara a las elecciones regionales de 2019 la Registraduría Nacional del Estado Civil lanzó una estrategia con el objetivo de contrarrestar los efectos que las noticias falsas podrían tener en la discusión política, la cual incluyó iniciativas dirigidas a establecer procedimientos de monitoreo de las actividades en redes sociales con la colaboración de agencias de verificación de datos, un acuerdo entre diferentes partidos político sobre el contenido que haría parte de las campañas y un “memorando de entendimiento” entre la Organización Electoral y Facebook, Twitter y Google⁴¹. Estrechamente relacionado con lo anterior, el entonces Fiscal General de la Nación manifestó que elaboraría una directiva con el fin de analizar la posible responsabilidad penal de quienes se dedicaran a la difusión de contenido falso con el fin de afectar a los oponentes políticos⁴².

³⁶ GOOGLE [sitio web]. Google News Initiative.

³⁷ Cfr. ROOSE, Kevin. Google Pledges \$300 Million to Clean Up False News. En: *The New York Times* [en línea]. Nueva York, 20 de marzo de 2018.

³⁸ PAUNER CHULVI, Cristina. Noticias falsas y libertad de expresión e información. *Op. cit.*, p. 297; GALDÁMEZ MORALES, Ana. Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news. *Op. cit.*, p. 29; GÓNZALEZ, María Fernanda. La «posverdad» en el plebiscito por la paz en Colombia. En: *Nueva sociedad* [en línea]. Buenos Aires: Fundación Foro Nueva Sociedad, mayo-junio 2017, nro. 269, p. 114 – 126.

³⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Auto que declara la terminación de la actuación judicial. Radicación nro. 11001-03-28-000-2016-00081-00. (3 de agosto de 2017). C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, p. 11.

⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Auto que admite la demanda y resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares. Radicación nro. 11001-03-28-000-2016-00081-00. (19 de noviembre de 2016). C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, p. 107.

⁴¹ COLOMBIA. REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL [sitio web]. Comunicado de Prensa No.0036 de agosto de 2019 [sitio web].

⁴² CASTILLA, José David. Fiscalía perseguirá a las empresas que se enfocan en crear noticias falsas. En: *Asuntos Legales* [en línea]. Bogotá, 28 de febrero 15 de 2019.

En materia legislativa, tres proyectos de ley recientes llaman la atención, si bien solo el último de ellos no ha sido archivado. El primero, el Proyecto de Ley 002 de 2017⁴³, preveía la creación de un nuevo delito en los siguientes términos: “Artículo 229 A. Quien cree o utilice una cuenta falsa o anónima en las redes sociales de internet para injuriar, calumniar o vulnerar la intimidad personal y familiar de otra persona; o para publicar, reproducir o repetir injuria o calumnia imputada por otro; o para difundir noticias falsas que puedan generar confusión o pánico en la población incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 1 a 2 años y multa de hasta cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes”.

El segundo, el cual alcanzó mayor resonancia en medios de comunicación, fue el Proyecto de Ley 179 de 2018⁴⁴, cuyo objeto era “regular las condiciones básicas para garantizar la protección de la honra y el buen nombre de los ciudadanos, en relación a las publicaciones que sobre ellos se hicieren en redes sociales y sitios web (...)”, para lo cual buscaba imponer la obligación en cabeza de los proveedores de servicios de redes sociales de crear mecanismos y procedimientos para retirar información falsa de manera inmediata.

Finalmente, se encuentra todavía activo el Proyecto de Ley 176 de 2019⁴⁵, cuyo objeto es “establecer parámetros y procedimientos generales del uso de las redes sociales en internet que permitan proteger a los usuarios frente a conductas lesivas o potencialmente peligrosas resultado de la extralimitación o uso inadecuado de las redes sociales virtuales”. Con este proyecto se busca imponer a los usuarios la prohibición, entre otras, de “Difundir noticias falsas para atacar a un oponente político o comercial” y se prevé que las plataformas virtuales implementen mecanismos para detectar, eliminar y reportar este tipo de contenidos, colaborando para tal fin con el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones.

En el mismo contexto, en el año 2019 la Corte Constitucional profirió una sentencia de unificación en la cual intentó establecer parámetros para la interpretación del derecho a la libertad de expresión en relación con las nuevas tecnologías y en particular en el contexto de Internet⁴⁶. En esta decisión el alto tribunal constitucional reiteró las consideraciones hechas en una providencia anterior instando a los jueces de instancia a “realizar un ‘un delicado y complejo balance’ entre la protección extensa que se confiere a la libertad de expresión y la garantía de los derechos al buen nombre, honra o intimidad, ‘apuntando siempre a buscar la medida menos lesiva para libertad de expresión’, de manera que se garantice que ello no funja como un mecanismo de difamación y desinformación

⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley n. 002 de 2017 (20 de julio de 2017). Por medio de la cual se prohíbe la creación de cuentas anónimas y falsas en las redes sociales de internet, se adiciona un artículo a la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones [en línea]. Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso, 2017, año XXVI, nro. 588, p. 17 – 18.

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley n. 179 de 2018 (9 de octubre de 2018). Por medio del cual se crean normas de buen uso y funcionamiento de redes sociales y sitios web en Colombia [en línea]. Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso, 2018, año XXVII, nro. 850, p. 1 – 5.

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley n. 176 de 2019 (20 de agosto de 2019). Por medio del cual se regulan las políticas de uso y apropiación de las redes sociales y se dictan otras disposiciones generales [en línea]. Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso, 2019, año XXVIII, nro. 772, p. 13-24.

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-420. Expedientes T-5.771.452, T-6.630.724, T-6.634.695 y T-6.683.135. (12 de septiembre de 2019). M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

‘en tiempos en donde las ‘noticias falsas’ se apoderan de la opinión pública y se propagan rápidamente a través de los distintos escenarios digitales’⁴⁷.

Por último, al igual que en el contexto internacional, en Colombia también se han consolidado respuestas desde la sociedad civil que buscan abordar el problema de la difusión de noticias falsas a través de la verificación de contenidos. Así, por ejemplo, en el país operan 3 organizaciones que hacen parte de la red mundial de verificadores de datos, a saber, Colombiacheck, La Silla Vacía y AFP⁴⁸, las cuales ejercen sus labores en cumplimiento del Código de principios arriba mencionado*.

1.3 CONCEPTO DE NOTICIAS FALSAS

Antes de continuar con el análisis, es menester establecer qué se entenderá por “noticias falsas” en el presente trabajo. Pese a que este término ha ganado especial relevancia en los últimos años a raíz de los eventos internacionales y nacionales ya mencionados, no es un concepto – ni un fenómeno – nuevo: a lo largo de la historia se tienen numerosos testimonios de noticias falsas⁴⁹. En este sentido, BURKHARDT explica cómo este tipo de contenidos ha sido recurrente en la historia moderna e identifica ciertos ejemplos relevantes en distintos periodos⁵⁰, concluyendo que, si bien no son algo novedoso, en la actualidad “la velocidad a la que viajan y el alcance global de la tecnología que puede difundirlas no tiene precedentes”⁵¹.

Otra muestra de la antigüedad del debate en relación con esta problemática se extrae del Congreso Internacional de Periodismo celebrado en 1933 en Madrid, en el que se planteó por primera vez la necesidad de combatir las noticias falsas en el contexto periodístico⁵², dando así lugar a que en 1938 se aprobara una reglamentación por parte de los editores y directores de periódicos orientado a combatir esta “mala práctica”⁵³.

Así, si bien el debate y la preocupación acerca de las noticias falsas no son algo estrictamente reciente, en el presente su relevancia radica en los canales a través de los que se mueven, toda vez que, con el surgimiento del internet y en particular de las redes sociales, la difusión de este tipo de contenido se ha facilitado y su alcance ha aumentado de forma precipitada, sin que el mismo sea sujeto de verificaciones o de juicios editoriales⁵⁴. Esta preocupación ha impulsado recientemente

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 96.

⁴⁸ POYNTER. International Fact-Checking Network's Code of Principles: Verified signatories of the IFCN code of principles [sitio web]. St. Petersburg (FL).

* Ver *supra* 1.1.2.

⁴⁹ ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew. *Op. cit.*, p. 214.

⁵⁰ BURKHARDT, Joanna M. Combatting Fake News in the Digital Age: Chapter I, History of Fake News. En: *Library Technology Reports* [en línea]. Chicago: ALA Techsource, noviembre-diciembre de 2017, vol. 53, nro. 8, p. 5 – 9.

⁵¹ *Ibid.*, p. 8.

⁵² VERRINA, Gabriele. L'art. 656 c.p. e la libertà di pensiero. En: *Giurisprudenza di merito*. Milán: Giuffrè Editore, 1977, vol. II, p. 343, nota al pie 8.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Cfr. ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew. *Op. cit.*, p. 211; En el mismo sentido PAUNER CHULVI, Cristina. *Op. cit.*, p. 298; RINI, Regina. Fake News and Partisan Epistemology. En: *Kennedy Institute of Ethics Journal* [en línea]. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2017, vol. 27, nro. 2, p. E-45.

iniciativas que, desde distintos ámbitos, buscan delimitar el concepto de noticias falsas* con miras a poder construir un objeto sobre el cual sea posible tomar medidas concretas.

Entre los posibles intentos de definición que se pueden encontrar en artículos de investigación, para los propósitos de esta investigación se presentarán solo los que aparecen de forma reiterada y que logran abarcar integralmente el fenómeno. En este sentido, se puede encontrar la definición de ALLCOTT y GENTZKOW, quienes comprenden las noticias falsas como “artículos de noticias que son falsos intencional y verificablemente y que pueden engañar a los lectores”⁵⁵. Conforme a esta propuesta, es imprescindible excluir cierto tipo de contenidos similares, como lo son los rumores, las teorías conspirativas, algunos tipos de sátiras, las afirmaciones falsas realizadas por políticos y los reportes que puedan ser considerados como tendenciosos o engañosos, pero no completamente falsos⁵⁶.

Por otra parte, LEVY considera que las noticias falsas pueden ser definidas como la “presentación de afirmaciones falsas que aparentan ser sobre el mundo en un formato y con un contenido que se asemeja al formato y contenido de las organizaciones de medios legítimos”⁵⁷. En igual sentido, RINI las define como “una [historia] que pretende describir eventos del mundo real, imitando por lo general las convenciones de los reportajes tradicionales de los medios, aunque sus creadores saben que es significativamente falsa, y que se transmite con los dos objetivos de ser ampliamente retransmitida y de engañar al menos a algunos de los receptores”⁵⁸.

Con base en las definiciones anteriores, GELFERT propone entender el concepto de noticias falsas como “la presentación deliberada de afirmaciones (típicamente) falsas o engañosas como noticias, donde las afirmaciones son engañosas por diseño”⁵⁹. Según esto, lo relativo al diseño se refiere a que el formato o la estructura que asume este tipo de contenidos debe ser presentado de forma tal que engañe al lector para hacerle creer que se trata de un artículo noticioso según las convenciones periodísticas tradicionales, si bien el creador sabe que su contenido es falso⁶⁰.

Así las cosas, es posible identificar una serie de elementos que son útiles para poder reconocer que tipo de contenido se puede considerar como una “noticia falsa”, a saber, la consciencia de su

* Si bien en las discusiones entorno al fenómeno de las noticias falsas resulta recurrente el uso del término “desinformación” como categoría más genérica o en ocasiones considerada como más precisa para referirse al fenómeno al cual se intenta hacer referencia, el término noticia falsa no solo resulta más ilustrativo y cercano para los ciudadanos, sino que además – como ya se mostró y como se observará también en las siguientes páginas – es objeto de disposiciones legales (incluso penales) y de análisis por parte de la doctrina de distintos ordenamientos, por lo cual resulta más apropiado para efectos de este trabajo. Frente a las críticas del uso del término noticia falsa cfr. RODRÍGUEZ PÉREZ, Carlos. No diga fake news, di desinformación: una revisión sobre el fenómeno de las noticias falsas y sus implicaciones. En: *Comunicación* [en línea]. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 40, p. 65 – 74.

⁵⁵ ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew. *Op. cit.*, p. 213.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 214.

⁵⁷ LEVY, Neil. The Bad News About Fake News. En: *Social Epistemology Review and Reply Collective* [en línea]. Blacksburg: Social Epistemology Review and Reply Collective, 2017, vol. 6, nro. 8, p. 20.

⁵⁸ RINI, Regina. *Op. cit.*, p. E-45.

⁵⁹ GELFERT, Alex. Fake News: A Definition. *Op. cit.*, p. 108.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 110.

falsedad por parte de quien la difunde, el uso de convenciones periodísticas en la redacción del contenido, lo que implica que el autor se sirva de un estilo que se parezca al de las notas periodísticas, y una finalidad dirigida a engañar a los lectores.

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones y los elementos extraídos de ellas, se podría decir entonces que una noticia falsa es, en síntesis, la afirmación sobre la ocurrencia de un determinado hecho, con conocimiento de su falsedad, presentada, además, como una noticia en cuanto se sirve de las convenciones de los reportajes tradicionales con la finalidad de engañar a los receptores de la misma.

Esta definición, en particular en lo relativo a lo que se denominó como “convenciones de los reportajes tradicionales”, resulta compatible con los desarrollos de la Corte Constitucional respecto de la diferencia entre informaciones y opiniones, reiterados recientemente en la sentencia SU-420 de 2019 en la que se precisa que “la jurisprudencia ha adoptado algunos criterios que permiten determinar si se trata de informaciones u opiniones, concluyendo que la calidad del medio de difusión o sus secciones (humorístico, editorial o informativo), así como el lenguaje, la extensión y la carga emotiva de los sucesos referidos, son herramientas útiles para llegar a dicha convicción”⁶¹. En efecto, las noticias falsas entendidas como se definen arriba, se sirven de criterios como los presentados por la Corte para parecer expresiones de información, si bien deliberadamente sus creadores saben que no tienen el “sustento empírico” que le es exigible a las manifestaciones de información ni cumplen con los mandatos de veracidad e imparcialidad que implica su elaboración⁶².

1.4 RESULTADO PARCIAL

El panorama anterior permite concluir que en la actualidad el fenómeno de las noticias falsas resulta cada vez más relevante, en particular debido al creciente alcance que este tipo de contenido puede llegar a tener y a las consecuencias que se le ha atribuido en el marco de certámenes electorales de gran resonancia internacional. Así las cosas, en diferentes países se han empezado a presentar iniciativas o a tomar medidas de distinta índole con el objetivo de contrarrestar los efectos manipulativos que este tipo de contenido genera sobre la formación de la voluntad electoral de los ciudadanos.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo que se adopte para afrontar esta nueva problemática, es necesario antes definir qué se puede entender por noticia falsa. En este sentido, se encuentra que definirla como “la afirmación sobre la ocurrencia de un determinado hecho, con conocimiento de su falsedad, presentada, además, como una noticia en cuanto se sirve de las convenciones de los reportajes tradicionales con la finalidad de engañar a los receptores de la misma” resulta apropiado y coherente con las consideraciones efectuadas por la doctrina y recientemente reiteradas por la jurisprudencia constitucional.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-420 de 2019. *Op. cit.*, párr. 79.

⁶² Cfr. *Ibíd.*, párr. 75.

Sin embargo, para efectos de este trabajo se tomará como la finalidad perseguida por las noticias falsas aquella dirigida a proporcionar sustentos fácticos inexistentes para alimentar miedos y prejuicios, con la intención de favorecer ideologías políticas determinadas y orientar así votaciones en un determinado sentido. Igualmente, debe precisarse que las consideraciones que se efectuaran están relacionadas principalmente con la difusión de este contenido a través de Internet, puesto que como se observó es el contenido propagado a través de este canal el que mayor preocupación ha generado.

Ahora bien, tomando en consideración que entre las distintas iniciativas que se han planteado, tanto en el ámbito internacional como en el contexto nacional, se encuentran varias dirigidas a la penalización de la creación y difusión de este tipo de contenidos, en los siguientes capítulos se abordará en qué medida, *de lege data*, la difusión de contenido engañoso que busca manipular a los ciudadanos en su rol de electores resulta reprochable penalmente.

2 APROXIMACIONES EN OTROS ORDENAMIENTOS

En el presente capítulo se estudiará cómo el fenómeno de la creación y difusión de noticias falsas en el contexto electoral ha sido tratado a la luz de los tipos penales vigentes en Alemania (2.1.), Italia (2.2.) y Austria (2.3.). Los ordenamientos escogidos para ser objeto del presente análisis no son sin duda los únicos que pueden resultar interesantes para los efectos que se propone el presente trabajo*. Sin embargo, estos han sido seleccionados toda vez que en ellos se encuentran discusiones y conceptos que resultan útiles para extraer puntos de referencia que serán traídos nuevamente a la hora de abordar el ordenamiento colombiano.

2.1 ALEMANIA

En el contexto alemán varios autores** se han ocupado del asunto relativo a qué se debe entender por noticias falsas (2.1.1) y qué conductas punibles vigentes pueden ser utilizadas para combatir su creación y difusión. Así las cosas, si bien se pueden encontrar posiciones que argumentan la posibilidad de subsumir la creación y difusión de estos contenidos en distintos tipos del Código penal alemán, entre los cuales se encuentran aquellos que protegen la honra, la existencia y seguridad del Estado, el orden público y otros intereses similares (2.1.2), se reconoce ampliamente que estos no resultan suficientes para afrontar la creciente manipulación que se les puede atribuir a estos contenidos en relación con los ciudadanos, de modo que la mayor parte de las reflexiones se dirigen a establecer hasta qué puntos resultan aplicables en estos escenarios los delitos contra las elecciones y votaciones (2.1.3).

2.1.1 Definiciones del concepto de noticia falsa

Antes de comenzar con el análisis de los delitos identificados por la doctrina resulta interesante detenerse brevemente sobre cuál es la definición del concepto de noticias falsas que han adoptado algunos de los autores que han tratado esta problemática, si bien se debe dejar claro desde el inicio que la mayor parte de las reflexiones de estos no se centran en este punto ni lo desarrollan de manera exhaustiva***.

* Por ejemplo, en el ordenamiento francés también se encuentran disposiciones penales que resultan interesantes en los términos del presente estudio, como lo es el artículo 27 de la Ley de libertad de prensa del 29 de julio de 1881, que prevé multas para la “publicación, difusión o reproducción de noticias falsas cuando sea probable que estas perturben la ‘paz pública’”. Para una primera aproximación a las soluciones en este ordenamiento cfr. REPÚBLICA DE CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Asesoría Técnica Parlamentaria: La regulación de las "fake news" en el derecho comparado [en línea]. Redactado por WEIDENSLAUFER, Christine. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2019, p. 10 – 12.

** HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit con Fake News – de lege data und de lege ferenda. *Op. cit.*, 718 – 744; RÜCKERT, Christian. Fake News und Social Bots – Demokratieschutz durch Strafrecht? En: ALBRECHT, Anna H. *et al.* (ed.). *Strafrecht und Politik. 6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler: Potsdam, 2017.* Baden-Baden: Nomos, 2018, pp. 167–185; ROSTALSKI, Frauke. „Fake News“ und die „Lügenpresse“ – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht?. *Op. cit.*, p. 436 – 460; VALERIUS, Brian. Wahlstrafrecht und soziale Medien: Eine Betrachtung de lege lata wie de lege ferenda. En: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay y TOEPEL, Friedrich (ed.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag.* Baden-Baden: Nomos, 2019, pp. 827 – 839.

*** HOVEN, por ejemplo, quien hace uno de los primeros estudios en relación con esta temática, no presenta siquiera una definición propia de noticias falsas.

En primer lugar, RÜCKERT define el concepto – para efectos del debate político penal – como “la difusión intencional en internet, principalmente en redes sociales como Facebook y Twitter, de afirmaciones falsas sobre hechos con la intención de que estas sean creídas y compartidas por muchos usuarios”⁶³. En sentido similar, VALERIUS define el concepto de *fake news* sencillamente como “noticias sabidamente falsas”⁶⁴, sin detenerse a desarrollar ningún otro aspecto al respecto.

ROSTALSKI, por su parte, dedica – en comparación con los dos autores anteriores – mayor atención a la conceptualización del término en cuestión. Sin embargo, su atención se vuelca no tanto sobre el concepto de “noticia” (el cual define acudiendo al diccionario), sino sobre el adjetivo de “falso”. Así, intenta reconstruir a partir de los desarrollos respecto de otros delitos del Código Penal alemán (en especial el de falso testimonio) un *concepto normativo de la falsedad* [*normativer Falschheitsbegriff*] que pueda ser aplicado en relación con las noticias falsas jurídicamente relevantes⁶⁵. Para lo anterior, define el concepto de “afirmación falsa” en un sentido negativo, en cuanto “no se está frente a una afirmación falsa mientras no se le pueda exigir jurídicamente al individuo una manifestación correspondiente con la realidad (...)”⁶⁶, lo que implica entonces que admite la existencia de una afirmación falsa jurídicamente relevante solo en aquellos escenarios en los cuales se le pueda exigir a un sujeto que diga la verdad, es decir, cuando el sujeto tenga el deber de que el contenido de sus declaraciones refleje efectivamente su conocimiento respecto de los sucesos.

De este modo, se puede observar que la conceptualización del término noticias falsas no representa un obstáculo para la doctrina germana a la hora de abordar el examen de la posible penalización de la difusión de este tipo de contenido, pues para definir su objeto de estudio se remiten por lo general a lo que intuitivamente se podría entender como tal.

2.1.2 Delitos contra la honra, contra la existencia y seguridad del Estado, contra el orden público y contra otros intereses similares

Antes de pasar a estudiar las consideraciones en relación con las conductas punibles que se refieren estrictamente a la protección de los ciudadanos en su rol de electores, resulta oportuno referirse brevemente a los delitos que los autores identifican como aplicables en los escenarios de difusión de noticias falsas en atención a otros intereses jurídicamente relevantes que se puedan llegar a ver afectados.

Pues bien, la doctrina estudiada coincide en líneas generales en lo relativo a la aplicación de los delitos que protegen la honra⁶⁷. Así, se puede recurrir a los tipos previstos en los parágrafos 186 y 187 del Código Penal alemán, que contienen conductas que podrían agruparse bajo el concepto de

⁶³ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 168.

⁶⁴ VALERIUS, Brian. *Op. cit.*, p. 834.

⁶⁵ ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 439.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, pp. 719, 720 – 725; RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 169; ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 441; VALERIUS, Brian. *Op. cit.*, p. 836: el autor se remite a los artículos de ROSTALSKI y HOVEN.

difamación⁶⁸, susceptible de ser agravada cuando el sujeto pasivo del delito sea una persona de la vida política⁶⁹, y al delito de injuria⁷⁰, establecido en el parágrafo 185 del Código Penal alemán. Como señala HOVEN, para la aplicación de estos tipos se requeriría, en primer lugar, que el contenido en cuestión recayera sobre personas concretas o sobre un colectivo, en segundo lugar, sería necesario que la noticia tuviera el potencial de desprestigiar o denigrar en la opinión pública y, además, resultaría relevante determinar el tamaño del grupo de personas frente a las cuales se podrían producir los efectos anteriores, para identificar si es suficiente para hablar de “opinión pública”⁷¹. Sin embargo, cabe mencionar que la misma autora resalta acertadamente que a través de estos tipos no se podrían penalizar las noticias falsas que, sin afectar el honor de un individuo o colectivo, busquen distorsionar el discurso político⁷².

Otro grupo de conductas punibles que resultan igualmente relevantes para el análisis por parte de la doctrina se encuentra ubicado dentro de los delitos que representan un peligro para el Estado democrático de Derecho⁷³ y de los delitos relativos a la traición a la patria y a amenazas de la seguridad exterior⁷⁴. Las conductas que aquí se identifican pueden ser agrupadas en términos generales bajo el concepto de difamaciones calificadas y corresponden al parágrafo 90 del Código Penal alemán, que consagra la difamación del Presidente Federal, el parágrafo 90a, que penaliza la difamación del Estado y de sus símbolos, el parágrafo 90b, relativo a la difamación de los órganos constitucionales, el parágrafo 100a, que consagra la *falsificación traicionera a la patria* [*landesverräterische Fälschung*] y el parágrafo 109d, que contiene la penalización de las acciones de sabotaje contra las fuerzas armadas⁷⁵. No obstante, en relación con estos delitos cabe resaltar que, como se desprende del análisis efectuado por ROSTALSKI, la configuración de sus elementos típicos se presentaría solo en constelaciones muy específicas de casos⁷⁶ y su aplicación por ende no sería realmente útil para efectos de abarcar la difusión sistemática de contenidos desinformativos.

No representa tampoco objeto de discusión la posibilidad de recurrir a los delitos que protegen el orden público. Así, los autores estudiados coinciden en la posibilidad de aplicar en primer lugar el delito de *agitación* [*Volksverhetzung*], consagrado en el parágrafo 130 del Código Penal alemán⁷⁷, particularmente cuando las supuestas noticias estén “atadas a exhortaciones explícitas o concluyentes a recurrir a la violencia”⁷⁸. Igualmente, algunos consideran que pueden ser eventualmente aplicables el parágrafo 111, que contiene la incitación pública a hechos punibles y

⁶⁸ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, p. 720.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 169.

⁷¹ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, pp. 720 – 725.

⁷² *Ibid.*, p. 727.

⁷³ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 170; ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, pp. 441 – 442.

⁷⁴ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, pp. 741 – 742.

⁷⁵ ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, pp. 441 – 442.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, pp. 719, 727 – 735; RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 170; ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, pp. 442 – 443.

⁷⁸ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 170.

el párrafo 126, el cual tipifica la perturbación de la paz pública por medio de amenazas de hechos punibles⁷⁹.

Asimismo, se pueden identificar otros delitos de diferentes títulos relacionados con el orden público como relevantes. En primer lugar, la doctrina estudiada coincide en cuanto a la posibilidad de utilizar el tipo penal de falsa denuncia, previsto en el párrafo 145d de la misma normatividad⁸⁰, siempre y cuando el contenido de la noticia sea lo suficientemente concreto, de modo tal que genere en la administración de justicia una sospecha razonable de que las conductas descritas en la noticia son constitutivas de delito⁸¹. De igual forma sostienen algunos que, cuando a través de una noticia falsa se asevere la comisión de un delito, podrá recurrirse también a la aplicación del delito de falsa incriminación, consagrado en el párrafo 164⁸² y al párrafo 241a, que penaliza la incriminación política⁸³.

Por último, cabe mencionar que se encuentran autores que se refieren también a los delitos del Derecho penal económico en los escenarios en que se pueda establecer que las noticias falsas tienen la aptitud de configurarse como una manipulación del mercado⁸⁴, aunque este punto no es desarrollado siquiera someramente.

Ahora bien, de la exposición de estas consideraciones resulta evidente que los efectos manipulativos que se han atribuido a las noticias falsas en relación con la formación de la voluntad de los electores pocas veces podrán ser abarcados por los delitos identificados anteriormente, pues estos implican por lo general la identificación de sujetos pasivos u objetos materiales concretos y en relación con los cuales se afecten intereses que no necesariamente guardan una estrecha relación con el debate político*.

2.1.3 Delitos contra elecciones y votaciones

Como consecuencia de la constatación realizada en el párrafo de arriba la doctrina alemana dedica la mayor parte de sus reflexiones en el contexto de la difusión de noticias falsas al análisis relacionado con la posibilidad de aplicar los *delitos contra órganos constitucionales y contra elecciones y votaciones* [*Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen*], consagrados en los párrafos 107 y siguientes del Código Penal alemán y que hacen parte del denominado Derecho penal electoral**.

⁷⁹ ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 442.

⁸⁰ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, pp. 719, 736 – 737; RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 170.

⁸¹ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, p. 736.

⁸² RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 170; ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 443.

⁸³ ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 443.

⁸⁴ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 170.

* Cfr. nuevamente HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, p. 727.

** Al respecto cfr. Cfr. HÄRTL, Dominik. *Wahlstraftaten: Die §§ 107 ff. StGB im System des Rechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006, 317 pp Cfr. HÄRTL, Dominik. *Wahlstraftaten: Die §§ 107 ff. StGB im System des Rechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006.

De manera preliminar se debe señalar que los autores seleccionados analizan diferentes conductas consagradas dentro de este título, coincidiendo exclusivamente a la hora de referirse a los delitos que involucran los conceptos de coacción y engaño. Sin embargo, como se verá, todos concuerdan en términos generales en que actualmente ninguna de las disposiciones dirigidas a proteger los certámenes electorales es realmente idónea para abarcar los escenarios en los cuales se busca manipular a los ciudadanos en su rol de electores a través de información falaz. Pese a lo anterior, con el fin de extraer conceptos y resaltar ideas que serán utilizadas en los siguientes apartados, se presentarán de manera separada las opiniones de los principales autores que se han referido al alcance de estos delitos en relación con el fenómeno de las noticias falsas.

En primer lugar, ROSTALSKI identifica intuitivamente como relevantes tres delitos en particular. Así, empieza el examen de los escenarios de creación y difusión de noticias falsas en el contexto electoral con la conducta de *obstaculización de elecciones* [*Wahlbehinderung*], establecida en el párrafo 107 y en virtud de la cual se penaliza a “quien con violencia o a través de amenazas de violencia impida o perturbe una elección o la determinación de sus resultados”. Frente a esta conducta considera que no es aplicable, en cuanto el ingrediente de la amenaza de violencia resulta poco concebible en los escenarios relacionados con la difusión de noticias falsas⁸⁵.

Seguidamente, pasa al delito de *coacción al elector* [*Wählernötigung*] consagrado en el párrafo 108 y en virtud del cual se castiga a quien “con violencia injustificada, a través de amenazas con un mal serio y verosímil, a través del abuso de una relación de dependencia laboral o económica, o a través de otro tipo de presión económica, constriña (o impida) a otro a votar, o a ejercer su derecho al voto en un determinado sentido”. En relación con este delito, igualmente considera que resulta inaplicable, toda vez que también prevé la concurrencia de una amenaza, sobre la cual además el sujeto activo debe tener – o decir tener – una influencia, de modo que “la difusión de una mentira sobre el posible advenimiento de un escenario horrífico como consecuencia de un determinado resultado de una votación no es una amenaza, pues dicha situación no dependería en todo caso de la influencia de quién informa, sino que solamente podría ser determinada a través del propio voto”⁸⁶.

Pues bien, el siguiente delito analizado por esta autora es el delito de *engaño al elector* [*Wählertäuschung*], regulado en el párrafo 108a y que dispone la tipificación de la conducta de quien “a través de maniobra engañosa obtenga que alguien, en el momento de depositar el voto, se equivoque sobre el contenido de su declaración o vote inválidamente contra su voluntad”. Al respecto, considera que este prevé que se castigue la conducta de quien a través de una maniobra embaucadora logre que el elector se equivoque sobre el contenido de la declaración que hace a través de su voto o que vote de manera inválida⁸⁷. De este modo señala que “la manipulación de la construcción de la voluntad del votante no está comprendida por este delito”⁸⁸, pues en este caso la “declaración” que hace el sufragante es consciente y coincide con la que efectivamente se deposita.

⁸⁵ ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 443.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Ibid.*, p. 444.

⁸⁸ *Id.*

Para dilucidar esta concepción del error, resulta pertinente remitirse brevemente a HÄRTL, autor que, si bien no desarrolla la aplicación de estos delitos en el contexto objeto de estudio, analiza exhaustivamente el Derecho penal electoral. Para este, el error en cuanto al contenido se presentaría cuando “una voluntad consolidada no puede materializarse a causa del error”⁸⁹ o cuando dicha “voluntad consolidada no se materializa como el elector se la imaginaba”⁹⁰. Piénsese aquí en el caso de engañar al elector sobre el número de papeletas que puede depositar con miras a que este ejerza su derecho al voto de manera inválida⁹¹ o de que alguien le hiciera creer a un elector que para votar por el candidato que quiere debe marcar con una equis – como indicación de rechazo – al contrincante de este.

Ahora bien, volviendo a ROSTALSKI, aunque esta hace propuestas relativas a la modificación de ciertos delitos con miras a ampliar su ámbito de protección frente a la difusión de noticias falsas en términos generales*, resultan interesantes las consideraciones respecto de la posibilidad de reformar el Derecho penal electoral para que esa posible “manipulación” sea cubierta. En este orden de ideas, considera que “sistemáticamente se podría regular el artículo 108 (constreñimiento al sufragante)”⁹², pues este delito no exige el resultado previsto por el de engaño al elector. De este modo, se podría presentar como alternativa a la ya presente “amenaza”, el “engaño, a través de noticias falsas, sobre las informaciones relevantes para la decisión electoral”⁹³. Sin embargo, opina la autora tras realizar un análisis sobre las implicaciones filosóficas de prohibir legalmente la mentira⁹⁴, que “incluso en los casos más extremos de manipulación a través de noticias falsas no resulta proporcional una reacción penal”⁹⁵, ya que los mecanismos de control electoral serían más adecuados para contrarrestar los efectos nocivos que puedan llegar a tener las manipulaciones efectuadas a través de la difusión de este tipo de contenido⁹⁶.

Merece también particular atención el estudio realizado por VALERIUS⁹⁷ quien realiza un análisis detallado sobre cada uno de los tipos penales que conforman el Derecho penal electoral. Este autor comienza el examen determinando el ámbito de protección de los tipos en cuestión e identifica que estos buscan “proteger las elecciones y de este modo, de forma mediata, la formación de una opinión política”⁹⁸, por lo que en últimas se busca a través de su consagración garantizar que en el contexto electoral se tenga una “libertad de elección”, la cual puede verse afectada mediante

⁸⁹ HÄRTL, Dominik. *Op. cit.*, p. 128.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 129.

⁹¹ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 171.

* La autora hace propuestas dirigidas a las posibles formas de completar las diferentes clases de delitos ya mencionados y concluye que la única conducta que sería realmente útil incluir sería la relativa a la “difusión de información falsa que sea apta para alcanzar y engañar a un gran número de personas y que de esta manera provoque peligro de una grave afectación a la seguridad interna (...)” ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, pp. 444 – 453.

⁹² *Ibíd.*, pp. 443 – 444.

⁹³ *Ibíd.*, p. 444.

⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 445 – 448.

⁹⁵ *Ibíd.*, pp. 447.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 448.

⁹⁷ VALERIUS, Brian. *Op. cit.*, pp. 827 – 839.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 828.

distintos tipos de influencias⁹⁹. Dejando de lado las conductas relacionadas con el secreto electoral, que también merecen una especial atención en el contexto de las redes sociales¹⁰⁰, resulta interesante detenerse sobre lo que el autor denomina la “influencia de los electores en las redes sociales”¹⁰¹. Respecto de esta última considera que actualmente tres fenómenos en particular interactúan para generar un potencial de influenciar a los electores, a saber, el “*microtargeting*”, los “*bots*” sociales y las noticias falsas¹⁰².

Pasando entonces a determinar si la difusión de noticias falsas representa una influencia ilícita que pueda configurar alguna de las conductas del Derecho penal electoral, el autor identifica en un primer momento cuatro delitos que podrían llegar a ser aplicables, a saber, el delito de *fraude electoral* [*Wahlfälschung*], establecido en el parágrafo 107a, el de coacción al elector, el de engaño al elector y el de *corrupción de electores* [*Wählerbestechung*], regulado en el parágrafo 108b¹⁰³.

Frente al fraude electoral, que prevé la penalización de “quien vote sin autorización o de algún otro modo provoque un resultado incorrecto en una votación o falsifique el resultado”, el autor señala que este delito no comprendería las situaciones en las cuales se inflencie a los electores a través de la creación y difusión de noticias falsas en interacción con los otros dos fenómenos arriba mencionados, toda vez que el objeto del delito es el resultado de la elección, es decir, se castiga que el resultado del conteo de los votos ya depositados sea alterado¹⁰⁴, de modo que es una conducta que se verifica en un momento posterior a la toma de la decisión por parte del electorado.

En relación con la conducta de coacción al elector, el autor establece, en sentido similar que ROSTALSKI, que de manera tajante no es posible su aplicación, toda vez que no se presenta el elemento de la coacción jurídicamente necesaria para su configuración¹⁰⁵. Pasando al delito de engaño al elector, recalca nuevamente que el error al cual se debe inducir al elector para la configuración del delito en cuestión es frente al *contenido* [*Aussagegehalt*] de su declaración, o al significado que tiene la decisión que está tomando, de manera que siempre que se vote por la persona que efectivamente se quiere votar no se podría configurar esta conducta¹⁰⁶, pues, una vez más, el delito “comprende en otras palabras solo el error en cuanto a la declaración pero no frente a los motivos”¹⁰⁷.

Un análisis más extensivo dedica en cambio al delito de corrupción al elector, el cual los otros autores no toman en consideración y en virtud del cual se penaliza la conducta de “quien ofrezca, prometa o conceda a otro dádivas u otros beneficios para que este no vote o vote en un determinado sentido” y del mismo modo la conducta de “quien los exija, deje que se los prometan o los reciba”. Para VALERIUS, a diferencia de lo que sucede con el tipo anterior, el establecimiento de este

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 829 – 833.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 833.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 833 – 834.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 834.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 835.

¹⁰⁷ *Id.*

delito busca garantizar la objetividad a la hora de la votación en relación con cada voto considerado individualmente¹⁰⁸. Si bien la interpretación de los “beneficios” que hacen parte del tipo puede ser analizada de manera amplia, considera el autor que el requisito de un “acuerdo ilegal” hace que sea necesario que las “promesas” que fueran objeto de la noticia falsa se hicieran referidas en concreto a un elector, frente al cual se quiere influenciar el sentido de su decisión¹⁰⁹, no frente a “grupos de personas indeterminadas”¹¹⁰, de modo que este delito tampoco resulta aplicable.

Así las cosas, el autor concluye que actualmente “las influencias descritas a través de redes sociales no están típicamente comprendida, por regla general, por el Derecho penal electoral”¹¹¹. Sin embargo, considera que una reforma del ámbito de aplicación de esta área del Derecho penal en este sentido no resultaría deseable, principalmente por dos motivos: por un lado, por la concepción de la *mayoría de edad electoral* [*Mündigkeit des Wählers*] y, por el otro, por el alto riesgo para la libertad de expresión y de prensa que una ampliación en esta dirección conllevaría¹¹².

Frente al primero de los argumentos, resultaría contradictorio que el ordenamiento considere que al alcanzar una determinada edad el ciudadano tiene la capacidad para votar libremente y que al mismo tiempo se vea como necesario, a través de la *ultima ratio* que representa el Derecho penal, cuestionar los motivos que lo llevan a la toma de su decisión¹¹³. En últimas, le corresponde a cada elector “cuestionar crítica e independientemente la información que circula con motivo de una elección y eventualmente corroborarla para tomar su decisión”¹¹⁴. Respecto del precio que tendría que pagarse en términos de libertad de prensa y de expresión, el hecho de que cualquier modificación o introducción de un nuevo tipo penal implicaría necesariamente calificar el contenido de una noticia como “falso”, conllevaría una gran inseguridad jurídica, toda vez que no sería fácil determinar jurídicamente cuál sería el criterio para calificar una noticia como tal y, en últimas, se tendría como efecto práctico la autocensura¹¹⁵.

Otro autor que aborda la discusión sobre la posible penalización de la difusión de noticias falsas en el contexto electoral es RÜCKERT, quien se limita únicamente al estudio del delito de engaño al elector y reitera las consideraciones hechas por los autores anteriores en cuanto a que este resulta aplicable solo cuando se induzca al ciudadano a un *error en cuanto al contenido o a la declaración* [*Inhalts- oder Erklärungssirrtum*]¹¹⁶. De este modo, no sería punible la creación de *errores en cuanto a los motivos* [*Motivirrtümer*] que llevan a la consolidación de la voluntad del elector, es decir, las conductas que generan por medio de engaños (inducción a error) que una persona decida votar por un determinado partido o candidato¹¹⁷ o por una determinada opción.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Ibid.*, p. 836.

¹¹² *Ibid.*, p. 837.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 837 – 838.

¹¹⁶ RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 171.

¹¹⁷ *Id.*

En cuanto a este último tipo de errores, el autor plantea el interrogante de si el Derecho penal debería entrar a regularlos. Si la respuesta fuera afirmativa, señala que para tales efectos la única posibilidad sería recurrir a un delito de mera conducta, toda vez que “la influencia causal directa de una noticia falsa sobre una decisión en materia electoral nunca sería comprobable”¹¹⁸. Así las cosas, debería pensarse en modificar, por ejemplo, el tipo penal existente relativo al engaño al elector, o crear un nuevo delito de engaño o fraude e incluir dentro de su descripción típica la “difusión de afirmaciones falsas que tengan la aptitud para generar errores de motivación en los potenciales electores”¹¹⁹. Sin embargo, tras detenerse a observar los modelos que explican la construcción de la voluntad democrática desde la perspectiva de las investigaciones electorales, el autor concluye que las noticias falsas no son realmente determinantes para afectar considerablemente el proceso electoral, en cuanto otros fenómenos resultan de mayor incidencia a la hora de generar errores de motivación sobre los votantes¹²⁰:

Con base en lo anterior se puede afirmar que el comportamiento de los votantes se mantiene firme en virtud de la influencia de [factores como] la pertenencia a un grupo y de los lineamientos estructurales de los conflictos sociales, con independencia de la propagación de noticias falsas aisladas. Factores variables como la identificación con un partido y la orientación de los candidatos también son fundamentalmente independientes de la divulgación de noticias reales o falsas. Lo que queda es un posible efecto polarizador como consecuencia de la difusión de noticias falsas.¹²¹

Así concluye que “una expansión del Derecho penal electoral a través de la criminalización de la difusión de noticias falsas aptas para influenciar una elección (...) no es necesaria actualmente”¹²², pues “la simple difusión de hechos falsos no parece ser apta de manera relevante para generar errores de motivación en los electores”¹²³. De este modo, en su opinión las soluciones deben orientarse a combatir fenómenos como el de las burbujas de información*, cámaras de eco o *bots* sociales¹²⁴, en cuanto estos son los que eventualmente – en combinación con las noticias falsas – podrían representar amenazas para las contiendas electorales.

Por último, merecen también atención las consideraciones efectuadas por HOVEN, quien sin hacer un análisis sobre su contenido y elementos, encuentra que el único delito que eventualmente resultaría relevante dentro de esta categoría es el de engaño al elector, el cual no obstante no es aplicable sino que debería ser – *de lege ferenda* – modificado, tomando como referencia el parágrafo 264 del Código Penal austríaco^{125**}. De este modo, concluye la autora que incluso interpretando extensivamente los tipos penales vigentes, estos resultan insuficientes frente a las

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 177.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Ibíd.*, p. 185.

¹²³ *Ibíd.*, p. 181.

* Al respecto véase *infra* 3.1.3.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 184.

¹²⁵ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, p. 741.

** Ver *infra* 2.3.2.

noticias falsas que afectan o distorsionan los certámenes democráticos¹²⁶ y resalta el peligro que ellas conllevan:

Las *fake news* representan una amenaza – nada despreciable – para el proceso de construcción de una opinión en el contexto de una sociedad democrática. La difusión de información falaz pone en riesgo el discurso público pertinente. Además, siembra dudas respecto de la credibilidad de la política, la justicia y los medios, hace más profunda las diferencias entre las posturas políticas, envenena la cultura de la discusión y relativiza las realidades como si fueran simples posibilidades (...). La impresión de que los partidarios de la postura respectivamente contraria niegan la realidad y los hechos (o lo que se presume como tales) genera frustración, decepción y rabia.¹²⁷

Sin embargo, la posición de esta autora en el sentido de buscar una regulación penal para que se abarquen los escenarios de difusión de noticias falsas que distorsionen el discurso político se puede considerar como minoritaria. En efecto, la posición mayoritaria es enfática al considerar que una reforma en tal sentido no resulta conveniente, en cuanto el Derecho penal no sería la herramienta adecuada para contrarrestar sus efectos en el ámbito electoral, sino que resultaría más adecuado remitirse a posibilidades por fuera del Derecho penal o, incluso, por fuera del Derecho¹²⁸.

Al respecto se debe resaltar que, incluso antes de que las noticias falsas alcanzaran la relevancia actual, en el contexto del Derecho penal electoral alemán se había discutido la posibilidad de ampliar su aplicación para cubrir en términos generales los fenómenos de *propaganda electoral mentirosa* [*lügnerische Wahlpropaganda*]¹²⁹. La posición mayoritaria ha concluido en igual sentido desde entonces que dicha extensión no es necesaria ni deseable¹³⁰, en particular porque se correría el riesgo de que “los partidos continuaran sus campañas ante los tribunales”¹³¹.

2.2 ITALIA

En el contexto italiano la discusión respecto de los mecanismos jurídicos para afrontar el fenómeno de las noticias falsas también se encuentra en el orden del día*, en particular a raíz de tres proyectos

¹²⁶ HOVEN, Elisa. *Op. cit.*, p. 738.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 737.

¹²⁸ VALERIUS, Brian. *Op. cit.*, p. 838; RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 184; ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 448.

¹²⁹ Cfr. HÄRTL, Dominik. *Op. cit.*, p. 169.

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

* Cfr. DE SIMONE, Federica. ‘Fake news’, ‘post truth’, ‘hate speech’: nuovi fenomeni social alla prova del diritto penale. *Op. cit.*; MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. En: PASSAGLIA, Paolo, POLETTI, Dianora (ed.). *Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole* [en línea]. Pisa: Pisa University Press, 2017; EL MISMO. Fake news e social network: verità ai tempi di Facebook. *Op. cit.*; PERINI, Chiara. Fake news e postverità. Tra diritto penale e politica criminale. En: *Diritto Penale Contemporaneo* [en línea]. Milán: Associazione “Progetto giustizia penale”, 2017, p. 1-14.; CASADEI, Thomas. L’irruzione della postverità. *Op. cit.*; BASSINI, Marco y VIGEVANI, Giulio Enea. Primi appunti su fake news e dintorni. *Op. cit.*; CUNIBERTI, Marco. Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo. *Op. cit.*; PERRONE, Roberto. Fake News e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso. En: *Nomos: le attualità nel diritto* [en línea]. Roma: Università La Sapienza, 2018, nro. 2, p. 1-30.

de ley que actualmente se encuentran en el parlamento y que están orientados a combatirlos* . Adicionalmente, en el ordenamiento penal italiano se encuentran varias disposiciones que hacen expresamente referencia al concepto de “noticias falsas” (2.2.1) y, en el contexto electoral, hay tipificada una conducta que involucra la creación y difusión de este tipo de contenidos con la finalidad de engañar a los votantes (2.2.2).

Antes de pasar al particular de las definiciones jurisprudenciales y de la disposición mencionada, resulta pertinente referirse brevemente, de manera similar que en la sección anterior, a los tipos del Código penal italiano que la doctrina considera podrían en términos generales ser aplicables frente a la creación y difusión de noticias falsas dependiendo de los intereses que se afecten a través de ellas.

En primer término, distintos autores coinciden en cuanto a la aplicación del delito de difamación¹³², regulado en el artículo 595 del Código Penal. También se encuentran voces que consideran que puede aplicarse el artículo 640, que prevé el delito de estafa¹³³, el delito de agiotaje¹³⁴, establecido en el artículo 501, y el delito de instigación a delinquir, regulado por el artículo 414¹³⁵. En cuanto a las contravenciones, algunas voces encuentran que serían aplicables el artículo 658, que castiga la conducta de *causación de alarmas ante la autoridad* [*procurato allarme presso l’Autorità*]¹³⁶ y el artículo 661, que prevé el abuso de la credulidad popular¹³⁷.

Por ser el análisis de la aplicación de estos delitos en términos generales similar al presentado en el apartado anterior, por no ser estos el centro de atención de los autores y por no estar estos estrechamente relacionados con el contexto electoral, se pasará directamente a las disposiciones que resultan novedosas en cuanto abarcan explícitamente la difusión de noticias falsas.

2.2.1 Concepto de noticias falsas

Ahora bien, como se mencionó al inicio del presente capítulo, una consideración especial merece una serie de disposiciones que incluyen dentro de su redacción el concepto de “noticias falsas”, más específicamente el de “noticias falsas, exageradas y tendenciosas”. Estas son, además del ya mencionado delito de agiotaje, el delito de *distorsión política* [*disfattismo politico*], consagrado en el artículo 265, y la contravención de *publicación o difusión de noticias falsas, exageradas o tendenciosas, aptas para perturbar el orden público* [*pubblicazione o diffusione di notizie false,*

* Ver *supra* nota al pie nro. 26.

¹³² Cfr. DE SIMONE, Federica. *Op. cit.*, p. 46; CASADEI, Thomas. *Op. cit.*, p. 12; FACCHI, Alessandra. La verità come interesse collettivo. En: *Biblioteca della Libertà* [en línea]. Turín: Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2017, vol. 52, nro. 218, p. 3.

¹³³ Cfr. DE SIMONE, Federica. *Op. cit.*, p. 46; PERINI, Chiara. *Op. cit.*, p. 4; FACCHI, Alessandra. *Op. cit.*, p. 3.

¹³⁴ PERINI, Chiara. *Op. cit.*, p. 4; usando la denominación el *nomen iuris* adoptado por ANTOLISEI: ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: Parte speciale*. 16 ed. Milán: Giuffrè, 2016, p. 290.

¹³⁵ CASADEI, Thomas. *Op. cit.*, p. 12; PERINI, Chiara. *Op. cit.*, p. 5.

¹³⁶ MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. *Op. cit.*, p. 190. Si bien el análisis realizado frente a este delito es similar al realizado *supra* 2.1.2 respecto del delito de falsa denuncia, el autor considera que – a diferencia de lo argumentado por HOVEN – el artículo no sería del todo idóneo toda vez que “a la noticia falsa se agrega la necesidad de que la misma implique para las autoridades la activación de medidas”.

¹³⁷ *Id.*

esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico], establecida en el artículo 656 del Código Penal.

Toda vez que el delito de distorsión política es aplicable solo en tiempos de guerra, el desarrollo del concepto de “noticias falsas, tendenciosas o exageradas”, contenido en ambas, ha girado en torno a la contravención del artículo 656*. El texto de esta es el siguiente:

El que publique o difunda noticias falsas, exageradas o tendenciosas, por las cuales pueda ser perturbado el orden público, incurrirá en arresto de hasta tres meses y en multa de hasta 309 euros, siempre que la conducta no constituya un delito sancionado con pena mayor.

Respecto de la legitimidad de esta disposición, la Corte Constitucional italiana se ha pronunciado por lo menos en tres ocasiones¹³⁸ y en las tres ha sostenido su constitucionalidad en relación con el artículo 21 de la Constitución, el cual consagra la libertad de expresión. En la primera de las sentencias, a cuya fundamentación se remiten las siguientes y en la cual se cuestionaba solo la legitimidad de las “noticias tendenciosas”, la Corte consideró que “la expresión ‘noticias falsas, exageradas o tendenciosas’ usada en el art. 656 del Cód. pen. es una forma de endiádis con la que el legislador se propuso abrazar todos los tipos de noticias que, en algún modo, representen la realidad en un modo alterado. El problema de la legitimidad constitucional de la disposición del art. 656 en cuanto a las noticias tendenciosas no es entonces distinto al relativo a las noticias falsas o exageradas”¹³⁹.

Aclaró además que “el tipo cuya legitimidad constitucional (...) [se] cuestiona no incluye – contrariamente a lo que sostiene una parte de la jurisprudencia – los casos de quienes divulgan interpretaciones, valoraciones, comentarios, ideológicamente calificados e incluso tendenciosos, relativos a cosas verdaderas; sino simplemente el caso de quien divulga noticias (...) que, en un modo u otro, no representan la verdad”¹⁴⁰. Así, la Corte hizo énfasis en que la conducta en cuestión solo era punible en cuanto la publicación o difusión de ese tipo de noticias tuviera la aptitud de alterar el orden público, precisando que “la necesidad de orden público, inspirada de manera diferente en las regulaciones autoritarias, no es ajena a los sistemas democráticos y legalistas, ni es incompatible con ellos.”¹⁴¹.

* La contravención en cuestión encuentra correspondencia en leyes anteriores al Código penal italiano vigente (el denominado “Codice Rocco” de 1930), como en los artículos 84.1 de la ley del 20 de marzo de 1865 y 444 del Código Penal de 1889, en los cuales se describen conductas similares. Cfr. SABATINI, Giuseppe. *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*. Milán: Casa editrice Dr. Francesco Vallardi, 1961, p. 218; DE SIMONE, Gianni. *Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose*. En: *La Giustizia Penale*. Roma: Comitato Scientifico, 1958 vol. II, p. 737. Este último autor también hace referencia al artículo correspondiente en el ordenamiento penal francés.

¹³⁸ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 19 de 1962. (16 de marzo de 1962) [en línea]; REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 199 de 1972. (29 de diciembre de 1972) [en línea]; REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 210 de 1976. (3 de agosto de 1976) [en línea]. Cfr. DINACCI, Elvira. *Divulgazione di notizie false*. En: TRECCANI: *Diritto online* [sitio web]. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.; MONTI, Matteo. *Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse*. *Op. cit.*, p. 187.

¹³⁹ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 19 de 1962. *Op. cit.*

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

Tras este pronunciamiento quedó claro en el ordenamiento penal italiano que la conducta de la creación o la difusión de dicho tipo de contenido solo es punible cuando sea idónea para causar una perturbación del orden público, de modo que el interés protegido por la norma no es la verdad, lo cual es compartido por la mayor parte de la doctrina que ha analizado la disposición¹⁴².

Establecida y reiterada posteriormente la legitimidad de esta contravención, en el contexto italiano se han ido desarrollando definiciones – desde el punto de vista jurídico – de muchos de los conceptos que se presentan en relación con el fenómeno de las noticias falsas. Así, se ha intentado delimitar lo que se puede entender por “noticias”, por “falsas”, “exageradas” o “tendenciosas” y por los otros tipos de contenido similar pero legítimo, en cuanto protegido por la libertad de expresión, como lo son los comentarios, las críticas y las sátiras¹⁴³.

En cuanto a la definición de “noticia”, la Corte de Casación se ha pronunciado en distintos sentidos, entre los cuales resulta relevante la concepción según la cual se entiende como tal “(...) el conocimiento de un hecho, el cual no sea totalmente desvinculado de puntos de referencia objetivos que permitan identificar los elementos esenciales del hecho mismo y hagan posible su verificación; a diferencia de las ‘voces’, las cuales están caracterizadas por la vaguedad y por ser inverificables”¹⁴⁴. También se ha precisado al respecto que no están incluidas “las conjeturas, las interpretaciones y los comentarios, incluso si fantasiosos, en relación con análisis de futuras consecuencias de hechos verdaderos”¹⁴⁵; tampoco las “valoraciones ideológicas de hechos específicos tratados de manera genérica o aún no verificados”¹⁴⁶. De este modo, se puede tomar como referencia para la definición de este concepto la propuesta de ALESSANDRI, quien define noticia como “proposición o afirmación meramente descriptiva de un determinado hecho históricamente acaecido”¹⁴⁷.

Respecto de la caracterización de las noticias como “falsas, tendenciosas o exageradas”, si bien la Corte Constitucional consideró que los tres adjetivos conformaban una endíadris, en cuanto la disposición tiene por objeto “todos los tipos de noticias que, en algún modo, representen la realidad

¹⁴² GOLDONI, Umberto. Il turbamento dell’ordine pubblico nell’art.656 c.p. En: *Giurisprudenza di merito*. Milán: Giuffrè Editore, 1982, vol. II, p. 933 – 935; COLACCI, Marino Aldo. Responsabilità penale per pubblicazione di notizie false. En: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, 1962, vol. II, p. 681; RAMACCI, Fabrizio. Postille in tema di art. 656 c.p. Il turbamento dell’ordine pubblico è condizione obiettiva di punibilità o elemento del fatto? En: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, 1962, vol. II, p. 679; DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, pp. 744, 746; BRUTO LIBERATI, Edmondo. Notizie false e tendenziose En: *Quale giustizia?* Florencia: Nuova Italia, 1974, pp. 130 – 135; CARACCIOLI, Ivo. Brevi cenni sulla nozione di ordine pubblico nelle art. 656 c.p. En: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milán: Giuffrè Editore, 1962, pp. 797 – 799.

¹⁴³ MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. *Op. cit.*, pp. 183 – 185. El autor también incluye dentro de estos “otros contenidos legítimos” las teorías complotistas y las creencias religiosas.

¹⁴⁴ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione IV. Sentenza n. 3967. (11 de enero de 1977). En: *Rivista penale*. Piacenza: Editrice La Tribuna, 1977, vol. 1, p. 463; En el mismo sentido REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza del 4 luglio 1953. (4 de julio de 1953). Citada por ALESSANDRI, Alberto. Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose. En: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milán: Giuffrè Editore, 1973, p. 711. Similar en la doctrina DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, p. 748.

¹⁴⁵ MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. *Op. cit.*, p. 187. También ALESSANDRI, Alberto. Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose. *Op. cit.*, p. 720.

¹⁴⁶ MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. *Op. cit.*, p. 188.

¹⁴⁷ ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 722.

en un modo alterado”¹⁴⁸, esta concepción no ha sido acogida ni por la doctrina ni por la jurisprudencia penal¹⁴⁹, las cuales han atribuido diferentes contenidos a cada uno de los adjetivos.

Así, se ha definido como noticia “falsa” aquella que tiene una “información que no es conforme a los elementos objetivos del hecho”¹⁵⁰ o que “objetivamente es contraria a la verdad”¹⁵¹, en otras palabras aquella que “no corresponde a lo verdadero, sea porque se admita un hecho inexistente o se niegue uno existente”¹⁵² o aquella que “constituye una alteración total de la realidad, en el sentido de que viene a faltar cualquier tipo de referencia a esta en su ser”¹⁵³. Frente al adjetivo “exagerado”, se ha considerado que se pueden calificar a las noticias como tales cuando estas contienen “una adición, respecto de la información, de elementos que no están presentes en el hecho”¹⁵⁴, cuando sean “engrandecidos y agravados elementos de hecho verdaderos”¹⁵⁵, de modo que la noticia en últimas “representa una ampliación, una extensión deformada, un engrosamiento de un hecho realmente acaecido”¹⁵⁶. Y, en cuanto a las noticias “tendenciosas”, se ha establecido que estas corresponden a “una noticia verdadera (...) presentada en modo que sugiere consecuencias distintas a aquellas reales”¹⁵⁷. Así, “la tendenciosidad de las noticias consiste en exponer hechos que, aun estando conectados a episodios acaecidos históricamente, fueron alterados artificialmente”¹⁵⁸, de modo que, si bien la noticia es “fundamentalmente verdadera, es presentada en modo faccioso y partidario, de lo que resulta deformada”¹⁵⁹.

Ahora bien, pasando a los otros tipos de contenido relacionado pero legítimo, se ha considerado que los comentarios u opiniones implican “expresar el propio punto de vista sobre determinados acaecimientos. Por lo que se está por fuera de la esencia de la crónica”¹⁶⁰, del mismo concepto de noticia y por lo tanto del alcance de la norma en cuestión. Por lo demás se ha establecido que comentar las noticias es una manifestación clara y fundamental del derecho de libertad de expresión en relación con la labor periodística, de modo que los comentarios que se hagan respecto de una

¹⁴⁸ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 19 de 1962. *Op. cit.*

¹⁴⁹ Cfr. ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 723; VERRINA, Gabriele. *Op. cit.*, p. 342; BRUTO LIBERATI, Edmondo. *Op. cit.*, pp. 128, 129.

¹⁵⁰ ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 722.

¹⁵¹ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione II. Sentenza del 25 febbraio 1952. (25 de febrero de 1952). Citada por DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, p. 739. En el mismo sentido BARILE, Paolo. La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose. En: MORTATI Costantino y PUGLIATTI Salvatore (eds.). Enciclopedia del Diritto. Milán: Giuffrè Editore, 1974, vol. XXIV, p. 515; VERRINA, Gabriele. *Op. cit.*, p. 342.

¹⁵² DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, p. 749.

¹⁵³ COLACCI, Marino Aldo. *Op. cit.*, p. 680.

¹⁵⁴ ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 722.

¹⁵⁵ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione II. Sentenza del 25 febbraio 1952. (25 de febrero de 1952). Citada por DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, p. 739.

¹⁵⁶ COLACCI, Marino Aldo. *Op. cit.*, p. 680.

¹⁵⁷ REPÚBLICA DE ITALIA. TRIBUNALE DI SIENA. Sentenza del 8 de giugno 1951. (8 de junio de 1951). Citada por BRUTO LIBERATI, Edmondo. Notizie false e tendenziose. *Op. cit.*, p. 128.

¹⁵⁸ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione I. Sentenza del 19 febbraio 1959. (19 de febrero de 1959). Citada por BRUTO LIBERATI, Edmondo. *Op. cit.*, p. 138.

¹⁵⁹ DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, p. 750.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 751.

noticia no podrían ser penalizados¹⁶¹, pues tanto comentar como interpretar una noticia son conductas lícitas¹⁶². Frente a las críticas, refiriéndose a aquellas periodísticas, la Corte de Casación ha precisado que estas “no se concretan en la narración de hechos sino en la expresión de un juicio o de manera más genérica en la manifestación de una opinión que sería contradictorio pretender rigurosamente o absolutamente objetiva y aséptica”¹⁶³. Así, “no puede constituir ‘noticia’ la comunicación de las valoraciones que el sujeto realiza respecto de un hecho o una situación, incluida la crítica incendiaria, polémica, tendenciosa, intempestiva (...)”¹⁶⁴, toda vez que respecto de la crítica “no se exige un ‘fundamento de verdad’ que pondría ‘un límite inadmisibles a la libertad de opinión’”¹⁶⁵. Por último, respecto de la sátira, si bien este género de narración “tiene en común la falsedad de los hechos descritos (...) no tiene ninguna finalidad informativa en el sentido de la crónica. La diferencia está en que el lector/espectador es consciente de la total falsedad de los eventos, en cuanto a como son descritos”¹⁶⁶.

Ahora bien, pese a la abundante doctrina y jurisprudencia respecto de los temas anteriores, no son pocas las críticas que pueden encontrarse en relación con disposiciones como la consagrada en el artículo 656 del Código penal italiano y con el concepto de noticias falsas, tendenciosas o exageradas. Entre ellas, se destaca la de BRUTO LIBERATI, quien considera tras analizar numerosos casos en los cuales se había adelantado procesos por la conducta descrita en el artículo 656 que “de esta norma se hace y se ha siempre hecho un uso selectivo; si se pretende aplicarla a todas aquellas noticias que, a los ojos de quien detenta el poder, pueden parecer tendenciosas, pocas expresiones de opiniones inconformistas se escaparían y la situación resultaría intolerable en un Estado democrático”¹⁶⁷. Además, continúa este autor, “las noticias falsas que pueden perturbar el orden público, aquellas respecto de las cuales la autoridad puede tener interés de incriminar, son las noticias que se refieren a la vida de la *polis*, aquellas que se refieren en últimas, ayer a la religión y al príncipe, hoy, en términos más sencillos, a la política”¹⁶⁸.

2.2.2 La penalización de la propagación de noticias falsas en el contexto electoral

Teniendo en cuenta este desarrollo alrededor del concepto y pasando al contexto electoral, en este se puede igualmente encontrar una disposición que involucra la noción de noticias falsas, dejando de lado aquellas tendenciosas o exageradas. Dicha norma es la relativa al delito de *coerción electoral* [*coercizione elettorale*], que se encuentra consagrado en dos disposiciones diferentes – dependiendo del nivel territorial de la elección – a saber, en el artículo 97 del Decreto del Presidente de la República 361 de 1957, aplicable a la elección de la Cámara de diputados y en el artículo 87

¹⁶¹ GOLDONI, Umberto. *Op. cit.*, p. 933; ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 718.

¹⁶² ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 718.

¹⁶³ REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione V penale. Sentenza n. 48712. (24 de noviembre de 2014). En el mismo sentido REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza n. 9337 de 2012. Citada por MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. *Op. cit.*, p. 184.

¹⁶⁴ ALESSANDRI, Alberto. *Op. cit.*, p. 718; En el mismo sentido DE SIMONE, Gianni. *Op. cit.*, p. 748.

¹⁶⁵ BARILE, Paolo. La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose. *Op. cit.*, p. 440.

¹⁶⁶ MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. *Op. cit.*, p. 185.

¹⁶⁷ BRUTO LIBERATI, Edmondo. *Op. cit.*, p. 151.

¹⁶⁸ BRUTO LIBERATI, Edmondo. *Op. cit.*, p. 153.

del Decreto del Presidente de la República 570 de 1960, relativo a la elección de los concejos comunales.

La primera de estas disposiciones resulta casi idéntica en su redacción a la segunda por lo que es posible hacer un análisis unitario de ambas¹⁶⁹. Esta establece que:

El que usare violencia o amenazare a un elector o a un pariente de este, para constreñirlo a firmar una declaración de presentación de candidatura o a votar en favor de una determinada lista o por un determinado candidato, o a abstenerse de firmar una declaración de presentación de candidatura o de ejercer el derecho electoral o, con noticias por el conocidas como falsas, con engaños o artificios, o con cualquier medio ilícito apto para disminuir la libertad de los electores, ejerza presión para constreñirlos a firmar una declaración de presentación de candidatura o a votar a favor de listas determinadas o por candidatos determinados, o a abstenerse de firmar una declaración de presentación de candidatura o de ejercer el derecho electoral, incurrirá en la pena de prisión de uno a cinco años y en multa de (...).

Pese a la complejidad de la redacción de esta disposición, parecería a primera vista que sería esta la norma idónea en el ordenamiento italiano para perseguir el fenómeno de las noticias falsas que busquen manipular a los ciudadanos en el contexto electoral. Como se puede observar, el delito bajo estudio prevé la penalización de conductas que, por un lado, a través de violencia o amenazas o, por el otro, de “presión” por medio de noticias falsas, artificios, engaños u otros medios ilícitos, constriñe a uno o varios ciudadanos a firmar una declaración de presentación de candidatura o a votar – o abstenerse de hacerlo – por un determinado candidato o lista de candidatos¹⁷⁰.

El objeto de protección de la norma en cuestión es entonces “el libre ejercicio del derecho electoral por parte de los ciudadanos”¹⁷¹, “la libertad moral del elector”¹⁷² que se puede ver afectada por “atentados derivados de la violencia o la amenaza (...) o de cualquier manifestación fraudulenta sobre el elector con el mismo fin”¹⁷³.

En cuanto a la conducta ejercida a través de violencia o amenazas, esta no presenta diferencias sustanciales con los otros delitos y demás conductas ilícitas que contienen estas definiciones (en especial los delitos contra las libertades personales)¹⁷⁴. Lo que resulta novedoso es la denominada “presión fraudulenta”¹⁷⁵, la cual puede ser ejercida a través de (i) noticias que el autor sabe que son falsas, (ii) artificios o engaños o (iii) cualquier otro acto ilícito que tenga la aptitud para disminuir la libertad del elector¹⁷⁶.

Respecto de las “noticias que el autor sabe que son falsas”, si bien podría integrarse la interpretación ya presentada en relación con la contravención arriba analizada, la doctrina se refiere

¹⁶⁹ NUNZIATA, Massimo. *Diritto penale elettorale*. Quaderni della critica penale. Rimini: Maurizio Minchella Editore, 2000, p. 34.

¹⁷⁰ NUNZIATA, Massimo. *Op. cit.*, p. 35; MAZZANTI, Manlio. *I reati elettorali*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, p. 75.

¹⁷¹ NUNZIATA, Massimo. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁷² MAZZANTI, Manlio. *Op. cit.*, pp. 75 – 76.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 76.

¹⁷⁴ NUNZIATA, Massimo. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ NUNZIATA, Massimo. *Op. cit.*, p. 35.

a estas como “declaraciones que no corresponden a la verdad en un sentido objetivo, lo que es notorio para el autor del delito, las cuales son usadas como medio de sugestión, de influencia, de presión para influenciar el ánimo del elector e inducirlo, o mejor, constreñirlo”¹⁷⁷ a votar en un determinado sentido.

MAZZANTI, quién hace uno de los primeros estudios frente a este tipo en la doctrina penal italiana, considera que a la hora de analizar el alcance del presente tipo, debe mantenerse separada la dimensión o realidad política del análisis jurídico¹⁷⁸, pues si bien es cierto que en la práctica de las contiendas electorales los políticos acostumbran a usar noticias falsas para “convencer a los electores”, esta praxis no hace que la conducta jurídicamente no pueda ser reprochable:

“... admitir que la propaganda es por regla general desleal, no es un argumento jurídico, sino de costumbre, mientras la interpretación de las normas legales y del espíritu de ellas no permite dudas o restricciones, como las presentadas anteriormente. Donde se esparcen noticias falsas, y por quién sabe sobre su falsedad, para ejercitar presión, para constreñir a alguien a un determinado comportamiento, o a una omisión específica, se realiza un delito independientemente del hecho que eso se presente en el contacto directo entre individuo e individuo o en el calor los comicios.”¹⁷⁹

Además, considera el autor que, si como tercera alternativa de la denominada “presión fraudulenta” se incluye la referencia a “cualquier otro medio ilícito”, no parecería razonable someter la modalidad ejercida a través de noticias falsas a un análisis de la práctica política, pues en todo caso cualquier medio ilícito parecería suficiente para la configuración del delito¹⁸⁰. De este modo, concluye que lo relevante en el delito en cuestión sería que se trate de “noticias falsas que, por su contenido, credibilidad, verisimilitud, ejerciten presión sobre el convencimiento de personas normales y de cultura y educación política (...) [cuyo] nexo de efectividad causal, una vez reconocido, no podrá no dar lugar a un juicio positivo sobre la subsistencia del delito”¹⁸¹.

Ahora bien, pese a que en la doctrina pueden encontrarse referencia a algunos pronunciamientos relativos a la modalidad coercitiva de este delito¹⁸², no sucede lo mismo frente a aquella fraudulenta, por lo que no hay un desarrollo jurisprudencial que ayude a delimitar su alcance y contenido. Además, resulta igualmente problemático a la hora de aplicar el delito de coerción electoral, determinar que se debe entender por “personas normales y de cultura y educación política” en los términos de MAZZANTI, pues este punto no es objeto de desarrollo.

2.3 AUSTRIA

Un último caso de estudio interesante resulta del análisis del Código penal austríaco, en el cual se consagran dos tipos que parecen ser aptos para los escenarios particulares de difusión de noticias falsas dirigidas a manipular a los electores: por un lado el delito de *difusión de rumores falsos y alarmantes* [*Verbreitung falscher, beunruhigender Gerüchte*] (2.3.1) y, por el otro, el delito de

¹⁷⁷ MAZZANTI, Manlio. *Op. cit.*, p. 78 – 80.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 80

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Ibid.*, p. 139 – 140.

difusión de noticias falsas en el contexto de una elección o votación [Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung] (2.3.2).

De manera preliminar, la conducta de crear o difundir noticias falsas en términos generales puede ser penalizada en el Derecho austríaco desde perspectivas similares a las observadas en los dos ordenamientos anteriores. Así, con el cumplimiento de requisitos equiparables a los referidos por los autores citados en los apartados 2.1 y 2.2, estas conductas podrían ser abarcadas por los tipos de calumnia, consagrado en el parágrafo 297, agitación, establecido en el parágrafo 283, *Cybermobbing*, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 107c, difamación, prevista en el parágrafo 111, o injuria, en virtud del parágrafo 115¹⁸³. Sin embargo, en atención a las consideraciones ya expuestas, los efectos manipulativos de la difusión de noticias falsas en el marco de los certámenes electorales no resultarían efectivamente abarcados por estos delitos, lo que hace necesario estudiar directamente las disposiciones que se consagran en el ámbito electoral.

2.3.1 La difusión de rumores falsos y alarmantes

Pasando entonces a la primera de las conductas identificadas, concretamente la de difusión de rumores falsos y alarmantes, esta se encuentra en el parágrafo 276 del Código penal austríaco, dentro del título relativo a los delitos contra el orden público, y presenta una estructura similar al ya estudiado artículo 656 del Código penal italiano, en cuanto establece que:

El que intencionalmente difunda un rumor, que sabe que es falso, apto para alarmar a un grupo amplio de personas y poner en peligro el orden público, incurrirá en pena de prisión de hasta 6 meses o en multa de hasta 360 salarios diarios. (...)

En relación con este parágrafo no se ha proferido ninguna decisión de mérito que sirva para determinar el alcance del mismo¹⁸⁴ y paradójicamente en el año 2015 – cuando varios países europeos comenzaban a estudiar los mecanismos para combatir el fenómeno de las noticias falsas – la Ley 112 de 2015¹⁸⁵ derogó expresamente la disposición. Lo anterior tras considerarse que este delito “es derecho muerto y a través de la actual disponibilidad de la información los ‘rumores’ no podrían ser aptos para ‘alarmar a un grupo amplio de personas’”¹⁸⁶. Sin embargo, pese a su derogatoria resulta relevante analizar su alcance en cuanto su estudio siempre ha estado

¹⁸³ ÖHLBÖCK, Johannes. Fake-News: Rechtlich betrachtet [en línea]. RAOE. Viena. (24 de marzo de 2017).

¹⁸⁴ ÖHLBÖCK, Johannes. *Op. cit.*; véase también SCHMID, Fabian. Abgeschafft: Österreich hatte bis 2016 Gesetz gegen Fake-News. En: *Der Standard* [en línea]. Viena, 20 de diciembre de 2016: “La experiencia en Austria muestra que un artículo de esta clase ‘no encuentra aplicación en la praxis’. Así lo afirmó Christian Pilnacek, jefe seccional del Ministerio de Justicia. Un grupo de expertos recomendó la derogatoria del artículo, el cual en los últimos 20 años no ha llevado a ninguna condena.”

¹⁸⁵ REPÚBLICA DE AUSTRIA. ÖSTERREICHISCHES PARLAMENT. Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz, das Privatstiftungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2015) (13 de agosto de 2015) [en línea]. Viena: Bundesgesetzblatt (BGBl), 2015 (I), nro. 112, artículo 1.176.

¹⁸⁶ OBERLABER, Johannes. Fake News und der Ruf nach dem Strafrecht. En: *Juridikum - zeitschrift für kritik | recht / gesellschaft* [en línea]. Viena: Verlag Österreich, junio de 2017, nro. 2, p. 160.

estrechamente relacionado con el tipo penal que se pasará a discutir a continuación, en especial porque este era usado de forma subsidiaria cuando no se cumplieran los requisitos específicos del párrafo 264¹⁸⁷.

A diferencia de lo que se vio respecto de la contravención del artículo 656 del Código penal italiano, que habla de noticias como concepto que excluye las “voces o rumores”¹⁸⁸, el tipo penal bajo estudio tiene como objetos precisamente estos últimos. Un rumor es definido por la doctrina como “una comunicación o noticia de proveniencia incierta y por lo tanto no corroborada, respecto de la cual nadie de manera comprobable reconoce y se responsabiliza de su exactitud”¹⁸⁹. Además, contrariamente a lo que se podía concluir en el ordenamiento italiano respecto de la necesidad de que los acontecimientos narrados hagan referencia a hechos pasados¹⁹⁰, frente al objeto de esta disposición se ha considerado que “se puede también hacer referencia a un acontecimiento que ocurrirá en el futuro”¹⁹¹, siempre y cuando sea “una circunstancia real que esté abierta a la comprobación; una mera predicción sobre el desarrollo futuro (profecía), reconocible como tal, no es suficiente”¹⁹².

Frente a la “falsedad” del rumor, se ha determinado que tiene tal calidad cuando “objetivamente los hechos alegados no existen o el supuesto proyecto no existe”¹⁹³. Ahora bien, al igual que la contravención del artículo 656 del Código penal italiano, el rumor debe tener la aptitud de “preocupar a un grupo grande de personas y a través de ello poner en peligro el orden público”. De modo que la doctrina ha considerado que “es necesario despertar una serie de emociones de preocupación en el grupo de personas en cuestión”¹⁹⁴, preocupación que debe ser entendida como un estado menor al “pánico”¹⁹⁵. Así, se ha precisado que este delito puede ser calificado como de peligro abstracto, por lo que el peligro como tal no debe concretarse efectivamente¹⁹⁶ y la aptitud del rumor para lograr dicho fin debe ser “determinada por el juez en el caso concreto”¹⁹⁷.

En cuanto a la conducta de “difundir”, esta ha sido entendida por la doctrina como la “transmisión del rumor de forma tal que esta tenga como consecuencia que un círculo grande, indeterminado de personas tengan acceso a ella”¹⁹⁸, lo que sin embargo no implica que necesariamente dichas personas accedan efectivamente a la información¹⁹⁹. Además, la doctrina reconoce expresamente

¹⁸⁷ PLÖCHL, Franz. § 276: Verbreitung falscher, beunruhigender Gerüchte. En: HÖPFEL, Frank y RATZ, Eckart (ed.). Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2 ed. Viena: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009, p. 18.

¹⁸⁸ Ver *supra* 2.2.1.

¹⁸⁹ PLÖCHL, Franz. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹⁰ Ver *supra* 2.2.1.

¹⁹¹ PLÖCHL, Franz. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Id.*; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2 ed. Eisenstadt: Prugg Verlag, 1979, p. 1450.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1450.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 17; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1450.

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Id.*; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1450.

¹⁹⁹ *Id.*

que la difusión en internet es un claro ejemplo de una forma efectiva de realizar la conducta en cuestión²⁰⁰.

Resultan interesantes los ejemplos de rumores que la doctrina identifica que podrían configurar el objeto de este delito como los relativos a “amenazas de guerra, de epidemias o de peligros ambientales, de revueltas, de golpes de Estado, un inminente cambio de moneda, una escasez, racionamientos, alzas masivas del precio de los alimentos, de los combustibles o de bienes esenciales para la subsistencia (...)”²⁰¹ entre otros.

2.3.2 La difusión de noticias falsas en el contexto de una elección o votación

Ahora bien, se encuentra todavía vigente el parágrafo 264, el cual sería más adecuado para cubrir las noticias falsas objeto del presente trabajo, toda vez que se encuentra sistemáticamente dentro de los *delitos en el contexto de elecciones y votaciones* [*strafbare Handlungen bei Wahlen und Volksabstimmungen*]. El parágrafo dispone lo siguiente:

El que difunda públicamente una noticia falsa sobre una circunstancia que sea apta para que los electores se abstengan de ejercer su derecho al voto o para que lo ejerzan en un sentido determinado, en un momento en el cual una retractación no pueda ser difundida de manera efectiva, incurrirá en pena de prisión de hasta seis meses o en multa de hasta 360 salarios diarios.

El primer antecedente de este delito en el ordenamiento penal austríaco se encuentra en el parágrafo 6 de la Ley del 26 de enero de 1907, que introduce por primera vez los denominados “delitos electorales” en el Código penal de la época²⁰². La disposición referida tenía una redacción casi idéntica a la actual, por lo que los apuntes de la doctrina al respecto resultan relevantes como un primer punto de aproximación.

En cuanto al objeto del delito en cuestión, se precisó ya en uno de los primeros estudios que se encuentra respecto²⁰³, que el concepto de “noticia” hace referencia “solo a afirmaciones de hecho”²⁰⁴, de modo que “ataques que no se sustenten en hechos, sino que solamente se presenten como juicios de valor abstractos o manifestación de opiniones”²⁰⁵ no son relevantes para la configuración del delito: “solo la mentira que se disfraza en la vestimenta engañosa de la afirmación de un hecho es la que afecta la imparcialidad del elector; simples puntos de vista o críticas que son reconocidas como tales son irrelevantes, pues no tienen la fuerza de convencimiento que tienen los supuestos hechos y porque se puede presumir que con la madurez de entendimiento del electorado este sabrá juzgarlos y valorarlos”²⁰⁶. Frente a la falsedad de la noticia, se precisa entonces que

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.* Ejemplos similares se encuentran también en LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1450.

²⁰² BYLOFF, Fritz. *Das Wahlstrafrecht Österreichs: Auf Grund des Gesetzes vom 26. Jänner 1907*, RGBl. Nr. 18 systematisch und kritisch dargestellt. Viena: Manzche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts- Buchhandlung, 1907, p. 2 – 11.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 42.

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*

desde el punto de vista del tipo objetivo, el juez debe comprobar que la noticia es objetivamente falsa²⁰⁷.

Asimismo, se establece ya desde entonces que la conducta de “difundir” contenida en el tipo debe ser considerada como toda “actividad intencional, a través de la cual una noticia sea hecha accesible para un grupo numeroso de electores”²⁰⁸, lo que se relaciona con la expresión “públicamente”, en el entendido que la difusión “por lo tanto, debe llevarse a cabo de una manera que permita a todos (no solo al electorado) conocer la noticia”²⁰⁹. Así, el delito en cuestión solo se configuraría respecto de “las maniobras electorales a gran escala”²¹⁰.

En cuanto a la aptitud de la noticia “para hacer abstener al elector del ejercicio de su derecho al voto o para votar en un determinado sentido”, el artículo de aquel entonces traía dentro de su redacción ejemplos de qué tipo de noticias podían entenderse como tales, a saber, aquellas relativas al “lugar y la hora del certamen o a la renuncia de un candidato”. Sin embargo, esto no implicaba una limitación frente a otro tipo noticias siempre y cuando estas puedan tener el mismo efecto²¹¹, como podrían serlo las relativas a “la vida privada del candidato, al comportamiento de su partido”²¹² o similares.

Ahora bien, teniendo presente el análisis efectuado, se reitera que el artículo actual si bien no idéntico presenta una gran similitud con su antecedente, por lo que las consideraciones hechas respecto de aquel pueden ser útiles a la hora de estudiar este. Al respecto, BACHNER-FOREGGER considera que “la experiencia ha enseñado que se presentan noticias falsas en el tiempo previo a una elección”²¹³ y cuando “sean difundidas de manera inmediatamente anterior al desarrollo de una elección, estas no pueden, por regla general, ser rectificadas”²¹⁴. Así, este tipo sanciona “una forma más de creación de error en los titulares del derecho al voto, la cual puede influenciar el comportamiento en el contexto de una elección o votación”²¹⁵.

Según WERTEL/SCHWEIGHOFER²¹⁶, los elementos relevantes de este tipo actualmente serían que las afirmaciones del sujeto activo fuesen falsas, que estas fueran públicas, intencionales y que se difundieran en un momento tan cercano a la elección que no fuese posible difundir una *aseveración contraria* [*Gegenäußerung*] efectiva.

Una noticia se considera falsa cuando “en términos generales no corresponde a la verdad o si bien combinando verdadero con falso, la impresión general [que deja] no está justificada por las

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 41.

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 42.

²¹² *Id.*

²¹³ BACHNER-FOREGGER, Helene. § 264: Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung. En: HÖPFEL, Frank y RATZ, Eckart (ed.). *Op. cit.*, p. 51, nm. 1.

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ *Id.*; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1417.

²¹⁶ BERTEL, Christian y SCHWEIGHOFER, Klaus. Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§§ 169 bis 321 StGB). 9 ed. Viena: Springer, 2010, p. 202.

circunstancias reales”²¹⁷. Sin embargo, no todas las noticias que según esta aproximación puedan ser definidas como falsas entran en el ámbito de aplicación de la norma bajo estudio, toda vez que es necesario que estas se refieran “a una circunstancia, que de manera por lo menos abstracta, sea apta para inducir al titular del derecho al voto a abstenerse de votar o a ejercer su derecho en un determinado sentido”²¹⁸.

En cuanto a la conducta de “difundir públicamente”, esta hace referencia a una “actividad a través de la cual se genere la posibilidad de que un círculo grande de personas tenga conocimiento del contenido”²¹⁹, de modo que “entre más grande el círculo de receptores más se podrá hablar de una difusión”²²⁰. Así, se realiza la conducta cuando, por ejemplo, la noticia es difundida a través de “panfletos con gran alcance, periódicos, publicidad postal, radiodifusión, internet o en aglomeraciones masivas”²²¹.

Como ejemplos de noticias que pueden cumplir con los requisitos establecidos en el tipo la doctrina se refiere a “noticias sobre la muerte o sobre una enfermedad mortal del candidato principal de otro partido, sobre acciones criminales del líder del partido rival, sobre posiciones de otros partidos respecto de temas centrales de la política”²²², entre otras. También resulta importante reiterar que la difusión de la noticia debe ser efectuada en un momento en el cual se considere que no es posible darle a una retractación un alcance igual al obtenido por la noticia falsa²²³.

Así, esta norma busca penalizar las situaciones en que la conducta recaiga sobre aspectos importantes tanto de la campaña electoral como del certamen en sí mismo, como lo son desde la fecha y la hora del lugar hasta las posiciones de otros partidos respecto de temas centrales. Además, como se observó, desde los primeros estudios al respecto se ha reconocido que el delito está dirigido a contrarrestar maniobras electorales a gran escala. Esto se desprende principalmente del hecho de que se haga referencia a la “aptitud” de la noticia para influenciar.

Sin embargo, la limitación temporal para la configuración del delito, esto es, la necesidad de que la conducta se realice “en un momento en el cual una retractación no pueda ser difundida de manera efectiva”, hace que su aplicación se limite a un escenario muy restringido e indeterminado, que por lo tanto difícilmente podría coincidir con el de la formación de la voluntad de la mayor parte de los electores. En este sentido, FUCHS considera que la presente disposición es “derecho muerto” y que no es aplicable en los tiempos de las redes sociales, puesto que la referencia a una “retractación efectiva” estaba pensada para los periódicos o la radiodifusión²²⁴. Adicionalmente, en relación con este delito se han adelantado solo 54 indagaciones, de las cuales solo 4 han llevado a la apertura de

²¹⁷ BACHNER-FOREGGER, Helene. *Op. cit.*, p. 52, nm. 5.

²¹⁸ *Id.*; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1417 – 1418.

²¹⁹ BACHNER-FOREGGER, Helene. *Op. cit.*, p. 52, nm. 3.

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Ibid.*, p. 52, nm. 4.

²²² *Ibid.*, p. 52, nm. 5.

²²³ *Ibid.*, p. 53, nm. 9; en el mismo sentido LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. *Op. cit.*, p. 1418.

²²⁴ FUCHS, Helmut. En: SCHMID, Fabian. *Abgeschafft: Österreich hatte bis 2016 Gesetz gegen Fake-News. Op. cit.*

procesos y del mismo, por lo que no se encuentra jurisprudencia que resulte útil para su interpretación²²⁵.

2.4 RESULTADO PARCIAL

Del estudio efectuado en relación con los tres ordenamientos seleccionados se puede constatar que no parece problemático en ninguno de ellos la penalización de determinadas situaciones de difusión de noticias falsas, cuando estas sean el medio para afectar intereses jurídicos tutelados penalmente, aunque la descripción típica no contenga explícitamente referencias a dicho concepto. Así, se puede recurrir a los delitos contra el honor, contra el patrimonio económico, a aquellos relacionados con el orden público, con el orden económico o con la seguridad del Estado.

Ahora bien, en todo caso, las experiencias italiana y austríaca demuestran que el concepto de noticias falsas tiene relevancia en el ámbito penal, si bien en cada ordenamiento el desarrollo de su contenido puede implicar que este varíe en algunos aspectos. Además, dichas conceptualizaciones resultan coherentes con la propuesta hecha en el capítulo 1, pues todas parten del supuesto que las afirmaciones que se presentan como noticias son verificablemente falsas y que tienen una finalidad engañosa.

Asimismo, se puede observar que existe de antaño una estrecha relación entre la difusión de noticias falsas y la manipulación de los ciudadanos en su rol de electores, relación que se refleja en las discusiones dentro del ámbito del Derecho penal. Sin embargo, en cuanto a la aplicación de los delitos existentes para proteger a los individuos a la hora de participar en los certámenes electorales, el estudio de los ordenamientos seleccionados lleva a soluciones diferentes.

En el contexto alemán los autores coinciden en que ninguno de los delitos vigentes dentro del Derecho penal electoral resultan aplicables a los escenarios de creación y difusión de noticias falsas y, en particular en relación con el delito de engaño al elector coinciden igualmente en que el error jurídicamente relevante que es necesario para su configuración se refiere exclusivamente a un error respecto de la exteriorización de la voluntad, su materialización, y no a los errores en los motivos, es decir los relacionados con la formación de la voluntad electoral. Así, para poder incluir eventualmente las situaciones en las cuales las noticias falsas engañan a los ciudadanos con la finalidad de hacerlos votar en un determinado sentido, sería necesario reformar algunos de los delitos, escenario que la posición mayoritaria rechaza enfáticamente.

En la legislación italiana, por su parte, se observa que la propagación de noticias falsas, independientemente si estas buscan inducir a error al elector en el momento de manifestar su voluntad a través del voto o si están dirigidas a manipular la formación de la voluntad, puede ser considerada como una forma de ejercer una presión fraudulenta sobre el individuo, la cual puede ser relevante para la configuración del delito de coerción electoral. De manera similar, en el ordenamiento austríaco se observa como este tipo de contenidos puede representar un peligro abstracto para el electorado, siempre y cuando su difusión sea parte de una maniobra a gran escala

²²⁵ SCHMID, Fabian. Abgeschafft: Österreich hatte bis 2016 Gesetz gegen Fake-News. *Op. cit.*

y se de en un momento tan cercano a la votación que se considere que no es posible contrarrestar sus posibles efectos sobre los ciudadanos.

Teniendo en cuenta lo anterior se pasará entonces a analizar en el ordenamiento colombiano cuál es la relevancia en materia penal que puede llegar a tener la difusión de noticias falsas que busquen manipular a los electores.

3 LA PENALIZACIÓN DE LA DIFUSIÓN NOTICIAS FALSAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Una vez analizadas las posibles reacciones que se tienen en otros ordenamientos desde la óptica del Derecho penal para contrarrestar las consecuencias nocivas que puede tener la propagación de noticias falsas en el escenario de elecciones o de otros mecanismos de participación democrática, en el presente apartado se efectuará un análisis similar respecto del ordenamiento jurídico penal colombiano. Para estos efectos, se explicará primero que existe en el ámbito del Derecho penal un interés en mantener un cierto grado de veracidad en relación con la información que circula en ciertos contextos, lo que en términos normativos se puede expresar como una difusión adecuada (3.1). Seguidamente se procederá a estudiar si este interés se reconoce también en el campo de las conductas delictivas que afectan los mecanismos de participación democrática (3.2.) y, en particular, si se manifiesta en aquellas que protegen diferentes facetas de la libertad de los electores.

3.1 LA DIFUSIÓN ADECUADA DE LA INFORMACIÓN COMO INTERÉS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO PENAL

Como se observó en el capítulo anterior, la creación y publicación de contenido engañoso tiende a ser una conducta penalmente reprochable en tanto afecta de una forma intolerable ciertos intereses que la sociedad tradicionalmente protege a través del Derecho penal. Esta prohibición existe, además, aun cuando la descripción típica no haga referencia explícita a los conceptos de “noticia” o “información” falsa. Pues bien, en el ordenamiento penal colombiano se podría realizar un estudio similar para determinar qué conductas punibles podrían configurarse en los escenarios en que se publican noticias falsas. Sin embargo, para el objeto de este trabajo resulta más importante identificar de la mano de ejemplos, como en algunos contextos la propagación de información falsa – difusión inadecuada – puede ser penalizada. Para estos efectos, se hará referencia en un primer momento a los límites trazados por la Constitución en el ámbito del manejo de la información (3.1.1) y posteriormente se pasará al examen de distintas conductas particulares que prohíbe el Código penal (3.1.2).

3.1.1 Límites constitucionales a la libertad de expresión y la difusión de la información

Antes de abordar el examen del aspecto estrictamente penal de la discusión, es menester sentar las bases de la cuestión a nivel constitucional. La libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Carta fundamental, es uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho y cuenta con un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia. Así, el alto tribunal constitucional ha identificado que de esta libertad se desprenden múltiples derechos, los cuales pueden agruparse en la libertad de expresión *stricto sensu* o libertad de opinión, por un lado, y, por el otro, la libertad de información²²⁶.

En desarrollo de lo anterior, la Corte ha precisado dos aspectos que resultan de particular importancia para el presente estudio. En primer lugar, que todo ciudadano tiene derecho a ejercer

²²⁶ Cfr. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-391-07. Expediente T-1248380. (22 de mayo de 2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, acápite 4.1.1.

la labor periodística sin que le sea exigible por parte del Estado algún tipo de certificación o autorización y, en segundo lugar, que la libertad de información debe ser analizada de manera diferente a la libertad de opinión.

En cuanto al primer punto, resulta pertinente remitirse a las consideraciones que se realizaron en la sentencia C-087 de 1998, la cual declaró la inexecutable de la Ley 51 de 1975, a través de la que se reglamentaba el ejercicio del periodismo. En esta decisión el tribunal se ocupó del asunto relativo a si el legislador tenía la facultad de exigir una determinada formación a los individuos que se dedicaban habitualmente a informar y opinar sin transgredir el artículo 20 de la Constitución²²⁷ y, para resolver este cuestionamiento, se planteó el siguiente interrogante:

¿Implica un riesgo social la libertad de opinión? La respuesta es ésta: la libertad de opinión, en tanto que derecho fundamental, lo mismo que el sufragio universal, son ‘riesgos’ (así entre comillas) ínsitos al sistema. El debate acerca de si deben o no precaverse es más bien materia de una controversia extrasistemática que puede formularse en estos términos: ¿debe la sociedad, para evitar ciertos peligros latentes en la libertad de opinión (en tanto que derecho fundamental) y en el sufragio universal (que parece su consecuencia obligada), sustituir a la democracia otra forma de organización política? La posibilidad, desde luego, está abierta. Pero no tiene sentido, desde un punto de vista intrasistemático, preguntar si un régimen democrático puede mantenerse como tal, renunciando a postulados que le son inherentes.²²⁸

Frente a esta problemática, la Corte optó por establecer que “entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero”²²⁹, pues señaló que imponer requisitos de idoneidad a los ciudadanos para permitirles ejercer la labor periodística sería en realidad una forma de censura²³⁰. Sin embargo, precisó que las anteriores consideraciones debían ser tomadas bajo el entendido de que tanto los periodistas como los medios masivos de comunicación podrían ser sujetos de responsabilidad civil y penal por los daños que el ejercicio abusivo de su labor generara²³¹.

Frente a la segunda cuestión, relativa a la diferencia entre la libertad de opinión y la libertad de información, la misma corporación ha reiterado recientemente en la sentencia SU-420 de 2019 que dentro de los factores que hacen que la libertad de expresión goce de tan amplia protección se encuentra que está dirigida a identificar la verdad y construir el conocimiento²³², en el entendido que ambas manifestaciones tienen contenidos diferentes²³³.

Así, la primera de estas facetas es definida como el derecho a “la comunicación de informaciones, entendidas como datos que describen una situación con sustento empírico, no constituyendo una

²²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-087. Expedientes D-1773, D-1775 y D-1783. (18 de marzo de 1998). M.P. Carlos Gaviria Diaz, acápite 2.1.3.

²²⁸ *Ibid.*, acápite 2.2.3.

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Ibid.*, acápite 3.1.2.

²³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-420. *Op. cit.*, párr. 73.

²³³ *Ibid.*, párr. 75.

mera opinión”²³⁴. De este modo, la libertad de información implica una mayor carga para quien la invoca, toda vez que al “tratarse de la expresión de hechos debe basarse en datos verificables”²³⁵, pues supone “la manifestación de ideas con asidero fáctico y objetivo, esto es, expresiones que tienen por propósito dar a conocer hechos, acontecimientos, sucesos”²³⁶. En el mismo sentido, la Corte ha sido categórica al establecer que “a las informaciones les es exigible la carga de veracidad e imparcialidad; mientras que las opiniones, dada su naturaleza, están exentas de tal requerimiento”²³⁷.

Teniendo en cuenta entonces que todo ciudadano es libre de difundir información y ejercer la labor periodística, lo que no implica que no pueda ser sujeto de reproche penal por los contenidos de sus publicaciones y, asimismo, que la libertad de información no cubre la presentación deliberada de mentiras bajo la apariencia de verdades, se procederán a analizar algunas situaciones en las que la defraudación de los principios de veracidad e imparcialidad se refleja en la configuración de delitos vigentes y, en particular, si estos últimos resultan aplicables en los escenarios en los cuales se busque manipular a los ciudadanos con el objetivo de influenciar de manera ilegítima el sentido de su votación.

3.1.2 Difusión adecuada de la información en relación con la honra de los asociados

Una primera situación en la que se puede identificar un reproche penal por parte del legislador en relación con la difusión inadecuada de información se desprende del examen de los delitos contra la integridad moral o, de manera más precisa, del delito de calumnia. Esta conducta punible, descrita en el artículo 221 del Código penal, proscribire imputar “falsamente a otro una conducta típica”.

En cuanto al verbo imputar, este hace referencia a “adjudicarle al alguien una obra determinada (...)”²³⁸, de modo que puede considerarse como sinónimo de atribuir²³⁹. La diferencia con el delito de injuria, que también hace referencia a imputaciones, radica entonces en que en este se tiene una “imputación deshonorosa, falsa o verdadera”²⁴⁰, mientras que en la calumnia se verifica la “imputación falsa de un hecho punible”²⁴¹. Además, en este último es necesario que el sujeto activo sea plenamente consciente de que dicha conducta no ha ocurrido, en cuanto “el agente ha de saber

²³⁴ *Id.*

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Ibíd.*, párr. 77.

²³⁸ PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal: Partes general y especial. Bogotá: Temis, 1986, p. 119, párr. 2367.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 136, párr. 2388.

²⁴¹ *Id.*; en el mismo sentido CÓRDOBA ANGULO, Miguel. Delitos contra la integridad moral. En: ARDILA BARRETO, Hernando *et al.* Lecciones de Derecho penal: Parte Especial. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, vol. I, p. 330.

y conocer que el sujeto pasivo no ha ejecutado la conducta y éste en realidad no debe haberla realizado”²⁴² *.

Así las cosas, se puede observar como en el delito de calumnia se castiga de manera explícita y directa la divulgación de contenido falaz cuando a través de este se atribuya a un ciudadano la realización de una conducta que la sociedad considera merecedora de una sanción penal, en cuanto se considera que de este modo se atenta contra la integridad moral del injustamente acusado.

Pues bien, en atención a la constatación anterior y dado que la protección de este interés, si bien objeto de múltiples cuestionamientos, ha sido declarada como ajustada a la Constitución²⁴³, resulta necesario referirse en este punto a cuál es la relación entre la integridad moral o el honor y la veracidad de la información. En términos generales, se pueden identificar por lo menos cuatro aproximaciones a estos conceptos **. La primera de dichas aproximaciones define el honor desde una perspectiva fáctico-normativa o dualística²⁴⁴, en el entendido de que este implica la conjugación de elementos subjetivos o internos, referidos a la percepción propia de la persona respecto de sí misma, y objetivos o externos, relacionados con la apreciación que tienen los demás respecto de ella²⁴⁵.

La segunda aproximación se refiere al honor como un concepto interpersonal²⁴⁶, en el entendido de que para que una persona pueda desarrollarse libremente como individuo es necesario que los demás ciudadanos lo reconozcan como una persona que merece ser respetada²⁴⁷. Así, en virtud de esta aproximación, se vulnera el honor de una persona cuando dicho reconocimiento es arrebatado injustamente²⁴⁸. Estrechamente relacionada con esta aproximación se encuentra también la denominada concepción funcional²⁴⁹ o la teoría de la comunicación, en virtud de la cual se entiende que el honor es el reconocimiento de que el individuo respeta las expectativas normativas²⁵⁰. Según esta interpretación, se cometerá una conducta prohibida relativa a la protección de este interés cuando injustamente se afirme que el ciudadano ha incumplido con las mencionadas expectativas,

²⁴² Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. Tomo II, Parte especial. 9 ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2013, p. 353; en el mismo sentido PÉREZ, Luis Carlos. *Op. cit.*, p. 136, párr. 2389.

* La Corte Suprema de Justicia ha reiterado recientemente que los elementos estructurales del delito de calumnia son “a) la imputación o atribución de una conducta típica determinada o determinable; b) efectuada a una persona concreta o que pueda ser identificable; c) con conocimiento de la falsedad del comportamiento imputado; y, d) el tipo objetivo de la conducta requiere ‘que el punible falso enrostrado sea claro, concreto, circunstanciado y categórico, no surgido de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada’”. COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP1705-2017. Radicado nro. 49200. (16 de marzo de 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

²⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-442-11. Expediente D-8295. (25 de mayo de 2011). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

** Usando los términos empleados por la Corte Constitucional en la decisión apenas referida, en cuanto utiliza como sinónimos ambos vocablos.

²⁴⁴ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Besonderer Teil I*. 6 ed. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 184.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 185.

toda vez que en estos supuestos el individuo se ve afectado en sus relaciones con los demás, pues pierde la calidad de ser un par válido de la comunicación con los demás²⁵¹.

La cuarta aproximación, es la denominada teoría social²⁵². En virtud de esta, el honor es un concepto que no es solo relevante para el individuo, sino que también tiene un valor social, toda vez que es importante para la sociedad poder extraer consecuencias de la información suministrada por los asociados²⁵³. Así las cosas, las expectativas con relación a dichas consecuencias, o reacciones que se supone se derivan de una comunicación, se ven defraudadas cuando la información transmitida es falsa²⁵⁴.

De las últimas tres teorías se extrae entonces que atribuir a un sujeto la comisión de una conducta típica que este no ha cometido resulta reprochable por sus implicaciones interpersonales, pues no se afecta solo el buen nombre de la persona injustamente acusada, sino también porque las imputaciones falsas perjudican al individuo en su relacionamiento con los demás ciudadanos y con la sociedad en general, ocasionando consecuencias o reacciones injustificadas. Sin necesidad de ahondar más en el análisis, resulta evidente que la defraudación de la expectativa de la sociedad de recibir de una información veraz respecto de ciertos comportamientos de otros asociados puede resultar relevante penalmente.

3.1.2.1 ¿Protección del proceso electoral mediante la calumnia?

Tras estas breves referencias a los elementos esenciales del delito de calumnia y a la finalidad de los delitos contra la integridad moral, se podría plantear el interrogante de si la prohibición de realizar inadecuadamente imputaciones a terceros – en este caso mediante la publicación de contenido falso – podría servir para salvaguardar los intereses propios de un proceso electoral, en otras palabras, si sería aplicable en el escenario en el que se pretenda engañar al electorado a través de la propagación de aseveraciones falaces.

Al respecto, no resultaría problemático imaginar que, cuando el contenido de una noticia falsa indica en términos suficientemente precisos la comisión de un determinado delito por parte de un candidato o por parte de los representantes de una determinada opción política, podría configurarse el delito de calumnia. Sin embargo, es difícil pensar que a través de este delito pueda realmente protegerse los intereses propios de un proceso electoral, como lo es la difusión de contenido engañoso dirigido a manipular a los electores. En efecto, no puede perderse de vista que muchas de las noticias falsas que se riegan en las redes sociales y que tienen el potencial de afectar la formación de la voluntad del elector no se refieren directamente a candidatos, sino que, como se explicó precedentemente, intentan presentar situaciones que no han ocurrido con la intención de alimentar sensaciones o prejuicios que juegan a favor de determinadas posiciones políticas.

²⁵¹ AMELUNG, Knut. Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung: Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pp. 20 – 21.

²⁵² Cfr. JAKOBS, Günther. Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes. En: VOGLER, Theo *et al.* Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlín: Duncker & Humblot, 1985, p. 628.

²⁵³ *Ibid.*, p. 636.

²⁵⁴ *Id.*

Así, resultan pertinentes las consideraciones hechas por HOVEN, ya presentadas en este trabajo*, en cuanto las noticias falsas “incluso cuando se refieren a personas concretas, pocas veces afectan la honra de estas; estas están dirigidas principalmente a distorsionar la imagen que se tiene del afectado en la opinión pública”^{255**}, de modo que en términos generales se puede concluir que “a través de los delitos contra el honor solo se abarcan penalmente una pequeña parte de la difusión de *fake news*. La difusión de noticias falsas en Internet no apunta la mayor parte de las veces a una afectación del honor individual, sino que pretende distorsionar el discurso político”²⁵⁶.

3.1.3 Difusión adecuada de la información en las relaciones negociales o de disposición patrimonial

Otra situación en la que se puede identificar un reproche por parte del legislador de la publicación inadecuada de información se encuentra en el contexto de ciertas relaciones de la vida económica. En efecto, a partir del estudio del delito de estafa se puede observar que existe una cierta protección penal del manejo adecuado de la información relevante para la celebración de negocios entre los asociados.

Este delito, consagrado en el artículo 246 dentro del título VII del Código penal, se configura cuando se “obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños”, de modo que está conformado por dos modalidades, la estafa por inducción en error y la estafa por mantenimiento en error^{257***}.

La doctrina ha entendido el concepto de “artificios” como “una maniobra material ostensible (...) apariencia objetiva externa que crea el error”²⁵⁸. Mientras que el engaño ha sido conceptualizado como “una invención mentirosa eficaz, sin un acompañamiento externo tendiente a crear el error;

* Véase *supra* 2.1.3.

²⁵⁵ HOVEN, Elisa. *Op cit.*, pp. 720 – 721.

^{**} Por ejemplo, en el contexto de las negociaciones de paz y de la posterior refrendación de los Acuerdos de La Habana circularon a través de diversos canales artículos que afirmaban que se encontraba en el Congreso de la República un proyecto de ley, al cual se hacía referencia usando en nombre del congresista que supuestamente lo había presentado – Roy Barreras – y cuyo objeto era reducir las mesadas pensionales para financiar la reintegración de los desmovilizados de las FARC. Si bien este contenido resultó no tener ningún asidero fáctico, pese a sus implicaciones políticas resulta evidente que la conducta imputada a través de estas noticias falsas – la presentación de una propuesta legislativa – no puede ser considerada bajo ningún punto de vista como típica. En relación con este episodio cfr. AGUDELO B, Óscar Felipe. El rumor contra los pensionados, ¿un mito originado en el Uribismo? En: *Colombiacheck* [en línea]. 26 de septiembre de 2016;

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 727.

²⁵⁷ CORREDOR PARDO, Manuel. El delito de estafa. En: BARRETO ARDILA, Hernando *et al.* *Op. cit.*, p. 364.

^{***} Dejando de lado el segundo inciso de la disposición que la doctrina no considera como una modalidad de estafa sino como un tipo penal diferente. Ver *Ibid.*, pp. 371 – 373. Las mismas consideraciones se desprenden de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, que ha reiterado recientemente que “para la constitución de la conducta contra el patrimonio económico mencionada, la Sala tiene precisado, se requiere (i) el despliegue de un artificio o engaño; (ii) error o juicio falso en quien sufre el ardid; (iii) la obtención por ese medio de un provecho ilícito; (iv) esto último en perjuicio correlativo de la víctima; (v) que el error sea efecto del artificio o el engaño y (vi) el provecho ilícito producto del error generado en la víctima.” COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP073-2018. Radicado nro. 48183. (31 de enero de 2018). M.P. Patricia Salazar Cuéllar, p. 30.

²⁵⁸ CORREDOR PARDO, Manuel. *Op. cit.*, p. 364.

es decir, es un engaño basado en una inveracidad determinante en una situación concreta”²⁵⁹. Al respecto, cabe precisar que en todo caso, en relación con el engaño a través de embuste, se ha precisado que “la mentira ha de tener fuerza determinante, eficacia”²⁶⁰, lo que se ha conceptualizado bajo el nombre de “mentira eficaz”²⁶¹.

Así las cosas, del contenido de estas dos nociones estructurales en el delito bajo estudio se desprende en relación con el objeto de protección de la norma que esta no busca salvaguardar exclusivamente intereses económicos, sino también un cierto grado de “buena fe en las relaciones civiles y mercantiles”²⁶². Es más, algunos autores consideran que en la estafa se castiga una “lesión de un derecho a la verdad”²⁶³, una “infracción de un deber de veracidad”²⁶⁴ o, desde otra perspectiva, se protege “la expectativa de la víctima de que el autor cumpla sus deberes de veracidad”²⁶⁵, los cuales no se traducen necesariamente en un “deber de proporcionar información veraz, sino que también puede ser un deber que obligue al autor a abstenerse de mentir”²⁶⁶.

Desde esta perspectiva se tiene entonces que el delito de estafa es otra manifestación de la voluntad del legislador de amparar en cierta medida un manejo adecuado de la información, en particular de aquella que se intercambia en el contexto de relaciones que supongan una disposición patrimonial.

3.1.3.1 ¿Protección del proceso electoral mediante el delito de estafa?

Ahora bien, en el contexto de la propagación de noticias falsas resulta posible pensar en la configuración de este delito cuando el contenido de las mismas lleve a la consecución de un provecho ilícito. Esto sería imaginable, por ejemplo, cuando la noticia falsa se refiriera a catástrofes o similares y buscara que se hicieran donaciones a una cuenta determinada. En efecto, el uso de las convenciones periodísticas, que confieren un alto grado de seriedad y neutralidad al artículo, podría considerarse tanto como un engaño, en el entendido de una mentira eficaz, como un artificio, toda vez que sin duda se recurre a la denominada puesta en escena para inducir en error al lector. Además, como se precisó en la primera parte de este trabajo*, una de las finalidades que puede llevar a la creación de este tipo de contenidos es sin duda el provecho económico, principalmente a través de la colocación de publicidad dentro de la presentación de la noticia.

Sin embargo, como se puede notar, en este escenario no configuraría el delito, toda vez que no se produciría un detrimento patrimonial por parte de la víctima. Así, solo serían relevantes las hipótesis en las que la noticia falsa fueran – como en la situación planteada – el mecanismo a través

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ PÉREZ, Luis Carlos. *Op. cit.*, p. 454, párr. 2807.

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 450, 452, 454, párr. 2802, 2804, 2807.

²⁶² *Ibid.*, p. 442, párr. 2789.

²⁶³ PASTOR MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 133. Si bien la autora hace las precisiones que se presentaran a continuación. Cfr. *Ibid.*, pp. 133 – 144, 155 – 163. En estas páginas la autora muestra las posiciones de la doctrina al respecto.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 133.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 134.

²⁶⁶ *Id.*

* Ver *supra* 1.1.

del cual se induce en error al lector para que sea el quien directamente realice una disposición patrimonial.

No obstante, incluso en esta última constelación debe ponerse de presente que existe una objeción. En efecto, PÉREZ precisa que los estafados, los sujetos pasivos del delito deben ser determinados, pues “Es inadmisibles que la inducción en error pueda dirigirse sobre desconocidos”²⁶⁷. Lo anterior, toda vez que este autor precisa que “Si el estafado o los estafados no pueden precisarse, porque forman una masa presente en un lugar o extendida en varios, constituyendo una dispersión o multitud, es imposible examinar cómo llegaron a consentir. No hay poder humano suficiente para encontrar en el grupo una voluntad viciada, sobre todo teniendo en cuenta que en ese conjunto hay sujetos de distintas capacidades y con diversidad de conocimientos, incluidos a veces quienes conocen los resortes ocultos de la maquinación”^{268*}.

En todo caso, independientemente de si se puede hablar de un grado suficiente de concreción en relación con los sujetos pasivos para la configuración del delito, resulta evidente que este delito no abarcaría los escenarios en los cuales las noticias falsas estuvieran dirigidas exclusivamente a manipular a los ciudadanos en el contexto electoral sin ningún tipo de intención de extraer de ellos algún tipo de provecho patrimonial, por lo que no se estima necesario detenerse frente a este aspecto.

3.1.4 Difusión adecuada de la información y algunas instituciones de la vida social

Pasando de las relaciones entre particulares al plano del relacionamiento de la ciudadanía con determinadas instituciones fundamentales para la vida social, se puede igualmente encontrar otro contexto en el que se avizora un reproche por parte del legislador de la difusión inadecuada de información, el cual se extrae del delito de pánico económico.

Esta conducta punible, consagrada en el artículo 302 del Código penal dentro del título que tipifica los delitos contra el orden económico social, penaliza la conducta de divulgar al público o reproducir “en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un fondo de valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido”.

²⁶⁷ PÉREZ, Luis Carlos. *Op. cit.*, p. 462, párr. 2818.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 463, párr. 2819.

* Estas consideraciones podrían entenderse como válidas si se partiera del supuesto que las noticias falsas son difundidas por sus creadores sin tener un público determinable como destinatario. Sin embargo, como se mencionó brevemente en el capítulo I y como lo observan algunos autores citados en el capítulo II, el fenómeno de las noticias falsas se vuelve relevante en conjunción de las tendencias de personalización de contenidos que han adoptado la mayor parte de las empresas que prestan servicios de redes sociales. Así, los contenidos que son presentados a los usuarios son aquellos que en virtud de algoritmos de selección de datos reflejan sus convicciones e intereses, de manera tal que se crea un *filtro burbuja* [*filter bubble*] (Cfr. Cfr. PARISER, Eli. *Op. cit.*, pp. 93, 113, 125, 141.) alrededor del usuario en relación con la información a la cual este accede. En este escenario, las noticias falsas no pueden considerarse como “artificios o engaños” dirigidos a personas indeterminadas, pues al usar como medio de difusión prevalentemente las redes sociales, se aprovechan de este tipo de mecanismos para alcanzar un público determinable: el de los usuarios más susceptibles de caer en su engaño.

Antes de continuar con el examen de este delito, resulta pertinente hacer unas breves referencias a sus antecedentes legislativos, toda vez que estos muestran que el concepto objeto de estudio guarda una estrecha relación con esta conducta punible.

Desde la Ley 109 de 1922²⁶⁹ se penalizaba la conducta de producir “un aumento o disminución en el precio de los salarios (...)”²⁷⁰ a través de la difusión de “noticias falsas o por otro medio fraudulento”²⁷¹. Igualmente, en el Código penal de 1936 se castigaban las conductas de determinar un aumento o disminución de ciertos precios a través de la difusión de “noticias falsas o usando otro medio fraudulento” o de poner en peligro la economía nacional a través de la divulgación de “noticia falsas, exageradas o tendenciosas”²⁷². Así las cosas, estas dos nociones, al igual que como se observó en los otros ordenamientos examinados*, también hicieron parte del sistema jurídico colombiano y solo fueron eliminadas con la adopción del Código penal de 1980, en el que se consideró que era más adecuado reemplazarlas “cualquier medio fraudulento”²⁷³. Posteriormente, en las discusiones del proyecto para el Código penal de 2000, se decidió separar las conductas que antes se trataban como pánico económico en los delitos de agiotaje, pánico económico propiamente y manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios²⁷⁴. La maniobra fraudulenta se incluyó en el delito de agiotaje, mientras que en el de pánico económico se hizo referencia a “información falsa o inexacta”.

Pasando ahora a la redacción actual, este delito, contenido en un tipo penal compuesto alternativo²⁷⁵, se configura cuando se incurra en cualquiera de las dos conductas que contiene su redacción. Adicionalmente, estas deben ser realizadas en un medio o en un sistema de comunicación público, respecto del cual es indiferente “su cobertura (local, regional, nacional, etc.)”²⁷⁶ y “su forma (radio, televisión, prensa, internet, etc.)”²⁷⁷. Respecto del que sería el objeto material de la conducta, a saber, la información falsa o inexacta²⁷⁸, se puede considerar que “información falsa es aquella que es totalmente contraria a la verdad, es decir, la que no guarda correspondencia alguna con la realidad de los hechos narrados; al paso que información inexacta es la que no es fiel reproducción de la realidad, por no poner de presente puntos esenciales del hecho que se intenta hacer público, o por tenerlos de más”²⁷⁹.

²⁶⁹ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio. Los delitos económicos en la actividad financiera. 8 ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2018, p. 218

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Ibid.*, p. 218.

²⁷² *Ibid.*, pp. 220 – 221.

* Ver *supra* 2.2 y 2.3.

²⁷³ *Ibid.*, p. 224.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 230.

²⁷⁵ CÓRDOBA ANGULO, Miguel y RUIZ, Carmen Eloísa. Delitos contra el orden económico social. En: BARRETO ARDILA, Hernando *et al.* *Op. cit.*, p. 255

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 256.

²⁷⁷ *Id.*; en el mismo sentido HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio. *Op. cit.*, p. 233.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 255.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 256; en el mismo sentido HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio. *Op. cit.*, p. 233.

Es también interesante hacer referencia a lo que ANGULO/RUIZ han considerado como la “finalidad perseguida por el tipo”²⁸⁰, la cual consiste en “evitar que se divulgue o reproduzca una información – falsa o inexacta – que pueda llegar a causar pérdida de la confianza que los agentes económicos tienen puesta en una institución de las enumeradas en la norma y en el sistema financiero mismo, porque esta situación, la mayoría de las veces, traerá aparejada una consecuencia nefasta para la estabilidad y permanencia del sistema y, de contera, del orden económico social”²⁸¹.

De este modo se puede observar que en el ordenamiento penal existe un interés en proteger un mínimo de veracidad no solo en las relaciones entre particulares, sino también frente a instituciones cuyo sustento es la confianza de los ciudadanos, como es el caso del sistema financiero, y las cuales pueden verse afectadas o desestabilizadas principalmente a través de la propagación de información fraudulenta.

3.1.4.1 ¿Protección del proceso electoral mediante el delito de pánico económico?

Resulta evidente entonces que las noticias falsas encajan perfectamente en la definición proporcionada de información falsa o inexacta, no solo por las consideraciones hechas respecto a sus antecedentes legislativos, sino también por el entendimiento actual que se ha hecho de este concepto. Así, su divulgación o reproducción es punible bajo la figura de este delito económico siempre y cuando su contenido pueda “afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de las instituciones especificadas en el tipo”²⁸² y se cumpla con el requisito de una cierta idoneidad. En cuanto a esta última característica, se ha considerado en relación con el delito de agiotaje, el cual está estrechamente relacionado, que “no tiene el mismo alcance la información suministrada por una persona del común que las declaraciones fraudulentas de una persona con una reconocida posición de poder dentro del medio social”²⁸³.

Las noticias falsas tal y como fueron descritas en el presente trabajo en términos generales siempre cumplirán con esta exigencia, pues su difusión cuenta con un amplio alcance y además no se tratan de simples opiniones de personas particulares, sino que como se vio, aparentan ser el fruto de un trabajo periodístico serio. Sin embargo, una vez más, los escenarios en los cuales resulta aplicable el delito de pánico económico no son en realidad aquellos que recientemente han generado preocupación, pues si bien la situación económica del país o la estabilidad financiera de ciertas instituciones puede ser un factor determinante para tomar una decisión en materia política, es difícil imaginar que los contenidos engañosos dirigidos a manipular a los electores hagan referencia concreta a entidades particulares como las que son objeto de protección por la disposición bajo estudio.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 256 – 257; en el mismo sentido HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio. *Op. cit.*, p. 233.

²⁸² *Id.*

²⁸³ *Ibid.*, p. 253.

3.2 NOTICIAS FALSAS E INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

Toda vez que es posible identificar un interés en el campo del Derecho penal de proteger un cierto grado de veracidad, o un manejo adecuado, respecto de la información en distintos contextos de la vida social, pero que este resulta insuficiente en relación con el contenido que busca manipular a la hora de tomar una decisión electoral, en el siguiente apartado se procederá a examinar hasta qué punto la veracidad de la información es igualmente relevante para la configuración de alguno de los delitos contra los mecanismos de participación democrática. Lo anterior en cuanto, tanto intuitivamente como por su ubicación sistemática, estos serían los realmente llamados a resguardar a la ciudadanía en el escenario de estudio. Para tales efectos, en primer lugar, se harán precisiones respecto del objeto de protección de estos delitos (3.2.1) y seguidamente se identificará las forma de afectación que se puede generar a este a través de la difusión de noticias falsas, con miras a establecer que conductas de este título podrían ser aplicables (3.2.2).

3.2.1 El objeto de protección de los delitos contra los mecanismos de participación democrática

El título XIV del Código penal contiene los “Delitos contra los mecanismos de participación democrática”, regulados en el único capítulo “De la violación al ejercicio de los mecanismos de participación democrática”. Dejando de lado las leyes relativas al aumento en las penas*, la reforma más relevante atinente a estos delitos se hizo a través de la Ley 1864 de 2017²⁸⁴, mediante la cual se adicionaron un total de 5 nuevos tipos penales a los 11 originales, se establecieron multas para los delitos que no las tenían²⁸⁵ y modificaciones o circunstancias especiales de agravación para algunas conductas.

El antecedente legislativo directo de la mayor parte de estas conductas punibles se encuentra en el Código penal de 1980, el cual contenía en su título VIII los “Delitos contra el sufragio”. Frente a estos, consideraba IBAÑEZ que el objeto jurídico protegido era “la naturaleza jurídica del sufragio, como libertad ideológica y como función constitucional, (...)”²⁸⁶, consagrándose entonces una serie de conductas que buscaban preservar, por un lado, la “pureza” del sufragio y, por el otro, la

* COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 (7 de julio de 2004). Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2004. nro. 45602; COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 (28 de julio de 2007). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2007. nro. 46673. Al respecto Cfr. GALEANO REY, Juan Pablo y GARZÓN, ALARCÓN, Álvaro. Delitos electorales. En: CASTRO CUENCA, Carlos G. (coord.). Manual de Derecho penal: Tomo II, Parte especial. 2 ed. Bogotá Editorial Temis, 2019, p. 619; GARCÍA DE BARRAGÁN, Lyana Victoria. Delitos electorales: En búsqueda de una nueva perspectiva penal electoral. Bogotá: Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales (CEDAE), 2017, pp. 61 – 63.

²⁸⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1864 (17 de agosto de 2017). Mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2017. nro. 50328.

²⁸⁵ GARCÍA DE BARRAGÁN, Lyana Victoria. *Op. cit.*, p. 63.

²⁸⁶ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. Delitos contra el sufragio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1989, p. 12.

“libertad” del mismo²⁸⁷. Ahora bien, desarrollando estos dos intereses, señalaba este autor que son “varios los momentos del proceso electoral por tutelar, principalmente la votación y el escrutinio, para los cuales se debe garantizar la libertad y la verdad del sufragio. Es evidente la libertad; empero, aunque la constitución se refiera a la verdad del sufragio, esta expresión debe entenderse como la verdad apuntada a la pureza del mismo, pues es ésta la que conduce a la verdad del proceso y no simplemente la verdad que como categoría filosófica puede tener otras connotaciones”²⁸⁸. Así concluía que el “Punto de partida son entonces la condición de ciudadano, su libertad ideológica y el proceso de elección; fundamento de la dinámica democrática”²⁸⁹, toda vez que dicho sufragio se vería afectado cuando se vulnerara la libertad de quienes lo ejercen o los resultados que de él se desprenden.

Teniendo en cuenta lo anterior, el título bajo el cual se encuentran actualmente la mayoría de las conductas que estaban en el anterior título VIII cambió su denominación por la de “Delitos contra los mecanismos de participación democrática”. No obstante, en la doctrina se sigue haciendo referencia al concepto de sufragio. Así, PABÓN considera que lo que buscan proteger estos delitos es el ejercicio del sufragio, entendido como una función electoral por parte del Estado y como un derecho-deber por parte del ciudadano²⁹⁰. Por su parte, SUÁREZ/MERCADO, en términos similares sostienen que resulta objeto de protección la participación ciudadana, siempre y cuando esta sea una manifestación de “la relación política ciudadano-Estado, especialmente en lo que se refiere a la conformación política del Estado”²⁹¹. A su vez, GALEANO/GARZÓN determinan que el interés protegido es tanto el ejercicio del derecho al voto como “la legalidad y autenticidad del procedimiento electoral, el secreto del voto y en fin la transparencia de todo proceso electoral”²⁹².

Se puede observar entonces que, si bien se habla del derecho de sufragio, del ejercicio de este, del derecho al voto o de la participación en la conformación política del Estado, lo que se busca amparar en últimas a través de las disposiciones de este título es la facultad de los ciudadanos de manifestar su voluntad en relación con ciertos temas estructurales para la configuración del Estado, como lo son sus representantes o ciertas decisiones políticas, a través de los mecanismos o canales establecidos para tales fines, bajo el entendido que para garantizar dicho derecho es necesario también la protección de ciertos aspectos organizativos y operacionales.

En efecto, resulta importante señalar como “los mecanismos de participación protegidos penalmente, casi en su totalidad, incluyen el ejercicio y el cumplimiento del derecho-deber al sufragio y solo en esa medida se les concede la tutela punitiva”²⁹³, lo que no excluye que se protejan

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 21.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 20.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 903.

²⁹¹ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. Delitos contra los mecanismos de participación democrática. En: ARDILA BARRETO, Hernando *et al.* Lecciones de Derecho penal: Parte Especial. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 432.

²⁹² GALEANO REY, Juan Pablo y GARZÓN, ALARCÓN, Álvaro. *Op. cit.*, p. 618.

²⁹³ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 921.

también otros “aspectos esenciales (...) como su eficacia y organización”²⁹⁴, bajo el entendido de que estos últimos son necesarios para materializar los efectos de aquel.

En cuanto a su contenido propiamente, la participación política o ejercicio del derecho al sufragio se desprende del primer inciso del artículo 103 de la Constitución, en el cual se consagran expresamente los mecanismos a través de los cuales los ciudadanos pueden participar en la política del Estado²⁹⁵ y los cuales son desarrollados por la Ley 134 de 1994, la denominada “Ley estatutaria de los mecanismos de participación del pueblo”. Así las cosas, el derecho de sufragio, estrechamente relacionado con el concepto de soberanía popular, confiere al ciudadano la facultad de intervenir y decidir respecto de algunos de sus representantes y de las políticas que sean puestas a su consideración²⁹⁶, lo que se concretiza en la posibilidad de manifestar su voluntad a través del voto, del plebiscito, del referendo, de la consulta popular, del cabildo abierto, de la iniciativa legislativa y de la revocatoria del mandato²⁹⁷.

3.2.2 Formas de afectación del derecho al voto y el fenómeno de las noticias falsas

Ahora bien, partiendo de la base de que lo que se ampara por parte de estos delitos es el derecho a la manifestación de la voluntad de los ciudadanos en determinados asuntos y a través de determinados canales, sea entendida dicha manifestación como derecho de sufragio, participación u otros términos similares, resulta importante entender cuáles son sus características y cómo se materializa, para así determinar cuando este está siendo vulnerado.

Como se mencionó al inicio el presente apartado, IBAÑEZ resaltaba como característica principal del sufragio que este debía ser libre, si bien no desarrolla su contenido por considerarlo evidente²⁹⁸. Ahora bien, PABÓN quien encuentra además que este tiene otra serie de características²⁹⁹, se refiere a la “libertad” del mismo como la cualidad de que “cada ciudadano sufraga por el candidato, lista de candidatos u opción participativa que libérrimamente prefiera (...) y en virtud de ello no sólo existe la posibilidad de elegir entre las opciones que se presentan al electorado, sino que el ciudadano pueda votar en blanco, o sencillamente – en su concepción absoluta – no votar”³⁰⁰, todo lo anterior libre de presiones indebidas³⁰¹. Igualmente, GALEANO/GARZÓN sostienen que con “la tipificación de conductas delictivas se trata de garantizar el pacífico y libre ejercicio del derecho al voto (...)”³⁰².

Es entonces en relación con dicha libertad de ejercicio del derecho de sufragio como una de las manifestaciones del objeto de protección de los delitos bajo análisis, que autores como IBAÑEZ y

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 922.

²⁹⁵ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 434.

²⁹⁶ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Op. cit.*, pp. 907 – 909.

²⁹⁷ Art. 103 de la Constitución

²⁹⁸ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 20.

²⁹⁹ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Op. cit.*, pp. 915 – 920.

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 918.

³⁰¹ *Ibíd.*, p. 919.

³⁰² GALEANO REY, Juan Pablo y GARZÓN, ALARCÓN, Álvaro. *Op. cit.*, p. 61.

PABÓN destacan que esta comprende también una faceta ideológica, de modo que puede ser afectada a través de presiones ilegítimas³⁰³.

Ahora, en cuanto al ejercicio concreto del sufragio, si bien este se realiza o materializa en el contexto de lo que se ha denominado la “votación pública”³⁰⁴, su ejercicio está estrechamente relacionado con distintos escenarios que se presentan tanto antes como después de dicho momento. Así, la votación pública es solo una de las seis etapas en las cuales se podría subdividir el proceso electoral, a saber, la etapa preparatoria, las convenciones partidistas, la campaña electoral, la votación, el escrutinio y la proclamación de elegidos³⁰⁵. Cada una de estas se protege en distinta medida por los tipos consagrados en el título en estudio.

Teniendo en cuenta estas breves consideraciones, para efectos de analizar la relevancia del fenómeno de la difusión de noticias falsas en el contexto electoral, se deberán entonces seleccionar aquellos delitos que son anteriores o concomitantes a la votación pública, pues es hasta este momento que se puede manipular la voluntad del elector a través de engaños y, por ende, afectar su libertad ideológica. Después de la votación, las afectaciones atañerían la denominada “pureza” del mismo, en el sentido de la veracidad de los resultados.

Sin embargo, no todas las conductas punibles que se pueden configurar en etapas previas merecen atención, pues muchas de ellas están dirigidas a garantizar requisitos formales del certamen, como lo son la inscripción de cédulas o los topes de financiación de las campañas. Así, tres delitos saltan a la vista en el contexto de la propagación de noticias falsas y en relación con la manipulación que estas buscan frente a los electores, pues los tres hacen referencia a maniobras fraudulentas, maniobras engañosas o presiones, las cuales, como se observó en el estudio de los otros ordenamientos*, son conceptos que suelen relacionarse con la difusión de este tipo de contenidos: el delito de perturbación de certamen democrático (3.2.2.1), el de constreñimiento al sufragante (3.2.2.2) y el de fraude al sufragante (3.2.2.3). Respecto de ellos buscará establecerse si, además de ser aplicables en el escenario en cuestión, puede observarse que protejan un manejo adecuado de la información importante para la formación de la voluntad del elector.

3.2.2.1 Perturbación de certamen democrático

La primera disposición seleccionada dentro del título en cuestión se trata del delito de perturbación de certamen democrático, establecido en el artículo 386 del Código penal. En virtud del primer inciso de esta norma se penaliza la conducta de quien “por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto”, mientras que según lo dispuesto en el segundo inciso la pena será agravada cuando “la conducta se realice por medio de violencia”.

³⁰³ Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. Cit.*, p. 20; PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 919.

³⁰⁴ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 912.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 929.

* Ver *supra* 2.1.3.

Para efectos de analizar el alcance de este delito se procederá primero a estudiar las consideraciones de la doctrina en relación con sus características (3.2.2.1.1), seguidamente se pasará a presentar su desarrollo jurisprudencial (3.2.2.1.2) y, finalmente, se intentará examinar su posible aplicación en el escenario de la creación y difusión de noticias falsas dirigidas a manipular a los electores (3.2.2.1.3).

3.2.2.1.1 Consideraciones por parte de la doctrina

En relación con la conducta tipificada, SUÁREZ/MERCADO consideran que perturbar significa “obstaculizar, alterar o impedir, esto es, no permitir la votación”³⁰⁶ o el escrutinio³⁰⁷ del mecanismo de participación en cuestión, de forma que parecerían concluir que los verbos rectores forman una especie de pleonasma, que corresponde a la única acción de impedir la votación o el escrutinio. En el mismo sentido, la Fiscalía General de la Nación ha considerado en su instructivo interno con relación a estos delitos³⁰⁸ que los verbos deben entenderse en el sentido de que la conducta lo que busca es que de alguna forma “se impida el curso normal de la actividad”³⁰⁹.

De manera similar, aunque en sentido contrario, describen la conducta GALEANO/GARZÓN, quienes identifican dos verbos con resultados diferentes³¹⁰, que terminan reduciendo esta vez a la única acción de perturbar, pues señalan que impedir, además de imposibilitar, también implica “dificultar, obstaculizar, sabotear o desorganizar el ejercicio del acto democrático”³¹¹.

PABÓN, por su parte, sostiene que las dos conductas que conforman el tipo tienen contenidos diferentes, pues perturbar significa “trastornar o turbar transitoriamente el orden con que se debe realizar toda votación pública o escrutinio”³¹², mientras que impedir “es imposibilitar su normal desarrollo de manera definitiva”³¹³. Así, la primera conducta es de ejecución instantánea, mientras que la segunda es una conducta permanente³¹⁴.

Teniendo en cuenta las posiciones anteriores, parecen más precisas las consideraciones hechas por IBAÑEZ, quien en relación con el entonces artículo 248 del Código penal de 1980, de manera similar a este último autor consideraba que:

(...) impedir [es] imposibilitar la ejecución de un acto, en el caso a estudio, imposibilitar la ejecución de la votación o del escrutinio; imposibilitar el proceso en los términos señalados anteriormente y en la forma que la ley determina. Perturbar, trastornar el orden de las cosas, su quietud o sosiego, se perturba la votación o un escrutinio cuando, aún de manera transitoria se interrumpe; no se requiere que se suspenda definitivamente,

³⁰⁶ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 442.

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Instructivo. Por medio del cual se exponen los conceptos principales de los delitos contra los mecanismos de participación democrática a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 1864 de 2017 [en línea].

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 2.

³¹⁰ GALEANO REY, Juan Pablo y GARZÓN, ALARCÓN, Álvaro. *Op. cit.*, p. 621.

³¹¹ *Id.*

³¹² PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 942.

³¹³ *Id.*

³¹⁴ *Ibid.*, p. 941.

pues en su caso se estaría impidiendo, sino que se rompa con el orden o el desarrollo que normalmente llevaría de acuerdo con las prescripciones legales. En términos generales se pudiera decir, que el impedir implica perturbar, más no lo contrario (...) ³¹⁵

Con indiferencia de cuál de las interpretaciones del contenido de la conducta se tome, la acción desplegada puede realizarse por medio de maniobra engañosa, en el escenario del inciso primero, o de violencia, dónde se aplica la circunstancia de agravación de la pena prevista en el inciso segundo.

Respecto de la maniobra engañosa, los autores coinciden en términos generales en cuanto a su contenido. Así, SUÁREZ/MERCADO establecen que esta “implica maquinación, trampa para engañar”³¹⁶, PABÓN, por su parte, las define como “la maquinación que da apariencia a irrealidades, que oculta verdades o revela mentiras”³¹⁷ e IBAÑEZ, igualmente considera que “la maniobra engañosa es cualquier especie de engaño utilizado como medio para perturbar o impedir la votación pública o el escrutinio: noticias, orden de autoridad, etc.”³¹⁸.

Ahora bien, frente al concepto de “violencia”, IBAÑEZ se refiere expresamente a ella en el contexto de estos delitos y señala que esta puede ser tanto física como moral³¹⁹, entendida la última como aquella que “envuelve la amenaza de un mal futuro”³²⁰. Sin embargo, precisa que “[no] obstante, la violencia de que trata el artículo en estudio no es la realizada en relación con un elector determinado, pues en tal caso se aplicaría la descripción contenida en el art. 249 C.P., denominada constreñimiento al elector. De manera que la violencia ha de referirse a persona diversa al elector en sí mismo considerado, pues no se protege allí al elector sino a la situación del proceso electoral: votación pública y escrutinio.”³²¹.

Estas consideraciones permiten abordar otro punto importante del delito en estudio. Como precisa PABÓN, “la acción debe recaer alternativamente sobre tres fenómenos de naturaleza jurídica”³²², a saber, sobre la votación pública, el escrutinio de la misma o sobre la realización de un cabildo abierto³²³. La votación puede ser entendida como “el resultado de todo el montaje a cargo de la organización electoral, independientemente del mecanismo de participación que se trate (...)”³²⁴, en el cual la voluntad de los ciudadanos se expresa a través del acto de depositar el voto en una urna³²⁵. Mientras que el escrutinio corresponde, en un sentido amplio, al “procedimiento de

³¹⁵ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 33; en sentido similar PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal: Partes general y especial. Bogotá: Temis, 1986, vol. IV, pp. 263 – 264, párr. 1904.

³¹⁶ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 442.

³¹⁷ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 942.

³¹⁸ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 32; en sentido similar PÉREZ, Luis Carlos. *Op. cit.*, vol. IV, p. 263, párr. 1903.

³¹⁹ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 31.

³²⁰ *Id.*

³²¹ *Id.*; en sentido similar: PÉREZ, Luis Carlos. *Op. cit.*, vol. IV, p. 263, párr. 1903.

³²² PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 942.

³²³ *Id.*

³²⁴ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 440.

³²⁵ *Ibid.*, pp. 440 – 441; en el mismo sentido PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, pp. 933 – 934.

contabilización de votos (...) que conduce a la determinación y conocimiento de los resultados finales de una votación”³²⁶.

De este modo, la conducta en cuestión podría ser realizada únicamente cuanto recayera sobre las circunstancias mismas de los tres escenarios descritos en la disposición, a saber, la votación pública, del escrutinio o del cabildo abierto, es decir, en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo o lugar que condicionan el normal desarrollo de dichas etapas o escenarios³²⁷. Así, como observa PABÓN, si bien el derecho de sufragio comprende una serie de presupuestos para su correcto ejercicio por parte del individuo, estos no entran en el ámbito de protección del delito de perturbación de certamen democrático³²⁸. En otras palabras, la violencia en cualquiera de sus dimensiones debe recaer, por ejemplo, sobre las instalaciones donde se desarrolla la votación o el escrutinio o sobre sus vías de acceso y no está dirigida aisladamente a los ciudadanos como eventuales electores, sino en su rol de participantes activos del certamen en curso. Igualmente, las maniobras engañosas deben darse en relación con las mismas circunstancias, como cuando se alteren los carteles que informan a los ciudadanos de la mesa en la cual deben votar generando así confusiones³²⁹ o cuando se desoriente a los electores en relación con “los números del tarjetón o la forma de su utilización”³³⁰.

3.2.2.1.2 Desarrollo jurisprudencial

Ahora bien, frente al desarrollo jurisprudencial de este delito, resulta interesante considerar en primer lugar la decisión del 26 de noviembre de 2014 de la Sala de Casación Penal³³¹. En esta decisión, la Corte decidió no admitir los recursos de alzada de varios condenados por el delito bajo examen, para lo cual se refirió someramente a su alcance.

Los hechos objeto de la decisión se pueden resumir en los siguientes términos: en el contexto de las elecciones regionales celebradas en un municipio de Boyacá, tras leerse el primer boletín de resultados, se presentaron una serie de aglomeraciones y protestas frente al lugar donde se estaba llevando a cabo el escrutinio, las cuales desembocaron en ataques contra las instalaciones del lugar. Lo anterior tuvo como consecuencia el rompimiento de las ventanas, la destrucción de distintos bienes muebles, un incendio y, en particular, la destrucción equipos dispuestos para la transmisión de datos a la Registraduría y material de las elecciones, lo que llevó a que los funcionarios a cargo de dicha operación debieran trasladarse a la ciudad de Tunja, donde finalmente lograron terminar con el conteo de los votos³³². Por la situación expuesta, varios ciudadanos que participaron en los disturbios fueron condenados por el delito de perturbación de certamen democrático, decisión

³²⁶ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 937.

³²⁷ Cfr. SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 442.

³²⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Delitos electorales. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2002, p. 184.

³²⁹ MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL (MOE). Irregularidades y delitos electorales. Bogotá: Arte litográfico, 2014, p. 7.

³³⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Delitos electorales. *Op. cit.*, p. 181.

³³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP7178-2014. Radicado nro. 42104. (26 de noviembre de 2014). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

³³² *Ibid.*, pp. 2 – 4.

frente a la cual interpusieron demanda de casación y en la que se pronunciaron respecto del contenido y de la interpretación del delito en los siguientes términos:

Los hechos probados no se adecuaron correctamente con la hipótesis normativa, por cuanto en el asunto no se presentó la alteración del certamen electoral ni de los escrutinios, al haber llegado las elecciones a feliz término. (...) El delito de perturbación a certamen electoral, de acuerdo con las reglas de la experiencia se configura en los siguientes eventos: (i) desfiguran o alteran las listas (formularios E10/ derroteros) con el objeto de que los ciudadanos no conozcan el sitio de votación, (ii) se desorienta al elector sobre los números de la tarjeta o la forma de su utilización, (iii) emiten falsas indicaciones de la forma como se va a desarrollar el escrutinio, (iv) engaña al ciudadano con fechas y sitios diferentes relacionados con el desarrollo de la jornada, (v) se divulga por medios de comunicación que las elecciones fueron suspendidas, (vi) no se permite la votación de ciudadanos habilitados y (vii) alteran o destruyen los formatos E14.³³³

Con ocasión de esta exposición, la Corte en sus consideraciones se refirió a los elementos del delito en cuestión y precisó que aunque los supuestos descritos pueden configurarlos³³⁴, “no son los únicos que pueden constituir el mismo”³³⁵, de modo que los eventos descritos corresponden solo a algunos de los posibles escenarios del delito. Además, señaló que este se trata de un delito de mera conducta, toda vez que “no requiere de un resultado como parece entenderlo el proponente, basta con que se desplieguen maniobras engañosas o que a través de la violencia se trastorne el normal desarrollo de los comicios electorales”³³⁶.

En cuanto a la modalidad engañosa resultan interesantes las consideraciones de la decisión del 18 de julio de 2018³³⁷, en la cual el alto tribunal profirió auto inhibitorio en el proceso de un representante a la Cámara frente al cual se había formulado denuncia por los delitos de perturbación del certamen democrático y de constreñimiento al sufragante. La situación fáctica que sustentaba la solicitud se refería a una entrevista que el representante había sostenido con un medio de comunicación radial y en relación con el plebiscito que se realizaría para refrendar los Acuerdos de Paz. En esta ocasión, los denunciantes argumentaban que las declaraciones realizadas no correspondían con el contenido de estos últimos y de ese modo tenían el “ánimo presuntamente de perturbar el plebiscito a celebrarse el 2 de octubre de 2016”³³⁸.

A raíz de esa solicitud, la Corte se ocupó nuevamente de examinar los elementos del delito de perturbación de certamen democrático. Así, sostuvo esta vez de manera clara que la conducta tipificada comprende dos acciones diferentes, pues “el tipo penal sanciona el uso de maniobras engañosas tendientes a ‘perturbar’ o ‘impedir’ la votación pública propiamente dicha o su escrutinio”³³⁹.

³³³ *Ibíd.*, pp. 11 – 12.

³³⁴ *Ibíd.*, p. 36.

³³⁵ *Id.*

³³⁶ *Ibíd.*, p. 37.

³³⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP3010-2018. Radicado nro. 49113. (18 de julio de 2018). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

³³⁸ *Ibíd.*, p. 2.

³³⁹ *Ibíd.*, p. 6, nm. 3.3.

Igualmente, alrededor de la noción de “votación pública propiamente dicha”, el alto tribunal consideró que la “perturbación o el impedimento están relacionados de manera directa con el contexto democrático participativo, el cual no se extiende a manifestaciones o conceptos emitidos por los ciudadanos, que fue lo que sucedió en este evento”³⁴⁰. Así, a la hora de aplicar la modalidad engañosa del delito sostuvo que debe tenerse en cuenta el artículo 20 de la Constitución Política, que a su parecer “garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, (...), con independencia de que dichas apreciaciones no correspondan a la realidad”³⁴¹.

Esta última consideración llevó al alto tribunal a concluir que “salta a la vista la atipicidad de los hechos denunciados, pues se circunscriben, se reitera, a que el aforado emitió unas declaraciones que nunca impidieron o perturbaron el normal desarrollo del plebiscito celebrado el 2 de octubre de 2016, razón por la cual no puede aseverarse, como lo hacen los denunciantes, que dichas declaraciones perturbaron el mecanismo de participación ciudadana.”³⁴²

3.2.2.1.3 Aplicación del tipo en el escenario objeto de estudio

De lo expuesto anteriormente por la doctrina y la jurisprudencia se pueden extraer entonces que, en primer lugar, la posición mayoritaria, también respaldada por la jurisprudencia, considera que la descripción típica contiene dos acciones diferentes: por un lado, la de perturbar, la cual puede ser vista como la alteración de manera transitoria del desarrollo normal de las etapas del certamen democrático descritas en el tipo y, por el otro, la de impedir, la cual implicaría que de manera definitiva se imposibilite bien sea la votación pública o el escrutinio de la misma (además de la realización del cabildo abierto). Dichas conductas pueden ser realizadas a través de violencia o maniobra engañosa, siempre y cuando cualquiera de estas recaiga precisamente sobre esas etapas.

Respecto de la maniobra engañosa, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las noticias falsas son un claro ejemplo de esta, de modo que se podría pensar en la configuración de este delito en relación con su difusión siempre y cuando estas tengan la aptitud de perturbar lo que se ha denominado el “el normal desarrollo” de la votación pública y del escrutinio. Ahora bien, surgiría entonces la pregunta relativa a si la difusión de contenido falso en relación con aspectos centrales de la contienda electoral o de los candidatos de la misma podría considerarse como una perturbación de los escenarios protegidos, en cuanto a través de los mencionados contenidos se crearía un clima generalizado de falsas preocupaciones y de motivaciones basadas en problemáticas inexistentes.

La respuesta a la pregunta anterior no puede ser más que negativa: el ámbito de aplicación de la norma protege exclusivamente los escenarios a los que se hace referencia en cuanto estos son “presupuesto fundamental para la contienda democrática”³⁴³, de modo que el normal curso o desarrollo de ellos hace referencia exclusiva a los aspectos procedimentales de los mismos. Así, la aplicación de la modalidad engañosa del tipo penal resulta posible solo cuando se engañe a los

³⁴⁰ *Id.*

³⁴¹ *Id.*

³⁴² *Id.*

³⁴³ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 442.

ciudadanos, por ejemplo, sobre el número de los tarjetones o la forma de su utilización, la forma como se va a desarrollar el escrutinio, las fechas y los sitios de votación y demás aspectos relacionados con el desarrollo mismo de la jornada.

Bajo este entendido, noticias falsas que resultarían idóneas serían aquellas que hicieran referencia a la organización de la votación, en cuanto, por ejemplo, afirmaran la suspensión de la misma, o un falso procedimiento, o cualquier circunstancia que pudiera alterar el normal desarrollo de la votación en términos generales o confundir a los jurados en su labor de conteo de votos; también aquellas que se refirieran a circunstancias falsas que pudieran atemorizar a los ciudadanos y les impidieran asistir*.

Sin embargo, contenidos falsos sobre las implicaciones de la elección, entendidas estas como las consecuencias del resultado o como la situación actual que lleva a tomar la decisión, del objeto de la votación o, en general, cualquier noticia falsa que buscara engañar a los electores en relación con situaciones que generaran indignación y así determinar la votación en función de una ideología política, no resultarían abarcadas por la norma en cuestión, toda vez que estas no alterarían el normal desarrollo de la jornada o de su escrutinio, sino que eventualmente condicionarían el sentido del voto del ciudadano, lo que no es objeto de protección de la norma.

En todo caso, no se puede dejar pasar que aun cuando la descripción actual del delito y su interpretación doctrinal y jurisprudencial excluyen la posible aplicación en el escenario de estudio, del análisis efectuado de la modalidad engañosa se desprende que existe en todo caso un interés en proteger un mínimo de veracidad en la información relacionada con el procedimiento de etapas concretas del proceso electoral como presupuesto para que se pueda manifestar libremente la voluntad de los electores.

3.2.2.2 Constreñimiento al sufragante

El artículo 387 dispone que será punible la conducta de quien “amenace o presione por cualquier medio a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato o lista de candidatos, voto en blanco, o por los mismos medios le impida el libre ejercicio del derecho al sufragio”, además de la de quien “por los mismos medios pretenda obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria de mandato, apoyo o votación en determinado sentido”. El tipo bajo análisis tuvo una modificación sustancial a partir de la Ley 1864 de 2017, toda vez que en su redacción original disponía en su primera parte que se penalizaba a quien utilizara armas o amenazara, sin hacerse referencia al verbo presionar. Además, esta ley incluyó una circunstancia de agravación para los escenarios en que la “conducta sea realizada por servidor público, cuando haya subordinación o cuando se condicione el otorgamiento o acceso a beneficios otorgados con ocasión de programas sociales o de cualquier otro orden de naturaleza gubernamental”.

* Como se observó en el ordenamiento austríaco, las noticias falsas sobre estos aspectos suelen ser comunes y son de hecho una de las principales justificaciones para la tipificación del párrafo 264. Ver *supra* 2.3.2.

Del mismo modo que en relación con el delito de perturbación de certamen democrático, se procederá a mostrar las reflexiones que entorno a este han realizado la doctrina (3.2.2.2.1) y la jurisprudencia (3.2.2.2.2), con el objetivo de determinar si resulta aplicable en el escenario objeto de estudio (3.2.2.2.3).

3.2.2.2.1 Consideraciones por parte de la doctrina

En relación con el constreñimiento al elector, el artículo correspondiente del Código penal de 1980 penalizaba la conducta de quien mediante violencia o maniobra engañosa impidiera a un elector ejercer el derecho de sufragio. Así, IBAÑEZ consideraba que la diferencia esencial entre este delito y el de perturbación de certamen democrático se encontraba en que la conducta se realizaba “ahora sí con respecto a un *elector determinado*, pues la conducta se ofrece frente a un elector a quien no le permiten ejercer el denominado ‘derecho’ de sufragio”^{344*}.

Ahora bien, refiriéndose la redacción anterior a la Ley 1864 de 2017, PABÓN identificaba tres acciones diferentes que daban lugar autónomamente a la configuración del delito: por un lado, la de utilizar las armas y la de amenazar, las cuales podían entenderse perfeccionadas con la simple realización, y, por el otro, la acción de impedir, la cual implicaba un resultado del mismo modo que en el delito de perturbación de certamen democrático³⁴⁵.

Respecto del uso de armas señalaba este autor que “la expresión ha de comprenderse en un sentido amplio, puesto que no solo se debe tratar de la utilización efectiva o de la aplicación de tales objetos a sus fines esenciales, sino que basta con que se exhiban como medio idóneo de intimidación”³⁴⁶; frente a la acción de amenazar, sostenía que esta debía ser entendida como “presentar o comunicar la futura, eventual y probable realización de un mal para la persona a quien se dirige”³⁴⁷.

SUÁREZ/MERCADO, por su parte, consideran que la conducta consiste actualmente de manera general en amenazar o intimidar a través de violencia física, síquica o por cualquier otro medio³⁴⁸ a un ciudadano con el fin de “obtener votación en determinado sentido o impedir que el ciudadano ejerza su derecho”³⁴⁹. Así, se penaliza entonces la acción de “viciar la voluntad del elector por la fuerza, esto es, amenazar, asustar, intimidar, amedrentar al ciudadano con armas o sin ellas”³⁵⁰, toda vez que “el fin perseguido es inclinar la votación para manipular la voluntad del pueblo”³⁵¹. Lo anterior bajo el entendido que para la consumación del delito no es necesario que se obtenga el fin perseguido³⁵².

³⁴⁴ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 36.

* Como se puede observar, la redacción adoptada en el Código penal del 2000 no incluyó referencias a la maniobra engañosa dentro de la descripción de este delito.

³⁴⁵ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Op. cit.*, p. 943.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 944.

³⁴⁷ *Id.*

³⁴⁸ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 443.

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Ibid.*, p. 444.

³⁵² *Ibid.*, p. 443.

En el mismo sentido, GALEANO/GARZÓN, si bien reconocen que la conducta es compuesta y alternativa³⁵³, la reducen de igual forma a una única acción, a la de constreñir, la cual en relación con un sufragante explican como la acción de “forzarlo, utilizando violencia física o moral, con el fin de obtener el voto en un sentido determinado o de impedirle ejercer el derecho al voto. En otras palabras, es delito obligar al ciudadano a votar por un candidato o lista de candidatos, votar en blanco, o evitar que vote”³⁵⁴, resaltando sin embargo que es un delito de mera conducta³⁵⁵, toda vez que no se exige comprobar que el ciudadano efectivamente ejerció su derecho de sufragio en un determinado sentido – o no lo hizo en absoluto –.

Esta posición es compartida por la Fiscalía General de la Nación, la cual considera en su instructivo que la conducta punible actualmente abarca una mayor cantidad de posibilidades respecto de la redacción anterior y, en últimas, “se entenderá consumada con la mera ejecución de los actos constitutivos de las amenazas o de las presiones indebidas, ya que el tipo penal no prevé que se deba materializar ningún resultado. Basta la realización de una conducta idónea para intimidar al sujeto pasivo, motivada por la finalidad de impedir la libre formación y manifestación de la voluntad política”³⁵⁶.

Así las cosas, aspectos centrales de la conducta punible en cuestión son las nociones de amenazas y de presión. Sin embargo, la última institución referida ha sido la única que se ha pronunciado expresamente a ellas con ocasión de la nueva redacción del tipo y ha considerado que “se puede entender por amenaza aquella acción desplegada a través de un medio idóneo o con aptitud suficiente, mediante la cual se manifieste a una persona la intención de causarle un daño o un mal”³⁵⁷, mientras que en cuanto a la presión “debe entenderse como aquella fuerza o influencia indebida que se ejerza sobre una persona para condicionar su comportamiento, y por consiguiente no cobija las influencias propias y habituales de los debates proselitistas y de la propaganda electoral amparada por la legislación vigente”³⁵⁸.

3.2.2.2.2 Desarrollo jurisprudencial

Pasando a la jurisprudencia que se ha ocupado de este delito, varias decisiones resultan relevantes. La primera de ellas es la sentencia de la Sala de Casación Penal de fecha 16 de mayo de 2008³⁵⁹, en la cual se condenó a un entonces senador de la República por los delitos de concierto para delinquir y constreñimiento al sufragante en el contexto del denominado fenómeno de la parapolítica.

³⁵³ GALEANO REY, Juan Pablo y GARZÓN, ALARCÓN, Álvaro. *Op. cit.*, p. 622. Sin embargo, estos autores parecen no atender al cambio en los verbos rectores efectuado por la Ley 1864 de 2017, toda vez que se refieren a ellos como “utilizar, amenazar o impedir”.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 621.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 620.

³⁵⁶ COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Op. cit.*, p. 4.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 5.

³⁵⁸ *Id.*

³⁵⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 2008. Radicado nro. 26470. (16 de mayo de 2008).

En sus consideraciones, remitiéndose reiteradamente a la jurisprudencia constitucional relativa a los mecanismos de participación democrática, la Corte precisó que “puede decirse que el constreñimiento al sufragante como medio de tutela de los ‘mecanismos de participación democrática’, se dirige a preservar el sufragio como derecho de aplicación inmediata y como instrumento primordial para ‘configurar las instituciones estatales, formar la voluntad política, y mantener el sistema democrático, a través de decisiones legítimas y vinculantes que resultan necesarias para su sostenimiento.’ Por eso el voto es derecho-libertad, ‘de la misma manera que las libertades de culto, asociación, reunión, petición, elección de profesión u oficio.’”³⁶⁰

Frente a la realización del delito, encontró que se debía distinguir entre dos grupos de acciones diferentes y alternativas. Así, se encuentran por un lado las acciones de utilizar las armas y la de amenazar, las cuales tienen la característica de no prever un resultado, en cuanto “desde el punto de vista del tipo penal, esa acción disvaliosa no necesita manifestarse en el acto de votación, porque si así fuera quedarían por fuera de la cobertura de la figura que describe el comportamiento ilícito las amenazas previas a ese momento, pese a que teleológicamente estén dirigidas a perturbar la libertad de opción que se le reconoce a todo ciudadano”³⁶¹; y, por el otro, la acción de “impedir por los mismos medios el derecho al sufragio”, frente a la cual si es necesario la verificación de un resultado³⁶².

Posteriormente, en sentido muy similar, en sentencia del 18 de marzo de 2010³⁶³, la Corte señaló respecto del objeto de protección del delito que:

Esas expresiones que configuran el bien jurídico que se salvaguarda mediante el artículo 387 del Código Penal, explican la necesidad de proteger las instituciones estatales, que se legitiman por la libertad de opción política, de amenazas mediante las armas o por cualquier otro medio, encaminadas a obtener el apoyo ciudadano por determinado candidato o lista de candidatos, como lo prevé la norma con el fin de ‘garantizar que la decisión contenida en el voto sea una genuina expresión de la voluntad individual y no el producto del ejercicio de poderes sobre la persona’.³⁶⁴

Sentadas la base anterior, el alto tribunal se refirió al uso de las armas o de amenazas en sentencia del 25 de mayo de 2015³⁶⁵, en la cual resultó condenado otro senador por el delito en cuestión. En esta providencia se consideró que “para los efectos de la conducta examinada, el constreñimiento se puede traducir en violencia física o moral sobre el sufragante con el fin de manipular su voluntad y afectar su libre albedrío en un proceso electoral, a partir del miedo o temor que por esas vías se le infunde. El tipo penal se refiere específicamente a la utilización de las armas o la amenaza por cualquier medio a un ciudadano.”³⁶⁶ En concreto en cuanto a estas últimas estableció que

³⁶⁰ *Ibid.*, nm. 2.2.

³⁶¹ *Id.*

³⁶² *Ibid.*, nm. 3.

³⁶³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicado nro. 27032. (18 de marzo de 2010).

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 143 – 144.

³⁶⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP6348-2015. Radicado nro. 29581. (25 de mayo de 2015).

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 29.

“constituye violencia moral, aquel constreñimiento o coacción seria dirigida a la psiquis y determinada por la amenaza de un mal, que es empleada por el agente de la conducta a través de medios compulsivos puramente morales o espirituales, igualmente dirigidos a vencer la oposición de la víctima”³⁶⁷.

Ahora bien, resulta también importante este pronunciamiento, toda vez que en el la Corte precisó de manera explícita que la conducta puede recaer tanto sobre un ciudadano o grupo de ciudadanos determinados como sobre un sobre una población electoral³⁶⁸, situación que consideró más reprochable³⁶⁹.

Pasando por último a analizar hasta que punto declaraciones o afirmaciones relativas al contenido de una elección pueden ser relevantes para la configuración del delito, resultan interesantes las consideraciones hechas por la Corte en tres decisiones recientes. La primera de ellas es la decisión del 29 de agosto de 2016³⁷⁰. En esta ocasión la Corte se ocupó de la denuncia contra un senador de la República por el delito en cuestión, toda vez que en opinión del denunciante el aforado había realizado la conducta al afirmar en un evento político que había que elegir a un candidato de su corriente política o de lo contrario se cerrarían las “oportunidades de inversión en la ciudad”³⁷¹.

En esta ocasión, contrariamente a las decisiones anteriores, el alto tribunal sostuvo que el delito se configura cuando se usan las armas o se amenaza no solo para determinar el sentido del voto, sino también cuando por los mismos medios se tenga “como finalidad impedir el libre ejercicio del derecho al sufragio”³⁷². De este modo, la Corte parece establecer que la conducta de “impedir” tampoco exige necesariamente un resultado para su configuración.

Frente al interrogante de si las manifestaciones objeto de la denuncia podían ser constitutivas del delito, el alto tribunal concluyó que las labores de “proselitismo político” no pueden ser consideradas como una amenaza y gozan de protección por parte de la ley y de la Constitución³⁷³ en el entendido que:

El sentido natural del vocablo ‘amenaza’, denota la intención de intimidar a alguien con el anuncio de un mal grave, verbo que implica miedo o temor, sensaciones que se insertan en la conciencia del individuo que los comete a realizar algo. Las manifestaciones de (...) no tienen el alcance que el denunciante expone en su denuncia, y posterior ampliación, en cuanto no poseen esa fuerza persuasiva de intimidación y constreñimiento que lleven al elector (...) a votar por los candidatos apoyados por el grupo político al que pertenece, el cual ha realizado una alianza frente a ciertas políticas gubernamentales, y, de esa manera, cambiar su inicial voluntad. En otras palabras, esas declaraciones difundidas por los medios de comunicación

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ *Ibíd.*, p. 30.

³⁶⁹ *Ibíd.*, p. 30.

³⁷⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP5692-2016. Radicado nro. 45615. (29 de agosto de 2016). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³⁷¹ *Ibíd.*, p. 2, nm. 1.

³⁷² *Ibíd.*, p. 5.

³⁷³ *Ibíd.*, p. 14.

no tienen la fuerza de doblegar la voluntad de la audiencia oyente (...) y no llegan a constituir esa injusta coacción que obligue a una persona a realizar un acto contrario a su querer y consciencia.³⁷⁴

La segunda decisión que toca esta problemática es de fecha 18 de julio de 2018³⁷⁵, ya referida en relación con el delito de perturbación del certamen democrático*. Como se observó, la Corte descartó la configuración del este último delito y pasa así a examinar si las manifestaciones expuestas en la solicitud constituían el delito de constreñimiento. Así, considera que para hablar de una “amenaza por cualquier medio” a un ciudadano debe recurrirse necesariamente al uso de la violencia para doblegar la voluntad de elección del individuo³⁷⁶, concluyendo que las expresiones conceptuales quedan en la “esfera de la libertad que asiste a todo ciudadano”³⁷⁷, no siendo determinantes para la configuración del delito bajo estudio.

La última providencia sobre este aspecto es la decisión del 20 de marzo de 2019³⁷⁸. En esta ocasión, el alto tribunal se vio confrontado con una solicitud de investigación contra un aforado por la posible comisión del delito, toda vez que este participó, según el denunciante, en la ideación de la campaña presidencial de un partido político, en la cual se decidió abiertamente difundir afirmaciones falsas sobre la situación del país. Así, el solicitante manifestó que “para las elecciones de 2018-2022 los miembros del (...), entre los que se encuentra el senador (...), promovieron la campaña a la presidencia bajo el uso de publicidad engañosa y alusiva a la grave situación de Venezuela, indicando ‘que si no los elegían a ellos, Colombia se convertiría en otra Venezuela’; mintiéndole a los sufragantes y con esto ‘extorsionándolos’ con la constante y falsa premisa, generando en el electorado un estado de miedo para que no votaran por el otro candidato; incurriendo con ello en la descripción típica que sobre el delito de Constreñimiento al Sufragante realiza la norma penal en Colombia.”³⁷⁹

La Corte analizó a raíz de este planteamiento nuevamente el alcance del tipo penal, en una decisión que parecería confundir el delito de constreñimiento con el de fraude al sufragante, pues para referirse a lo que denomina la “caracterización” de la conducta punible, se remitió textualmente a las consideraciones de la decisión del 13 de julio de 2018³⁸⁰, la cual se analizará más adelante**. De este modo, parece admitir que el constreñimiento puede también configurarse a través de “tretas, artimañas o artificios orientados a afectar el albedrío de quien sufraga”, nociones que extrajo también de la decisión apenas mencionada³⁸¹.

³⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 11 – 12.

³⁷⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP3010-2018. *Op. cit.*

* *Ver supra* 3.2.2.1.2.

³⁷⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP3010-2018. *Op. cit.*, pp. 7 – 8, nm. 3.4.

³⁷⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP3010-2018. *Op. cit.*, pp. 7 – 8, nm. 3.4.

³⁷⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00058-2019. Radicado nro. 00031. (20 de marzo de 2019). M.P. César Augusto Reyes Medina.

³⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 7 – 8.

³⁸⁰ *Ibíd.*, p. 8.

** *Ver infra* 3.2.2.3.2.

³⁸¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00058-2019. *Op. cit.*, p. 8.

Con base en lo anterior la Corte concluyó que en el caso concreto no hay fundamentos razonables para iniciar una investigación con relación al delito de constreñimiento al sufragante, toda vez que, tras citare nuevamente una decisión relativa al delito de fraude al sufragante³⁸², precisó que:

La denuncia interpuesta por (...), se aprecia como un relato con diseño subjetivo, reflejo de la percepción personal que sobre el proceso electoral tiene el mismo, sin que en él se advierta ninguna clase de soporte o elemento persuasivo que permita concluir en la necesidad de adelantar una investigación penal, puesto que, con ello lo único que se haría es utilizar la justicia como escenario de confrontación ideológica; sin que de manera alguna ese sea el sentido ni el objeto del proceso penal (...).³⁸³

3.2.2.2.3 Aplicación del tipo en el escenario objeto de estudio

De la exposición anterior puede establecerse que, a diferencia del delito de perturbación de certamen democrático, el delito de constreñimiento al sufragante no se limita en su descripción típica a una fase específica del proceso electoral. De este modo su ámbito de protección puede extenderse a etapas anteriores a aquella de la manifestación de la voluntad de los electores (votación pública), protegiéndose así también la libertad en la formación de dicha voluntad, en cuanto las conductas reprochadas deben asimismo recaer sobre ellos y no sobre otros fenómenos jurídicos.

Ahora, pese a la descripción confusa del tipo, se desprenden de él tres acciones alternativas que pueden configurar el delito, las cuales corresponden, por un lado, a “amenazar” o a “presionar por cualquier medio”, ambas con el fin de obtener apoyo o votación por determinado candidato lista de candidatos o voto en blanco y, por el otro, a “impedir” a través de amenazas o cualquier tipo de presión el libre ejercicio del derecho al sufragio.

La conducta de amenazar entendida también en este delito como la intimidación a través del anuncio de un mal grave, corresponde en sentido amplio a la denominada “violencia psicológica” y está orientada a generar que el ciudadano vote en un determinado sentido, sin importar que la realización de la conducta no requiera que dicha determinación efectivamente se refleje en la votación. De este modo, sin necesidad de entrar en un examen exhaustivo se puede descartar que las noticias falsas puedan considerarse como amenazas, toda vez que estas no son un medio idóneo para doblegar la voluntad del elector*.

Por su parte, la conducta de impedir puede ser entendida en los mismos términos que en el contexto del delito de perturbación de certamen democrático, como la acción de imposibilitar de manera definitiva. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en este último delito, en el cual se impide “la votación o el escrutinio”, en el constreñimiento se hace referencia a que el derecho al sufragio no pueda ser ejercido libremente. Como se mencionó en la introducción a la presente sección**, dentro de las características del sufragio está aquella que hace referencia a que este es libre. Así las

³⁸² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP2961-2018. Radicado nro. 49040. (13 de julio de 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

³⁸³ *Ibíd.*, p. 10.

* Cfr. ROSTALSKI *supra* 2.1.3.

** Ver *supra* 3.2.2.

cosas, siempre que no se pueda ejercer el derecho al voto libremente como consecuencia de las amenazas o presiones se estará en este escenario. Esto implicaría entonces que siempre que el ciudadano – a causa de amenazas o presión – termine votando por una opción o candidato que no quería, no votando aunque quería hacerlo o votando sin haberlo querido, se configuraría el delito, pues en las tres situaciones se vulnera la libertad del sufragio.

Sin embargo, como se observó, el primer escenario configura el delito independientemente de que se obtenga el resultado, de modo que la acción de impedir el libre ejercicio del derecho al sufragio incluiría solo las situaciones en que no se permitiera en absoluto votar o se obligara a hacerlo contra la voluntad. Ahora bien, en todo caso, en relación con la aplicabilidad de este supuesto frente a la difusión de noticias falsas, toda vez que la acción en cuestión debe realizarse igualmente a través de amenazas, caben las consideraciones hechas unos párrafos arriba relativas a la falta de idoneidad de estas para doblegar la voluntad. Así, frente a la situación objeto de estudio, solo quedaría la posibilidad de recurrir al supuesto en que se impida el libre ejercicio del derecho al voto a través de “presión por cualquier medio”.

Pues bien, la redacción de la norma introducida por la Ley 1864 de 2017, con la inclusión del verbo “presionar” y de la circunstancia “por cualquier medio” abre la puerta a discutir nuevamente el alcance del delito en cuestión. En efecto, esta acción, la cual vino a sustituir la anterior redacción que hacía referencia a “utilizar las armas”, no tiene desarrollo por parte de la doctrina ni por parte de la jurisprudencia nacional. Además, el verbo “presionar” no se encuentra como verbo rector en ninguna otra disposición del Código penal.

Para determinar su contenido podría recurrirse a su sentido literal, atendiendo que el Diccionario de la Real Academia define el verbo presionar como “Ejercer presión sobre alguien o algo”³⁸⁴ y el sustantivo presión como “Fuerza moral o influencia ejercida sobre una persona para condicionar su comportamiento”³⁸⁵. De este modo se llegaría a concluir que cualquier tipo de influencia sobre alguien sería suficiente para configurar la conducta, lo cual se vería reforzado por el hecho de que dicha presión se puede ejercer “por cualquier medio”, como explícitamente lo señala la disposición. No obstante, esta interpretación del verbo presionar es demasiado amplia.

Para restringir el contenido de esta expresión, podría sostenerse que de la última decisión analizada por la Corte³⁸⁶ parece desprenderse que el constreñimiento al sufragante abarca escenarios del delito de fraude al sufragante, de modo que dicha presión incluiría más bien los eventos en los cuales se recorra a “tretas, artimañas o artificios orientados a afectar el albedrío de quien sufraga”³⁸⁷, siendo entonces la única diferencia posible entre estos dos delitos que aquel es de mera conducta mientras que este es de resultado.

³⁸⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [sitio web]. Diccionario de la lengua española.

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00058-2019. *Op. cit.* Ver *supra* 3.2.3.2.

³⁸⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00058-2019. *Op. cit.*, p. 8.

Sin embargo, el hecho de que en la misma decisión el alto tribunal suponga que la conducta “se actualiza cuando el agente obtiene, a través de una maniobra engañosa, que un ciudadano o extranjero habilitado para sufragar vote (...)”³⁸⁸, demuestra que estas consideraciones obedecen quizás más a un error en el análisis del tipo, toda vez que no existe confusión respecto a que el delito de constreñimiento a través de amenazas o presiones (antes utilización de armas) es de mera conducta.

En todo caso, frente a una interpretación en ese sentido pueden resultar interesantes las siguientes consideraciones. Como se observó en el capítulo 2, en relación con el delito de coerción electoral en el ordenamiento italiano*, se tiene que en la descripción típica de dicha conducta se hace referencia a dos modalidades, una relativa al uso de la violencia o de las amenazas y otra ejercida por medio de presión a través de “noticias que el autor sabe que son falsas, (ii) artificios o engaños o (iii) cualquier otro acto ilícito que tenga la aptitud para disminuir la libertad del elector”³⁸⁹. Esta última modalidad ha sido denominada por la doctrina como constreñimiento a través de “presión fraudulenta”³⁹⁰.

De las consideraciones presentadas respecto de esta modalidad por MAZZANTI**, se podría derivar que dentro del “ejercicio de presión” sobre el elector podrían incluirse las “declaraciones que no corresponden a la verdad en un sentido objetivo, lo que es notorio para el autor del delito, y las cuales son usadas como medio de sugestión, de influencia, de presión para influenciar el ánimo del elector e inducirlo, o mejor, constreñirlo”³⁹¹. Así, de adoptarse esta posición, el verbo presionar incluiría en términos generales cualquier tipo de influencia fraudulenta que estuviera orientada a manipular al elector para votar en un determinado sentido. Así, sería concebible entender las noticias falsas como un mecanismo de presión que viciaría la voluntad del elector y podría determinar su votación en determinado sentido o impedirle su libre ejercicio.

Un resultado distinto se obtiene si se parte de las consideraciones de PABÓN, quien si bien sostiene que la libertad del sufragio puede verse vulnerada a través presión, en cuanto considera que la afectación de dicha libertad “no se puede plasmar tan solo en el ejercicio de la violencia o por medio de la fuerza bruta; tampoco se detiene en el intimidar, obstaculizar o impedir, sino que pasa por la amenaza y a veces llega a la presión económica que puede asumir enormes límites de contraprestación, promesa o explotación de necesidades, en ocasiones elementales, del elector”³⁹², precisa que presión y propaganda electoral son nociones diferentes, en cuanto:

(...) en el análisis dogmático de las figuras que envuelven atentado contra la libertad del sufragio y por ende, protegen esta específica forma del bien jurídico, distinguiremos, verbigracia, la presión como mecanismo que coacta la libertad, de la propaganda política y de la labor de convencimiento del electorado perfectamente legítimas – por tanto impunes – y cada vez más refinadas, que no por ello pueden alcanzar altos ámbitos de

³⁸⁸ *Id.*

* Ver *supra* 2.2.2.

³⁸⁹ NUNZIATA, Massimo. *Diritto penale elettorale. Op. cit.*, p. 35.

³⁹⁰ *Id.*

** Ver *supra* 2.2.2.

³⁹¹ MAZZANTI, Manlio. *I reati elettorali. Op. cit.*, pp. 78 – 80.

³⁹² PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Manual de Derecho penal. Op. cit.*, p. 919.

interceptación o neutralización de la voluntad ciudadana, reservados a otros factores de control – en los órdenes administrativo y disciplinario –.³⁹³

Así, de adoptarse esta última postura, la presión implicaría también un alto grado de influencia, o mejor, de intimidación, término usado recurrentemente por la doctrina en el examen efectuado en relación con este delito, el cual sería difícil de imaginar que las noticias falsas alcanzarían.

Refuerza esta última posición, el estudio de la circunstancia introducida por la Ley 1864. Según esta, se agravará la pena cuando la “conducta sea realizada por servidor público, cuando haya subordinación o cuando se condicione el otorgamiento o acceso a beneficios otorgados con ocasión de programas sociales o de cualquier otro orden de naturaleza gubernamental”. En efecto, los ejemplos incluidos en esta circunstancia de agravación parecerían poder definirse dentro de lo que en el tipo penal de constreñimiento al elector del Código penal alemán se describe como *presión económica* [*wirtschaftlicher Druck*]. Frente a esta noción se ha considerado que “implica por un lado amenazas con un mal que no haya sido determinado y por el otro el provocar perjuicios económicos”³⁹⁴, bajo el entendido de que “el adjetivo económico no es sinónimo de ‘financiero’, sino describe procesos de la vida económica, laboral o empresarial”³⁹⁵.

Relacionando entonces la circunstancia de agravación con este concepto, la expresión “presionar por cualquier medio” sería una forma de amenaza que implica un mal que va más allá de los típicos casos de intimidación a través de violencia física o moral y en la cual caben situaciones más sofisticadas de aprovechamiento de situaciones de especial dependencia. De este modo, la circunstancia de agravación se referiría exclusivamente a tres de esos posibles escenarios, en los cuales el legislador considera que el desvalor de la acción es mayor. Así, la difusión de noticias falsas no quedaría abarcada tampoco dentro de la “presión por cualquier medio”, toda vez que dicha presión sería equiparable en intensidad a las amenazas, solo que referida a circunstancias que tradicionalmente no se consideran como constitutivas de ellas.

Frente al dilema de cuál de las dos interpretaciones adoptar entonces, las consideraciones relativas al agravante y al posible error en la aplicación de la jurisprudencia por parte de la Corte Suprema parecen indicar que sería más acertado concluir que a través del delito de constreñimiento al sufragante solo se protege la característica de la libertad de los electores en relación con cualquier tipo de presión que pueda alcanzar el grado de una amenaza y por ende suplantar la voluntad del elector, no siendo aplicable en escenarios de propagación de noticias falsas que buscan manipular la toma de la decisión por parte de los ciudadanos, las cuales afectan la denominada libertad ideológica.

Bajo este entendido, el constreñimiento al sufragante no contendría un reproche de la difusión inadecuada de información, sino que se limitaría a la protección de la libertad del ciudadano frente a expresiones univocas de violencia. Si el legislador hubiera querido proteger la “carga veracidad” en este contexto, habría resultado más preciso a la hora de reformar el tipo proceder en el sentido

³⁹³ *Id.*

³⁹⁴ HÄRTL, Dominik. *Wahlstraftaten. Op. cit.*, p. 109

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 111.

explicado por ROSTALSKI³⁹⁶, quien sostiene que para su aplicación se podría incluir como alternativa a la “amenaza” y a la presión, el “engaño, a través de noticias falsas, relevantes para la decisión electoral”³⁹⁷.

3.2.2.3 Fraude al sufragante

El artículo 388 penaliza la conducta de quien “mediante maniobra engañosa obtenga que un ciudadano o un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política o lo haga en blanco” y de igual forma “por el mismo medio obtenga en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria de mandato votación en determinado sentido”. En relación con este tipo, la Ley 1864 de 2017 también introduce dos circunstancias de agravación, a saber “cuando la conducta sea realizada por un servidor público” y “cuando la conducta este mediada por amenazas de pérdidas de servicios públicos estatales o beneficios otorgados con ocasión de la ejecución de programas sociales o culturales o de cualquier otro orden, de naturaleza estatal o gubernamental”.

Así las cosas, continuando con la metodología utilizada para el examen de las anteriores disposiciones, respecto del delito de fraude al sufragante también se estudiarán las precisiones que la doctrina ha realizado en cuanto a su contenido (3.2.2.3.1) y su correspondiente desarrollo jurisprudencial (3.2.2.3.2) para establecer así si se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los escenarios de difusión de noticias falsas que buscan manipular a los electores (3.2.2.3.3).

3.2.2.3.1 Consideraciones por parte de la doctrina

SUÁREZ/MERCADO señalan que la conducta descrita en el artículo 388 consiste en obtener los fines descritos por la norma, siempre y cuando el resultado sea producto de un engaño³⁹⁸. Así, “para su consumación se requiere que efectivamente el ciudadano vote en determinado sentido habiendo sido objeto de maniobras engañosas orientadas a inducirlo a error”³⁹⁹. En sentido esta vez similar, PABÓN considera que la conducta en cuestión se realiza cuando se logra que un ciudadano o extranjero habilitado por la ley sufrague “efectivamente pero con voluntad viciada por determinado candidato, partido, corriente política o en blanco”⁴⁰⁰, tratándose de un delito de resultado⁴⁰¹ en cuanto “la conducta queda perfeccionada cuando el elector deposita su voto en la urna, en directa relación causal con la conducta del agente”⁴⁰².

Igualmente, la Fiscalía General de la Nación ha señalado que “para que se entienda consumada la conducta delictiva es necesario que la maniobra engañosa, desplegada por el sujeto activo, efectivamente induzca en error al elector y este, como consecuencia del engaño, vote en un

³⁹⁶ ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 444; Ver *supra* 2.1.3.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 444.

³⁹⁸ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 444.

³⁹⁹ *Id.*

⁴⁰⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 947.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 946.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 948.

determinado sentido”⁴⁰³. Así las cosas, siendo un delito de resultado, no parece problemático aceptar que la tentativa puede configurarse cuando se verifique la “idoneidad y la univocidad de los actos ejecutivos”⁴⁰⁴.

Pasando a la maniobra engañosa, SUÁREZ/MERCADO consideran que esta “implica maquinación, trampa para engañar, esto es, embaucar, enredar a la persona, inducir en error, viciar la voluntad del elector por medio de error”⁴⁰⁵, pero con la condición de que estas sean anteriores a la manifestación del ciudadano, la cual se expresa en el voto⁴⁰⁶. Del mismo modo, se señala en la directiva referida que “puede entenderse cualquier actividad o artificio, astucia o maquinación, empleada por el sujeto activo para obtener el propósito ilícito, esto es obtener el voto del elector”⁴⁰⁷.

PABÓN, por su parte, sin considerar necesario referirse nuevamente al contenido de dicha noción de manera particular, precisa solo que “se excluyen maniobras permitidas o toleradas, como la propaganda electoral, el convencimiento, el pregón, que procuran obtener el respaldo electoral”⁴⁰⁸, lo que puede complementarse con la exposición de IBAÑEZ, quien considera que “desde luego que si se tratare de un medio engañoso para obtener voto por una determinada opción electoral, y el elector estaba por ella, el delito no se configura por ausencia de verbo rector y objeto jurídico, ya que ni el medio de comisión se presentó, ni se cambió la decisión libre del elector; libre fue pues su determinación”⁴⁰⁹.

Igualmente, puede establecerse que del mismo modo que en el delito de constreñimiento la conducta descrita en el delito de fraude al sufragante puede recaer sobre un elector determinado, un grupo de electores o incluso sobre una población electoral, lo que además de su carácter de resultado, también lo diferencia del delito de perturbación del certamen democrático en lo relativo a su modalidad engañosa⁴¹⁰.

3.2.2.3.2 Desarrollo jurisprudencial

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos recientes, ha hecho algunas consideraciones relevantes en relación con este delito. La primera providencia al respecto es la decisión del 13 de julio de 2018⁴¹¹, la cual se profirió precisamente en el contexto del denominado plebiscito por la paz y con ocasión de la campaña mediática que se desarrolló a su alrededor.

⁴⁰³ COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Op. cit.*, p. 6.

⁴⁰⁴ *Id.*

⁴⁰⁵ SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. *Op. cit.*, p. 444.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 445.

⁴⁰⁷ COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁰⁸ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 947.

⁴⁰⁹ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 39.

⁴¹⁰ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 947; en igual sentido IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. *Op. cit.*, p. 36

⁴¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP2961-2018. Radicado nro. 49040. (13 de julio de 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

En opinión del denunciante, el director de la campaña de una de las opciones sometidas al voto de la ciudadanía aceptó abiertamente que “el mensaje central de la campaña que adelantó fue ‘la indignación’, por cuanto ‘(estaban) buscando que la gente saliera a votar verraca’. Así mismo [sic], [aceptó] que ‘tergiversaron mensajes para hacer campaña’”⁴¹², lo que configuraría el delito de fraude al sufragante, pues “las conductas denunciadas lesionaron ‘el bien jurídico de la participación democrática...en tanto la mentira, engaño y manipulación de sentimientos, se erigen en maniobras engañosas para obtener la votación en determinado sentido’”⁴¹³.

Frente a esta solicitud, la Corte aprovechó para precisar, por un lado, la naturaleza de resultado que tiene el delito en cuestión, toda vez que este “se actualiza cuando el agente obtiene, a través de una maniobra engañosa, que un ciudadano o extranjero habilitado para sufragar vote por una determinada opción electoral, cualquiera que sea ésta (...)”⁴¹⁴, y, por el otro, su carácter de ejecución instantánea “por cuanto se consuma en el momento mismo en que el ciudadano o extranjero vota, es decir, cuando materialmente deposita el tarjetón marcado en las urnas dispuestas por la autoridad registral”⁴¹⁵.

Sin embargo, es frente al contenido de maniobra engañosa que resulta interesante la posición de la Corte, pues si bien se refirió a ella como “tretas, artimañas o artificios orientados a afectar el albedrío de quien sufraga, de suerte que lo haga por una opción electoral distinta de la que autónomamente pretendía, es decir, (...) capaz de producir un vicio en la manifestación de voluntad materializada en el voto”⁴¹⁶, la ejemplificó en los siguientes términos:

Dicho de otra manera, las maniobras engañosas deben tener por resultado que el sujeto pasivo vote por una opción por la que no quiere votar, de modo que han de estar dirigidas a distorsionar la percepción del afectado respecto del acto material de sufragar, como sucede cuando, por ejemplo, se le defrauda para hacerle creer que su candidato se ha retirado de la contienda electoral y decide entonces votar por otro, o bien, cuando se le induce en error respecto del objeto de los comicios, verbigracia, generándole la convicción de que se vota “sí” o “no” a la aprobación de la extensión del período vacacional de los trabajadores - a lo que vota favorablemente -, cuando en realidad se estaba aprobando o rechazando una reforma tributaria, que hubiese votado negativamente.⁴¹⁷

No obstante lo anterior, a la hora de examinar si las mentiras o tergiversaciones realizadas en el marco de las campañas electorales pueden o no ser consideradas como maniobras engañosas el alto tribunal estableció de forma contradictoria con los ejemplos que:

(...) escapan al ámbito de la protección penal aquellos comportamientos que no están dirigidos a engañar al votante para que sufrague por una opción electoral diferente de la que autónoma y libremente elegiría en ejercicio de sus derechos políticos, sino que tienen por propósito convencer al votante de que elija una de las distintas alternativas por las cuales es convocado a las urnas, (...), así se reputen equivocados o desacertados, constituyen manifestación del libre ejercicio político y reflejan una determinada interpretación de los hechos

⁴¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP2961-2018. *Op. cit.*, p. 26, párr. 4.1.

⁴¹³ *Ibíd.*, p. 3.

⁴¹⁴ *Ibíd.*, p. 23, párr. 3.2.

⁴¹⁵ *Id.*

⁴¹⁶ *Ibíd.*, p. 24.

⁴¹⁷ *Id.*

y la realidad, guiada por posturas ideológicas, las cuales se mueven en el libre intercambio de las ideas y son pilar esencial del debate democrático.⁴¹⁸

Lo anterior en cuanto en su opinión una interpretación distinta, que entendiera como maniobra engañosa cualquier manifestación “imprecisa, desatinada o disparatada”⁴¹⁹ sería en últimas imposible de demostrar, pues “de una determinada lectura ideológica de los asuntos políticos siempre será posible afirmar, a través de visiones que reflejan una perspectiva distinta u opuesta de aquélla, su incorrección”⁴²⁰. Con base en lo anterior y en relación con la situación concreta, concluyó la Corte entonces que:

(...) la Corte advierte que las manifestaciones efectuadas por (...) en el marco de las campañas adelantadas para promover la votación en el plebiscito no constituyeron maniobras engañosas dirigidas a pervertir la libertad de quienes concurren a las urnas para depositar su voto en dicho certamen mediante la alteración de la percepción de la realidad material del acto de votar, sino que se circunscribieron a la presentación de una lectura subjetiva del objeto debatido (permeada, como es obvio y natural en la discusión democrática, por la visión del aforado respecto de los problemas políticos, económicos, sociales y jurídicos a mano), producidas con el cometido de convencer a la ciudadanía de acoger una de las dos posturas enfrentadas.⁴²¹

Posteriormente, en decisión del 8 de abril de 2019⁴²², la Corte vuelve a ocuparse de este delito a raíz de una denuncia contra un senador, pues en opinión del denunciante este había incurrido en los delitos de fraude y corrupción al sufragante. El sustento fáctico del primero de los delitos se encontraba en que el denunciado, durante su campaña, había prometido no promover políticas dirigidas a la legalización del matrimonio homosexual o del aborto y posteriormente a su elección participó en la redacción de la ley atinente a la unión civil para parejas homosexuales y realizó declaraciones tendientes a la despenalización del aborto⁴²³.

En esta ocasión la Corte desestimó la posibilidad de configuración del delito al considerar que las maniobras engañosas a las que hace referencia el delito deben ser previas o concomitantes al acto de sufragar⁴²⁴ y que en todo caso “no se subsume en la especie delictiva en análisis la conducta de quien, una vez elegido en el cargo de elección popular al que en momento anterior había aspirado, varía, enmienda o modifica sus posturas, o se retracta de propuestas, planes o proyectos expuestos en el desarrollo de la contienda electoral para captar el voto de la ciudadanía”⁴²⁵. No obstante, al referirse a sobre qué deben recaer las maniobras engañosas, estableció que:

En ese entendimiento y, según lo ha sostenido la Corte, la elección de la opción a cargo del elector debe ser resultado del despliegue de los artificios del agente, que entonces han de estar orientados a que el sujeto pasivo de la conducta, inducido en error, ‘vote por una opción por la que no quiere votar’, es decir, a alterar su percepción material de la realidad, de suerte que, afectado por un yerro en el objeto del sufragio, termine por

⁴¹⁸ *Ibíd.*, pp. 24 – 25.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, p. 25.

⁴²⁰ *Id.*

⁴²¹ *Ibíd.*, p. 36.

⁴²² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00067-2019. Radicado nro. 41048. (8 de abril de 2019). M.P. Marco Antonio Rueda Soto.

⁴²³ *Ibíd.*, pp. 1 – 2.

⁴²⁴ *Ibíd.*, p. 21.

⁴²⁵ *Ibíd.*, p. 22.

expresarse a favor de una alternativa distinta de la que pretendía. Lo anterior supone, por necesidad y, en cuanto conviene enfatizar, que las maniobras engañosas deben desplegarse en momento anterior o concomitante al acto de sufragar, pues resulta un imposible lógico que el error sea inducido con posterioridad a ello.⁴²⁶

3.2.2.3.3 Aplicación del tipo en el escenario objeto de estudio

Respecto del delito de fraude al sufragante se tiene entonces que, en primer lugar, a diferencia del delito de constreñimiento al sufragante, en sus modalidades de amenazar o presionar, este es un delito de resultado, pues la conducta se configura solamente cuando el ciudadano deposita el voto en la urna.

En relación con la maniobra engañosa que prevé la descripción típica, si bien esta en términos generales coincide con el contenido común presente en todos los tipos que se refieren a engaño o artificio, es decir, aquellas maquinaciones que puedan viciar la voluntad, inducirlo en error, los autores que lo examinan concretamente en este contexto descartan todos aquellos mecanismos de convencimiento lícito que se consideran inherentes al debate político y la campaña electoral, como lo serían “la propaganda electoral, el convencimiento, el pregón”⁴²⁷. En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado en que la maniobra engañosa debe estar dirigida a viciar la voluntad materializada en el voto, es decir, debe recaer sobre el “acto material de sufragar”⁴²⁸, estar dirigida a alterar la “percepción de la realidad material del acto de votar”⁴²⁹, a que el ciudadano vote por una opción que no quería votar.

Así, un escenario de propagación de noticias falsas resultaría relevante si con estas se buscara engañar a los ciudadanos respecto de aspectos procedimentales que afectaran la materialización de forma efectiva de la decisión que ya han elegido, pues es presupuesto del delito que el ciudadano tenga tomada una decisión y no pueda manifestarla por la inducción a error de la cual es objeto por parte del sujeto activo. Serían indiferentes – en el ámbito penal – consideraciones respecto de cómo llegó el ciudadano a la determinación de votar por el candidato o la opción seleccionada.

Sin embargo, pese a la aparente posición pacífica entorno al contenido de la maniobra fraudulenta, la jurisprudencia dentro de los ejemplos de situaciones en las cuales se puede observar una inducción a error relevante para la configuración típica, habla de engaños respecto del “objeto de los comicios”⁴³⁰ o sobre los candidatos que participan⁴³¹. Además, hace referencia a que dicha maniobra engañosa puede estar dirigida a que el ciudadano vote por una opción distinta a la que “autónoma y libremente elegiría en ejercicio de sus derechos políticos”⁴³² o a que esta vicia la “elección de la opción a cargo del elector”⁴³³. Estas situaciones planteadas, resultan entonces muy

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 20 – 21.

⁴²⁷ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. *Op. cit.*, p. 947.

⁴²⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP2961-2018. *Op. cit.*, p. 26.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁴³¹ *Id.*

⁴³² *Ibid.*, p. 25.

⁴³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00067-2019. *Op. cit.*, p. 20.

similares a los que se consideraron como constitutivos del delito del párrafo 264 en el ordenamiento austriaco⁴³⁴, frente al cual se consideró que son ejemplos de noticias falsas que pueden determinar la votación de un elector las “noticias sobre la muerte o sobre una enfermedad mortal del candidato principal de otro partido, sobre acciones criminales del líder del partido rival, sobre posiciones de otros partidos respecto de temas centrales de la política”⁴³⁵, entre otras.

Así, si bien la jurisprudencia reconoce que el engaño debe estar dirigido a alterar la manifestación de la voluntad del elector, la cual se materializa en el voto, con los ejemplos que usa se sale de dicho escenario y parece admitir otros en los cuáles el engaño está relacionado con los motivos que llevan dicha decisión: engaños sobre el contenido u objeto del certamen son sin duda engaños que llevan a viciar la decisión de en qué sentido se votará, pero no la manifestación misma del voto, pues estos no recaen sobre aspectos estrechamente relacionados con el procedimiento de selección en el tarjetón o sobre la validez de la declaración. Igualmente, engaños sobre la permanencia o no en la contienda de un candidato llevan a que el elector deposite su voto por otro, pero no vician que dicha voluntad producto de engaño se pueda manifestar en el sentido que se decidió como consecuencia de la información falaz.

De este modo, si se atiende a los ejemplos de maniobras engañosas relevantes dados por la Corte, la difusión de noticias falsas como las apenas ejemplificadas resultarían subsumibles en el tipo penal bajo estudio. Además, la modificación introducida por la Ley 1864 refuerza esta postura. En efecto, como se mencionó al inicio del examen de este delito, la reciente normativa introduce dos circunstancias de agravación, por un lado “cuando la conducta sea realizada por un servidor público” y por otro “cuando la conducta este mediada por amenazas de pérdidas de servicios públicos estatales o beneficios otorgados con ocasión de la ejecución de programas sociales o culturales o de cualquier otro orden, de naturaleza estatal o gubernamental”.

La segunda circunstancia de agravación no guarda relación con el desarrollo del tipo bajo estudio, pues no parece imaginable un escenario en el cual la maniobra engañosa del agente pueda estar mediada por las mencionadas “amenazas”, ya que se pasaría nuevamente a un escenario de violencia. La única posibilidad de relacionar sistemáticamente estas dos nociones implicaría aceptar que el error puede recaer sobre el contenido mismo de la votación y no sobre la “realidad material del acto de votar”, en el entendido de que se hiciera creer al elector que si no votara por un determinado candidato u opción perdería “servicios públicos estatales o beneficios otorgados con ocasión de la ejecución de programas sociales o culturales o de cualquier otro orden, de naturaleza estatal o gubernamental”^{*}.

Debido a esta aparente contradicción, puede ser útil remitirse nuevamente a consideraciones que se extraen del análisis presentado en los apartados anteriores. En primer lugar, en relación con el engaño al elector en el ordenamiento penal alemán, se observó que los autores precisan de manera

⁴³⁴ Ver *supra* 2.3.2.

⁴³⁵ BACHNER-FOREGGER, Helene. *Op. cit.*, p. 52, nm. 5.

* Al respecto puede adicionarse que, si bien consecuencias “catastróficas” de una votación no pueden considerarse como una amenaza, pues como acertadamente señala ROSTALSKI la persona que vota es la que, en abstracto, tendría la posibilidad de determinar la ocurrencia o no del mal futuro (Ver nota al pie 86), frente a la maniobra engañosa no podría elevarse la misma objeción.

uniforme* que el error previsto por el tipo excluye todos los *errores referidos a los motivos* [Motivirrtümer]⁴³⁶ y se limita al denominado *error en la manifestación* [Erklärungsirrtum], pues en relación con los escenarios en los que se puede configurar el delito “siempre está ya formada la voluntad, la cual con ocasión del error no se puede materializar”⁴³⁷. De este modo los “errores a causa de propaganda electoral mentirosa no están abarcados por el tipo”⁴³⁸.

Ejemplos de inducción a error en la manifestación serían solamente concebibles en tres escenarios: cuando el error se de en el contexto de la votación y recaiga sobre el contenido de la propia manifestación, cuando el error sea relativo al desarrollo mismo de la votación y cuando el error se refiera a la validez del propio voto⁴³⁹. En el contexto colombiano, sin embargo, solo el primer escenario estaría previsto por el delito de fraude al sufragante, pues la descripción típica en el Código penal alemán incluye en su descripción que la maniobra engañosa impida que el elector pueda votar o determine que vote nulo, lo que correspondería en nuestro ordenamiento eventualmente al delito de perturbación de certamen democrático en su modalidad engañosa.

Como ejemplo de ese primer error en la manifestación, el cual HÄRTL denomina *error en el contexto de la votación sobre el contenido de la propia declaración* [Irrtum bei der Stimmabgabe über den Inhalt der eigenen Erklärung], se trae el escenario en el cual un individuo con problemas de visión quiere votar por un determinado candidato de un partido político y un conocido le dice intencionalmente que para votar por este debe hacer una equis a la izquierda, sabiendo que así estaría en realidad votando por su contrincante⁴⁴⁰.

De adoptarse esta última interpretación de la maniobra engañosa, las noticias falsas solo podrían ser relevantes para la configuración del delito de fraude al sufragante cuando estas, de manera muy similar a lo considerado en relación con el delito de perturbación de certamen democrático, indujeran en error al elector con relación a la forma efectiva de materializar su voluntad – ya formada – en el voto que va a depositar.

Sin embargo, esta diferenciación entre error en la manifestación y error en los motivos resulta criticable. En primer lugar, porque de adoptarse tal interpretación del error relevante, las situaciones en las cuales podría llegar a configurarse el tipo serían, como se observó en los ejemplos, difíciles de imaginar, quitando así cualquier relevancia práctica al delito en cuestión. En segundo lugar, porque las situaciones en las cuales eventualmente operaría serían exactamente las mismas que las que aplican para el delito de perturbación de certamen democrático, siendo este último más preciso en cuanto al escenario que protege al referirse explícitamente a la votación pública, la cual no es ni más ni menos que el momento en el cual se realiza el acto material de votar.

* Ver *supra* 2.1.3.

⁴³⁶ HÄRTL, Dominik. *Op. cit.*, p. 128.

⁴³⁷ *Id.*; en el mismo sentido ROSTALSKI, Frauke. *Op. cit.*, p. 444; VALERIUS, Brian. *Op. cit.*, p. 835; RÜCKERT, Christian. *Op. cit.*, p. 171.

⁴³⁸ HÄRTL, Dominik. *Op. cit.*, p. 128.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 127.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 128.

Además, si estos buscan proteger también un cierto grado de la libertad ideológica de los ciudadanos en el marco de los mecanismos de participación ciudadana, tal como se observó en lo relativo al objeto de protección de los delitos electorales, no parece descabellado pensar que en ciertos escenarios esta se podría ver afectada por la difusión masiva de contenido falso sobre asuntos trascendentales de la contienda electoral. Al respecto, las posiciones que descartan su posible aplicación por interferir con la campaña política y por ser posible una amplia discrecionalidad que podría llegar a implicar una censura de ciertas interpretaciones de hechos por motivos ideológicos, dejan de lado que en el escenario planteado en relación con las noticias falsas, los contenidos no presentan simples interpretaciones sesgadas, sino que exponen deliberadamente sucesos y situaciones que no tienen ningún asidero fáctico con la única intención de engañar a los ciudadanos.

Igualmente debe señalarse que la redacción del delito de fraude al sufragante en el ordenamiento colombiano dispone que se penalizará la conducta de quien mediante maniobra engañosa obtenga que un ciudadano vote en un determinado sentido, a diferencia de lo que sucede en el referido delito de engaño al elector del parágrafo 108a del Código penal alemán, el cual establece que lo penalizable es la conducta de quien a través de maniobra engañosa obtenga que alguien, en el momento de depositar el voto, se equivoque sobre el contenido de su declaración o vote inválidamente contra su voluntad. Así, la distinción alemana entre errores en los motivos y en la manifestación tiene sentido a raíz de la diferencia que hace el mismo legislador, pero resulta artificiosa en relación con el delito descrito en el ordenamiento colombiano. Dejando de lado, por lo demás, que la última disposición también es clara al circunscribir el momento que resulta relevante para el engaño, lo que igualmente no se incluye en el artículo 388.

Si las preocupaciones de una posible interpretación en este sentido derivan de la posible aplicación extensiva y represiva o censuradora del Derecho penal en los contextos de campaña electoral, no se debe perder de vista que, al igual que en el delito de estafa, no cualquier contenido falaz será suficiente para la configuración del delito, sino solo aquel que pueda considerarse como una “mentira eficaz”. Así, al ordenamiento esperar de un ciudadano que frente a información relevante para una decisión trascendental pueda discernir frente a ella, expectativa que se refleja en el establecimiento de una edad específica para poder participar de la toma de decisiones políticas⁴⁴¹, no cualquier noticia falsa aislada podrá resultar como suficiente para la creación del error jurídicamente relevante: solo aquellas que hagan parte de verdaderas campañas políticas orientadas a engañar a los electores, de “maniobras electorales a gran escala”⁴⁴² – escenario que no resulta actualmente difícil de imaginar* – serían reprochables

⁴⁴¹ Cfr. VALERIUS, Brian. *Op. cit.*, pp. 836 – 837.

⁴⁴² Cfr. BYLOFF, Fritz. *Op. cit.*, p. 41.

* En el año 2020 fue noticia en Colombia el descubrimiento de un grupo de personas que se organizó bajo la dirección de dirigentes políticos para difundir a través de redes sociales contenido que buscaba desprestigiar “medios, periodistas y opositores” (cit.). LA LIGA CONTRA EL SILENCIO. En las entrañas de una ‘bodeguita’ uribista. En: *El Espectador* [en línea]. Bogotá, 6 de febrero de 2020; a raíz de la publicación del artículo que denunciaba estos hechos, la agencia de verificación de datos *Colombiacheck* (ver *supra* 1.2) publicó una nota en la cual precisaba que varios de los contenidos que resultaron haber sido publicados en el contexto de dicha organización habían sido catalogados como contenido falso: SAAVEDRA, Ana María. Las desinformaciones ya chequeadas de la ‘bodeguita uribista. En: *Colombiacheck* [en línea]. Bogotá, 10 de febrero de 2020.

No obstante, si se entiende como excluida también la aplicación de este delito como instrumento de protección de la faceta ideológica de la libertad de ejercicio del derecho al voto, se puede afirmar que ninguno de los delitos estudiados tiene por objeto la protección del manejo adecuado de la información relevante para la toma de una decisión en el contexto electoral.

3.3 RESULTADO PARCIAL

De las páginas anteriores se puede extraer cómo, al analizar delitos que protegen diferentes intereses jurídicos tanto individuales como colectivos, en el ordenamiento colombiano se observa la intención de proteger un mínimo de veracidad respecto de la información que pueda afectar las relaciones de los individuos o estructuras esenciales para la ciudadanía, lo que se puede expresar en términos normativos como el reproche de un manejo inadecuado de la información. Así, la difusión de noticias falsas puede ser relevante para la configuración de distintos delitos dependiendo de los intereses jurídicos que estas puedan llegar a afectar. Si bien fueron analizados solo tres tipos debido a su estrecha relación con el objeto del presente estudio, un ejercicio similar podría realizarse con relación a otros delitos.

Además, del análisis de la descripción típica del pánico económico se desprende que la categoría de “noticias falsas, tendenciosas y exageradas”, la cual como se vio ha sido ampliamente estudiada por la jurisprudencia y doctrina italiana, hizo parte del ordenamiento jurídico penal colombiano. Resulta interesante también en relación con este último delito, que no exista controversia respecto de la necesidad de proteger a través del Derecho penal la confianza de los ciudadanos en relación con la estabilidad del sistema financiero, la cual se puede ver afectada por la difusión de “información falsa o inexacta”, en especial debido a los potenciales efectos negativos que su defraudación puede tener para la estabilidad de la sociedad.

Sin embargo, salta a la vista que ninguna de las conductas punibles examinadas es suficiente para contrarrestar los escenarios realmente preocupantes en el contexto electoral. Pasando entonces al estudio de los delitos contra los mecanismos de participación democrática, en cuanto intuitivamente podría suponerse que en estos también se protege un determinado manejo adecuado de la información en el contexto electoral, se puede observar que en términos generales buscan resguardar el derecho de los ciudadanos a participar en determinadas decisiones trascendentales para la configuración del Estado, participación que se manifiesta a través de diferentes canales institucionales creados específicamente para dichos efectos. Así, el ejercicio de dicha facultad es protegido en distintas etapas y respecto de diferentes facetas, entre las cuales puede identificarse la libertad ideológica que es presupuesto para su configuración.

Ahora bien, en el entendido que la difusión de noticias falsas busca manipular la formación de la voluntad de los electores, resultan relevantes dentro de este título tres conductas punibles, las cuales se pueden verificar en momentos previos o concomitantes a la manifestación de dicha voluntad y por lo tanto pueden tener repercusiones en su formación, a saber, el delito de perturbación de certamen democrático, el de constreñimiento al sufragante y el de fraude al sufragante.

En relación con el delito de perturbación de certamen democrático, este penaliza las maniobras engañosas que recaigan sobre circunstancias específicas de la votación o del escrutinio que puedan alterar el normal desarrollo de dichas etapas de la contienda electoral. Así, si bien este no es aplicable en los escenarios de propagación de noticias falsas que busquen engañar a los ciudadanos y así influenciar el sentido de su decisión, de su análisis se desprende la existencia de un interés en proteger la veracidad de la información relacionada con ciertos aspectos esenciales de procedimiento del mecanismo de participación en cuestión.

Frente al delito de constreñimiento al sufragante, la nueva redacción del delito a raíz de la Ley 1864 de 2018 abre nuevamente a la discusión la posibilidad de considerar que la información engañosa puede resultar en una presión manipulativa sobre la voluntad del elector y así impedir el libre ejercicio de este derecho. Dependiendo entonces de que se entienda por “presión”, la difusión de noticias falsas también podría ser constitutiva de este delito, toda vez que esta implicaría la comunicación de afirmaciones falsas que podrían afectar la toma de una decisión libre y genuina por parte del ciudadano. Sin embargo, el contenido de la noción “presión” parece estar más orientado hacia situaciones que se puedan calificar como intimidatorias, de modo que resultaría forzado recurrir al uso de este delito en el contexto objeto de estudio.

Igualmente, frente al delito de fraude al sufragante, si bien la doctrina y la jurisprudencia afirman que este no tiene como objeto proteger la libertad de los ciudadanos en relación con la “elección de la opción” por la cual votar, sino que se reduce nuevamente, en términos similares al delito de perturbación de certamen democrático, a la protección de un cierto grado de veracidad de la información que circula en relación con la manifestación efectiva de la voluntad de los mismos en el momento de votar propiamente, se pueden encontrar varios argumentos que justificarían su aplicación en hipótesis en las cuales a través de la propagación inadecuada de información respecto de situaciones relevantes de la contienda electoral se manipule la formación de la voluntad de los electores.

No obstante, aunque no resulta descabellada esta posible justificación de la aplicación del delito de fraude al sufragante, particularmente en los escenarios en los cuales se busque a través de campañas masivas manipular a los ciudadanos para así determinar el sentido de su voto, se puede constatar que esta postura no encuentra actualmente respaldo, de modo que bajo este entendido ningún tipo dentro del título XIV del Código penal colombiano sancionaría de manera clara la difusión de contenido engañoso dirigido a influenciar de manera ilegítima a los ciudadanos en su rol de electores y, en consecuencia, no se reflejaría dentro de este grupo de disposiciones un interés explícito por parte del legislador de proteger un manejo adecuado de la información relevante para la toma de una decisión en el contexto electoral.

CONCLUSIONES

La constante difusión de noticias falsas a través de Internet ha generado en los últimos años una creciente preocupación, principalmente por el rol determinante que se le ha atribuido en relación con los resultados de contiendas electorales tanto a nivel nacional como internacional. Tal ha sido la magnitud de esta problemática que actualmente es objeto de constante discusión cuáles pueden ser las medidas necesarias para prevenir y sancionar la publicación de este tipo de contenido, particularmente cuando a través de este se busque influenciar ilegítimamente a los electores.

En este trabajo se entendió el concepto de noticia falsa como la afirmación sobre la ocurrencia de un determinado hecho, respecto de la cual quien hace la afirmación sabe que es falsa, pero que presenta como una noticia en cuanto se sirve de las convenciones de los reportajes tradicionales para engañar a los receptores de la misma.

Ahora bien, en atención a que la principal preocupación frente a este fenómeno se encuentra en que las noticias falsas pueden tener efectos manipulativos sobre los electores, resulta especialmente importante determinar hasta qué punto actualmente los delitos destinados a proteger los mecanismos de participación democrática pueden ser aplicables frente a la conducta consistente en la propagación de este tipo de contenidos, esto es, si en últimas ellos protegen también un cierto grado de veracidad – o un manejo adecuado – en relación con la información relevante para la toma de una decisión electoral.

Para efectos de dar respuesta a este interrogante se inició con el estudio de algunos ordenamientos penales. Así, se identificó que en Alemania la creación y difusión de noticias falsas es una conducta relevante para la configuración de delitos de distinta naturaleza, aunque en el contexto electoral la doctrina mayoritaria considera que ninguna de sus disposiciones es aplicable. Por su parte, en Italia se encontraron diferentes artículos que se refieren al concepto de noticias falsas, entre ellos el delito de coerción electoral, que prevé explícitamente la penalización de la presión fraudulenta que este tipo de contenidos puede ejercer sobre el elector. Igualmente, en Austria se hallaron disposiciones que hacen referencia a esta noción y, en el marco de los delitos contra los mecanismos de participación democrática, llamó particularmente la atención la tipificación de una conducta bajo el nombre de “difusión de noticias falsas en el contexto de una elección o votación”.

Con base en los criterios y discusiones que se identificaron en los sistemas jurídicos seleccionados, en el examen del ordenamiento colombiano se señaló como la libertad de información debe cumplir con unas cargas de veracidad e imparcialidad, por lo que la propagación deliberada de contenido falso no es objeto de protección constitucional. En desarrollo de lo anterior, se observó que de la tipificación de ciertas conductas como las descritas en el delito de calumnia, estafa y pánico económico se desprende que existe un interés en el ordenamiento penal de proteger un mínimo de veracidad respecto de la información que pueda afectar las relaciones entre los individuos o frente a estructuras esenciales para la ciudadanía, de manera que se reprocha penalmente la difusión inadecuada de información en ciertos contextos. Sin embargo, se comprobó que en los escenarios de esparcimiento de noticias falsas que buscan manipular a los ciudadanos en su rol de electores, los delitos examinados resultan insuficientes para brindar una protección efectiva.

A raíz de esta última constatación, se procedió a un estudio de los delitos consagrados en el título XIV del Código penal, con el objetivo de determinar si en estos también se avizoraba un interés en resguardar la veracidad de la información en el ámbito electoral. Así, se pudo establecer que estos protegen el derecho de los ciudadanos a participar en determinadas decisiones trascendentales para la configuración del Estado, participación que se manifiesta a través de diferentes canales institucionales creados específicamente para dichos efectos. Además, entre las características de este derecho se encontró que debe ser ejercido libremente, lo que implica también un cierto grado de protección del elector frente a presiones indebidas que puedan viciar su voluntad. Determinado lo anterior, en relación con la propagación de noticias falsas, tres conductas de este título fueron seleccionadas en cuanto a través de ellas se podría afectar la libertad ideológica del votante, a saber, el delito de perturbación de certamen democrático, el de constreñimiento al sufragante y el de fraude al sufragante.

En relación con el primero de estos se constató que existe una preocupación por parte del legislador frente a la información que se difunde en estos escenarios respecto de su procedimiento. Así, se identificó que este delito resulta aplicable cuando el contenido de las noticias falsas recaiga sobre circunstancias de tiempo, modo y lugar de dichas etapas del proceso electoral, lo que sin embargo excluye su aplicación frente a contenido que busque influenciar ilegítimamente la voluntad de los electores.

En cuanto al delito de constreñimiento al sufragante, el cual cuenta con un mayor desarrollo jurisprudencial, se avizó que para su configuración es necesario que las manifestaciones que se pretendan penalizar tengan la aptitud de doblegar la voluntad del ciudadano, de modo que es difícil imaginar que resulte aplicable en los escenarios de difusión de noticias falsas. Sin embargo, se resaltó que la reciente modificación de la descripción típica al incluir el concepto de “presión por cualquier medio” abre a la discusión la posibilidad de considerar que las noticias falsas que manipulan al elector pueden impedir que este ejerza libremente su derecho al sufragio y, por ende, configuren la “presión” a la cual se refiere la descripción típica, interpretación que, no obstante, se consideró demasiado extensiva.

Igualmente, frente al delito de fraude al sufragante se precisó que la doctrina y la jurisprudencia han considerado que el error al que se debe inducir al votante tiene que estar dirigido a viciar la manifestación de su voluntad en relación con el acto material de sufragar, de modo que no se incluye la protección frente a errores en cuanto a los motivos que lo llevan a votar en un determinado sentido. Sin embargo, se hizo énfasis en que las recientes decisiones respecto de este y la inclusión de una nueva circunstancia de agravación permiten sostener que la propagación de noticias falsas puede considerarse como determinante para su configuración, en el entendido de que no cualquier contenido aislado puede ser considerado como una maniobra engañosa, sino solo aquel que sea parte de una campaña a gran escala para manipular a los ciudadanos.

Así las cosas, se puede concluir que, si bien existe una estrecha relación entre la difusión de noticias falsas y la manipulación de la voluntad electoral de los ciudadanos y a la vez es incuestionable que el manejo inadecuado de la información es reprochable penalmente en diferentes contextos interpersonales y sociales, en el ordenamiento jurídico penal colombiano actual es difícil defender la aplicación de los tipos consagrados para proteger los mecanismos de participación democrática

en los escenarios de propagación de contenido mentiroso que busque manipular a los ciudadanos en su rol de electores. De este modo, se debe abrir al debate qué medidas se consideran como necesarias y proporcionales para combatir esta problemática y, en caso de que se determine que la *ultima ratio* que representa el Derecho penal es la solución adecuada, será necesario introducir nuevos tipos que de manera clara penalicen esta conducta o modificar los existentes para efectos de que se tenga una mayor claridad en cuanto a su aplicación. En cualquiera de esos dos sentidos, las consideraciones efectuadas en el presente trabajo pueden resultar como un punto de partida útil.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS Y LIBROS

ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. En: *Journal of Economic Perspectives* [en línea]. Pittsburgh: AEA Publications, primavera de 2017, vol. 31, nro. 2, pp. 211-236. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.1257/jep.31.2.211](https://doi.org/10.1257/jep.31.2.211).

AMELUNG, Knut. Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung: Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, 94 pp. ISBN: 9783830504979.

ANTOLISEI, Francesco. Manuale di diritto penale: Parte speciale. 16 ed. Milán: Giuffrè, 2016, vol. II. ISBN: 881420084X.

BACHNER-FOREGGER, Helene. § 264: Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung. En: HÖPFEL, Frank y RATZ, Eckart (ed.). Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2 ed. Viena: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009, 1106 pp. ISBN 9783214102241.

BARILE, Paolo. La libertà di espressione del pensiero e le notizie false, esagerate e tendenziose. En: MORTATI Costantino y PUGLIATTI Salvatore (eds.). Enciclopedia del Diritto. Milán: Giuffrè Editore, 1974, vol. XXIV. ISBN: 8814037515

BASSINI, Marco y VIGEVANI, Giulio Enea. Primi appunti su fake news e dintorni. En: *Media Laws: Rivista di diritto dei media* [en línea]. Milán: [s. n.], octubre de 2017, nro. 1, pp. 11-22. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.medialaws.eu/rivista/primi-appunti-su-fake-news-e-dintorni/> ISSN: 2532-9146.

BERTEL, Christian y SCHWEIGHOFER, Klaus. Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§§ 169 bis 321 StGB). 9 ed. Viena: Springer, 2010, 353 pp. ISBN: 9783211993989.

BRUTO LIBERATI, Edmondo. Notizie false e tendenziose En: *Quale giustizia?* Florencia: Nuova Italia, 1974, pp. 121-156.

BURKHARDT, Joanna M. Combatting Fake News in the Digital Age: Chapter I, History of Fake News. En: *Library Technology Reports* [en línea]. Chicago: ALA Techsource, noviembre-diciembre de 2017, vol. 53, nro. 8, pp. 5-9. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://journals.ala.org/index.php/ltr/article/view/6497/8631>. ISSN: 0024-2586.

BYLOFF, Fritz. Das Wahlstrafrecht Österreichs: Auf Grund des Gesetzes vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 18 systematisch und kritisch dargestellt. Viena: Manzche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts- Buchhandlung, 1907.

CARACCIOLI, Ivo. Brevi cenni sulla nozione di ordine pubblico nelle art. 656 c.p. En: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milán: Giuffrè Editore, 1962, pp. 797-799. ISSN: 0557-1391.

CASADEI, Thomas. L'irruzione della postverità. En: *Governare la paura: Journal of Interdisciplinary Studies* [en línea]. Bologna: Università di Bologna, abril de 2019, pp. 1-18. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://governarelapaura.unibo.it/article/view/9411>. ISSN 1974-4935. ISSN: 1974-4935.

CHIAROTTI, Franco. Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose. En: CALASSO, Francesco (ed.). *Enciclopedia del Diritto*. Milán: Giuffrè Editore, 1958, vol. XII. ISBN: 8814037515.

COLACCI, Marino Aldo. Responsabilità penale per pubblicazione di notizie false. En: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, 1962, vol. II, pp. 680-683. ISSN: 2384-9479.

CÓRDOBA ANGULO, Miguel y RUIZ, Carmen Eloísa. Delitos contra el orden económico social. En: BARRETO ARDILA, Hernando *et al.* *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, 1077 pp. ISBN 9789587106572.

CÓRDOBA ÁNGULO, Miguel. Delitos contra la integridad moral. En: *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*. 2 ed. BARRETO ARDILA, Hernando *et al.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, 1077 pp. ISBN 9789587106572.

CORNER, John. Fake news, post-truth and media-political change. En: *Media, Culture & Society* [en línea]. Newbury Park: SAGE Publishing, 2017, vol. 39, nro. 7, pp. 1100-1107. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.1177/0163443717726743](https://doi.org/10.1177/0163443717726743).

CORREDOR PARDO, Manuel. El delito de estafa. En: BARRETO ARDILA, Hernando *et al.* *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, 1077 pp. ISBN 9789587106572.

CRAUFURD SMITH, Rachael. Fake news, French Law and democratic legitimacy: lessons for the United Kingdom? En: *Journal of Media Law* [en línea]. Lóndres: Taylor and Francis, 2019, vol. 11, nro. 1, pp. 52-81. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.1080/17577632.2019.1679424](https://doi.org/10.1080/17577632.2019.1679424).

CUNIBERTI, Marco. Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo. En: *Media Laws: Rivista di diritto dei media* [en línea]. Milán: [s. n.], septiembre de 2017, nro. 55, pp. 26-40. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2017/11/Il-contrasto-alla-disinformazione-in-rete-tra-logiche-del-mercato-e-vecchie-e-nuove-velleit%C3%A0-di-controllo.pdf>. ISSN: 2532-9146.

DE SIMONE, Federica. 'Fake news', 'post truth', 'hate speech': nuovi fenomeni social alla prova del diritto penale. En: *Archivio penale* [en línea]. Pisa: Pisa University Press, enero-abril de 2018,

nro. 1, pp. 1-49. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.archiviopenale.it/fake-news-post-truth-hate-speech-nuovi-fenomeni-sociali-alla-prova-del-diritto-penale/articoli/15354> ISSN: 2384-9479.

DE SIMONE, Gianni. Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose. En: *La Giustizia Penale*. Roma: Comitato Scientifico, 1958 vol. II, pp. 737-768. ISSN: 0017-0658.

FACCHI, Alessandra. La verità como interesse colectivo. En: *Biblioteca della Libertà* [en línea]. Turín: Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, 2017, vol. 52, nro. 218, pp. 51-65. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.23827/BDL_2017_1_4](https://doi.org/10.23827/BDL_2017_1_4).

GALDÁMEZ MORALES, Ana. Posverdad y crisis de legitimidad: El creciente impacto de las fake news. En: *Revista española de la transparencia* [en línea]. Madrid: ACREDITRA, primer semestre de 2019, nro. 8, pp. 25-44. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6957887> ISSN: 2444-2607.

GALEANO REY, Juan Pablo y GARZÓN, ALARCÓN, Álvaro. Delitos electorales. En: CASTRO CUENCA, Carlos G. (coord.). *Manual de Derecho penal: Tomo II, Parte especial*. 2 ed. Bogotá Editorial Temis, 2019, 912 pp. ISBN 9789583512216.

GARCÍA DE BARRAGÁN, Lyana Victoria. Delitos electorales: En búsqueda de una nueva perspectiva penal electoral. Bogotá: Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales (CEDAE), 2017, 126 pp. ISBN 9789584829313.

GELFERT, Alex. Fake News: A Definition. En: *Informal Logic* [en línea]. Windsor: [s.n.], 15 de marzo de 2018. vol. 38, nro. 1, pp. 84-117. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.22329/il.v38i1.5068](https://doi.org/10.22329/il.v38i1.5068).

GOLDONI, Umberto. Il turbamento dell'ordine pubblico nell'art.656 c.p. En: *Giurisprudenza di merito*. Milán: Giuffrè Editore, 1982, vol. II, pp. 930-935. ISSN: 0436-0230.

GÓNZALEZ, María Fernanda. La «posverdad» en el plebiscito por la paz en Colombia. En: *Nueva sociedad* [en línea]. Buenos Aires: Fundación Foro Nueva Sociedad, mayo-junio 2017, nro. 269, pp. 114-126. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: https://nuso.org/media/articles/downloads/10.TC_Gonzalez_269.pdf. ISSN: 0251-3552.

HÄRTL, Dominik. Wahlstraftaten: Die §§ 107 ff. StGB im System des Rechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2006, 317 pp. ISBN: 9783631552254. P. 128.

HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando Antonio. Los delitos económicos en la actividad financiera. 8 ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2018, 816 pp. ISBN 9789587498721.

HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit con Fake News – de lege data und de lege ferenda. En: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea]. Berlin: Walter Mouton de Gruyter,

2017, vol. 129, nro. 3, pp. 718-744. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.1515/zstw-2017-0036](https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0036).

IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. Delitos contra el sufragio. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1989, 72 pp. ISBN 9586161234.

JAKOBS, Günther. Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes. En: VOGLER, Theo *et al.* Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlín: Duncker & Humblot, 1985, 1532 pp. ISBN 9783428058013.

KINDHÄUSER, Urs. Strafrecht: Besonderer Teil I. 6 ed. Baden-Baden: Nomos, 2014, 487 pp. ISBN: 978384870209.

LEUKAUF, Otto y STEINIGER, Herbert. Kommentar zum Strafgesetzbuch. 2 ed. Eisenstadt: Prugg Verlag, 1979, 1658 pp. ISBN: 385238009X.

LEVY, Neil. The Bad News About Fake News. En: *Social Epistemology Review and Reply Collective* [en línea]. Blacksburg: Social Epistemology Review and Reply Collective, 2017, vol. 6, nro. 8, pp. 20-36. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: https://socialepistemologydotcom.files.wordpress.com/2017/07/levy_fake_news1.pdf. ISSN: 2471-9560.

LOMBANA VILLALBA, Jaime. Injuria, calumnia y medios de comunicación. 2 ed. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE, 2007, 369 pp. ISBN: 9786588075860.

MAZZANTI, Manlio. I reati elettorali. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, 240 pp.

MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL (MOE). Irregularidades y delitos electorales. Bogotá: Arte litográfico, 2014, 42 pp. ISBN 9789585757677.

MONTI, Matteo. Fake news e social network: verità ai tempi di Facebook. En: *Media Laws: Rivista di diritto dei media* [en línea]. Milán: [s. n.], 2017, nro. 1, pp. 79-90. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.medialaws.eu/rivista/fake-news-e-social-network-la-verita-ai-tempi-di-facebook/>. ISSN: 2532-9146.

MONTI, Matteo. Le “bufale” online e l’inquinamento del public discourse. En: PASSAGLIA, Paolo, POLETTI, Dianora (ed.). Nodi virtuali, legami informali: Internet alla ricerca di regole [en línea]. Pisa: Pisa University Press, 2017, 403 pp. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.pisauniversitypress.it/scheda-ebook/paolo-passaglia-dianora-poletti/nodi-virtuali-legami-informali-internet-alla-ricerca-di-regole-9788867418053-455105.html>. ISBN: 9788867418053.

MORAIS DA COSTA BRAGA, Renê. A indústria das fake news e o discurso de ódio. En: PEREIRA, Rodolfo Viana (ed.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio [en línea]. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018, pp. 203-220. ISBN

978-85-67134-05-5. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4443>.

MORAIS DA COSTA BRAGA, Renê. A indústria das fake news e o discurso de ódio. En: PEREIRA, Rodolfo Viana (ed.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio [en línea]. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018, p. 203-220, vol. I. ISBN 978-85-67134-05-5. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4443>.

MOURON, Philippe. Du Sénat au Conseil constitutionnel : adoption des lois de lutte contre la manipulation de l'information. En: *La Revue européenne des médias et du numérique* [en línea]. París: IREC- Revue Européenne des Médias et du Numérique, invierno de 2018-2019, nro. 49, pp. 9-11. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02064810/document> ISSN: 2428-0356.

MÜLLER SPINELLI, Egle y DE ALMEIDA SANTOS, Jéssica. Periodismo en la era de la Posverdad: fact-checking como herramienta de combate a las falsas noticias. En: *Revista Observatório* [en línea]. Palmas: Universidade Federal do Tocantins, mayo de 2018, vol. 4, nro. 3, pp. 759-782. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.20873/uft.2447-4266.2018v4n3p759](https://doi.org/10.20873/uft.2447-4266.2018v4n3p759).

NUNZIATA, Massimo. Diritto penale elettorale. Quaderni della critica penale. Rímimi: Maurizio Minchella Editore, 2000, 63 pp.

OBERLABER, Johannes. Fake News und der Ruf nach dem Strafrecht. En: *Juridikum - zeitschrift für kritik / recht / gesellschaft* [en línea]. Viena: Verlag Österreich, junio de 2017, nro. 2, pp. 157-160. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://elibrary.verlagoesterreich.at/article/99.105005/juridikum201702015701>. ISSN: 2309-7477.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Delitos electorales. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2002, 184 pp. ISBN 9586761991.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. Tomo II, Parte especial. 9 ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2013, 2216 pp. ISBN 9789586765800.

PARISER, Eli. The Filter Bubble: How the new Personalized web is Changing What we Read and how we Think. Nueva York: Penguin Group, 2012, 294 pp. ISBN: 9781594203008.

PARRA VALERO, Pablo; OLIVEIRA, Lída. Fake news: una revisión sistemática de la literatura. En: *Observatorio Special Issue (OBS*)* [en línea]. Lisboa: Obercom, edición especial 2018, pp. 54-78. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/1374>. E-ISSN: 1646-5954.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico. Madrid: Marcial Pons, 2004, 315 pp. ISBN: 9788497680776.

PAUNER CHULVI, Cristina. Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red. En: *Teoría y realidad constitucional* [en línea]. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, nro. 41, pp. 297-318. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/22123>. E-ISSN: 1139-5583.

PEIFER, Karl-Nikolaus. Fake News und Providerhaftung. Warum das NetzDG zur Abwehr von Fake News die falschen Instrumente liefert. En: *Computer und Recht* [en línea]. Colonia: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2017, vol. 33, nro. 12, pp. 809-813. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.9785/cr-2017-1209](https://doi.org/10.9785/cr-2017-1209).

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal: Partes general y especial. Bogotá: Temis, 1986, vol. IV. ISBN: 9586041921.

PÉREZ, Luis Carlos. Derecho penal: Partes general y especial. Bogotá: Temis, 1986, vol. V. ISBN: 9586041921.

PERINI, Chiara. Fake news e postverità. Tra diritto penale e politica criminale. En: *Diritto Penale Contemporaneo* [en línea]. Milán: Associazione “Progetto giustizia penale”, 2017, pp. 1-14. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6617-perinichiara2017a.pdf> ISSN: 2240-7618.

PERRONE, Roberto. Fake News e libertà di manifestazione del pensiero: brevi coordinate in tema di tutela costituzionale del falso. En: *Nomos: le attualità nel diritto* [en línea]. Roma: Università La Sapienza, 2018, nro. 2, pp. 1-30. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Perrone_Fake-News-e-libertà-di-manifestazione-del-pensiero-1-1.pdf. ISSN: 2279-7238.

PLÖCHL, Franz. § 276: Verbreitung falscher, beunruhigender Gerüchte. En: HÖPFEL, Frank y RATZ, Eckart (ed.). *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2 ed. Viena: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009, 1106 pp. ISBN 9783214102241.

RAMACCI, Fabrizio. Postille in tema di art. 656 c.p. Il turbamento dell'ordine pubblico è condizione obiettiva di punibilità o elemento del fatto? En: *Archivio penale*. Pisa: Pisa University Press, 1962, vol. II, pp. 678-680. ISSN: 2384-9479.

RINI, Regina. Fake News and Partisan Epistemology. En: *Kennedy Institute of Ethics Journal* [en línea]. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2017, vol. 27, nro. 2, pp. E-43-E-64. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.1353/ken.2017.0025](https://doi.org/10.1353/ken.2017.0025).

RODRIGUES FREITAS, Juliana; ALARCON Anderson y BARCELOS Guilherme. O Direito eleitoral em tempos de fake news: O que é isto, um fato sabidamente inverídico. En: *Percurso: sociedade, natureza e cultura* [en línea]. Curitiba: Centro Universitário Curitiba, 2018, vol. 2, nro. 25, pp. 241-265. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3111> ISSN: 2316-7521.

RODRÍGUEZ PÉREZ, Carlos. No diga fake news, di desinformación: una revisión sobre el fenómeno de las noticias falsas y sus implicaciones. En: *Comunicación* [en línea]. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 40, p. 65-74. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.18566/comunica.n40.a05](https://doi.org/10.18566/comunica.n40.a05).

ROSTALSKI, Frauke. „Fake News“ und die „Lügenpresse“ – ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht? En: *Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)* [en línea]. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017 (8), nro. 4, pp. 436-460. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.5771/1868-8098-2017-4-436](https://doi.org/10.5771/1868-8098-2017-4-436).

RÜCKERT, Christian. Fake News und Social Bots – Demokratieschutz durch Strafrecht? En: ALBRECHT, Anna H. *et al.* (ed.). *Strafrecht und Politik*. 6. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler: Potsdam, 2017. Baden-Baden: Nomos, 2018, 210 pp.

SABATINI, Giuseppe. *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*. Milán: Casa editrice Dr. Francesco Vallardi, 1961, XV + 604 pp.

SOUZA MENDONÇA, Naiane. O Fenômeno das “Fake News” no Direito Brasileiro: Implicações no Processo Eleitoral. En: *VirtuaJus* [en línea]. Belo Horizonte: Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais, 2019, vol. 4, nro. 6, pp. 294-316. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/20716> ISSN: 1678-3425.

SPOHR, Dominic. Fake news and ideological polarization: Filter bubbles and selective exposure on social media. En: *Business Information Review* [en línea]. Newbury Park: SAGE Publishing, 2017, vol. 34, nro. 3, pp. 150-160. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. DOI [10.1177/0266382117722446](https://doi.org/10.1177/0266382117722446).

SUÁREZ DÍAZ, Elena y MERCADO CRUZ, Adriana. Delitos contra los mecanismos de participación democrática. En: ARDILA BARRETO, Hernando *et al.* *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*. 3 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, vol. II. ISBN 9789587901276.

TIMMER, Joel. Fighting Falsity: Fake News, Facebook, and the First Amendment. En: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal (AELJ)* [en línea]. Nueva York: Yeshiva University, 2017, vol. 35, nro. 3, pp. 669-706. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/caelj35&div=29&id=&page=> ISSN: 0736-7694.

VALERIUS, Brian. Wahlstrafrecht und soziale Medien: Eine Betrachtung de lege lata wie de lege ferenda. En: BÖSE, Martin; SCHUMANN, Kay y TOEPEL, Friedrich (ed.). *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2019, 1106 pp. ISBN 9783848743704.

VERRINA, Gabriele. L’art. 656 c.p. e la libertà di pensiero. En: *Giurisprudenza di merito*. Milán: Giuffrè Editore, 1977, vol. II, pp. 340-345. ISSN: 0436-0230.

VIZOSO, Ángel y VÁZQUEZ-HERRERO, Jorge. Plataformas de fact-checking en español. Características, organización y método. En: *Communication & Society* [en línea]. Pamplona: Universidad de Navarra, 2019, vol. 32, nro. 1, pp. 127-144. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/communication-and-society/article/view/37819>. ISSN 0214-0039.

ZOMMER, Laura. Introducción. En: ZOMMER, Laura (ed.). El boom del fact checking en América Latina [en línea]. Chequeado y Konrad Adenauer Stiftung, 2014, 57 pp. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c6a21701-5f10-84ea-397d-dbc75f1a69fe&groupId=287460.

LEYES Y DECRETOS

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 (28 de julio de 2007). Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2007, nro. 46673.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1864 (17 de agosto de 2017). Mediante la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2017, nro. 50328.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 (24 de julio de 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2000. nro. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 (7 de julio de 2004). Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C.: Diario Oficial. 2004. nro. 45602.

REPÚBLICA DE AUSTRIA. ÖSTERREICHISCHES PARLAMENT. Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz, das Privatstiftungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2015) (13 de agosto de 2015) [en línea]. Viena: Bundesgesetzblatt (BGBl), 2015 (I), nro. 112. [Consultado: 15 de febrero de 2020] Disponible en: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_112/BGBLA_2015_I_112.html.

REPÚBLICA DE COSTA RICA. ASAMBLEA LEGISLATIVA. Proyecto de ley n° 21.187 de 2018 (19 de diciembre de 2018). San José: Departamento de servicios parlamentarios. Unidad de proyectos, expedientes y leyes, p. 32, artículo 236.

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. BUNDESTAG. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG) (1 de septiembre de 2017) [en línea]. Berlín: Bundesgesetzblatt (BGBl), 2017 (I), nro. 61, p. 3352. [Consultado: 15 de febrero de 2020] Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>.

REPÚBLICA FRANCESA. ASSEMBLÉE NATIONALE. Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information [en línea]. París: Journal officiel (JORF), 2018, nro. 0297, texto nro. 2. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037847559&fastPos=7&fastReqId=1212770195&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>.

DECISIONES JUDICIALES

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Auto que admite la demanda y resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares. Radicación nro. 11001-03-28-000-2016-00081-00. (19 de noviembre de 2016). C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Auto que declara la terminación de la actuación judicial. Radicación nro. 11001-03-28-000-2016-00081-00. (3 de agosto de 2017). C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-087. Expedientes D-1773, D-1775 y D-1783. (18 de marzo de 1998). M.P. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-442-11. Expediente D-8295. (25 de mayo de 2011). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-420. Expedientes T-5.771.452, T-6.630.724, T-6.634.695 y T-6.683.135. (12 de septiembre de 2019). M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-391-07. Expediente T-1248380. (22 de mayo de 2007). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP4061-2018. Radicado nro. 53231. (18 de septiembre de 2018). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP7178-2014. Radicado nro. 42104. (26 de noviembre de 2014). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP3010-2018. Radicado nro. 49113. (18 de julio de 2018). M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP5692-2016. Radicado nro. 45615. (29 de agosto de 2016). M.P. Eyder Patiño Cabrera.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP2961-2018. Radicado nro. 49040. (13 de julio de 2018). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto AP1705-2017. Radicado nro. 49200. (16 de marzo de 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP687-2019. Radicado nro. 48073. (20 de marzo de 2019). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP592-2019. Radicado nro. 49287. (27 de febrero de 2017). M.P. Eugenio Fernández Carlier.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP073-2018. Radicado nro. 48183. (31 de enero de 2018). M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP20949-2017. Radicado nro. 45273. (6 de diciembre de 2017). M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo de 2008. Radicado nro. 26470. (16 de mayo de 2008).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Radicado nro. 27032. (18 de marzo de 2010).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP8849-2014. Radicado nro. 27198. (9 de julio de 2014).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP6348-2015. Radicado nro. 29581. (25 de mayo de 2015).

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00070-2019. Radicado nro. 53416. (11 de abril de 2019). M.P. Cristina Lombana Velásquez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00058-2019. Radicado nro. 00031. (20 de marzo de 2019). M.P. César Augusto Reyes Medina.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Especial de Instrucción. Auto AEI00067-2019. Radicado nro. 41048. (8 de abril de 2019). M.P. Marco Antonio Rueda Soto.

REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 19 de 1962. (16 de marzo de 1962) [en línea]. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/decisioni/1962/0019s-62.html>.

REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 199 de 1972. (29 de diciembre de 1972) [en línea]. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0199s-72.html>.

REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE COSTITUZIONALE. Sentenza n. 210 de 1976. (3 de agosto de 1976) [en línea]. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.giurcost.org/decisioni/1976/0210s-76.html>.

REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sentenza del 4 luglio 1953. (4 de julio de 1953). Citada por ALESSANDRI, Alberto. Osservazioni sulle notizie false, esagerate o tendenziose. En: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milán: Giuffrè Editore, 1973, pp. 708-724 . ISSN: 0557-1391.

REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione IV. Sentenza n. 3967. (11 de enero de 1977). En: *Rivista penale*. Piacenza: Editrice La Tribuna, 1977, vol. 1, p. 463. ISSN: 0035-7022.

REPÚBLICA DE ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE. Sezione V penale. Sentenza n. 48712. (24 de noviembre de 2014).

REPÚBLICA FRANCESA. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 2018-773. (20 de diciembre de 2018) [en línea]. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018773DC.htm>.

DECLARACIONES E INFORMES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) PARA LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN *et al.* Declaración conjunta sobre libertad de expresión y "noticias falsas" ("*Fake News*"), desinformación y propaganda [en línea]. Viena: 3 de marzo de 2017. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>.

UNIÓN EUROPEA. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Plan de Acción contra la desinformación». [en línea]. Bruselas: 20 de marzo de 2019. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.ccoo.es/d1c0d9b529ffac0a2136ef505df12cf7000001.pdf>

UNIÓN EUROPEA. EU Code of Practice on Disinformation [en línea]. Bruselas: octubre de 2018. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

OTROS

CASTILLA, José David. Fiscalía perseguirá a las empresas que se enfocan en crear noticias falsas. En: *Asuntos Legales* [en línea]. Bogotá, 28 de febrero 15 de 2019. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/fiscalia-perseguira-a-las-empresas-que-se-enfocan-en-crear-noticias-falsas-2834017>.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley n. 002 de 2017 (20 de julio de 2017). Por medio de la cual se prohíbe la creación de cuentas anónimas y falsas en las redes sociales de internet, se adiciona un artículo a la ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones [en línea]. Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso, 2017, año XXVI, nro. 588, pp. 17-18. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/8895/>.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley n. 176 de 2019 (20 de agosto de 2019). Por medio del cual se regulan las políticas de uso y apropiación de las redes sociales y se dictan otras disposiciones generales [en línea]. Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso, 2019, año XXVIII, nro. 772, pp. 13-24. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-regulan-las-politicas-de-uso-y-apropiacion-de-las-redes-sociales-y-se-dictan-otras-disposiciones-generales-regular-las-redes-sociales/10313/#tab=2>.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de ley n. 179 de 2018 (9 de octubre de 2018). Por medio del cual se crean normas de buen uso y funcionamiento de redes sociales y sitios web en Colombia [en línea]. Bogotá, D.C.: Gaceta del Congreso, 2018, año XXVII, nro. 850, pp. 1-5. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se/9720/#tab=2>

COLOMBIA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. INSTRUCTIVO. Por medio del cual se exponen los conceptos principales de los delitos contra los mecanismos de participación democrática a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 1864 de 2017 [en línea]. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/INSTRUCTIVO-DELITOS-ELECTORALES-09-11-17.pdf>

COLOMBIA. REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL [sitio web]. Comunicado de Prensa No.0036 de agosto de 2019 [sitio web]. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://wsr.registraduria.gov.co/Registraduria-lanza-estrategia-VerdadElecciones2019-para-combatir-noticias.html>.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). Indicadores básicos de tenencia y uso de tecnologías de la información y comunicación – TIC en hogares y personas de 5 y más años de edad [en línea]. Año 2018. Bogotá, 12 de julio de 2019. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/tic/bol_tic_hogares_2018.pdf.

DINACCI, Elvira. Divulgazione di notizie false. En: TRECCANI: Diritto online [sitio web]. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: [http://www.treccani.it/enciclopedia/divulgazione-di-notizie-false_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/divulgazione-di-notizie-false_(Diritto-on-line)/).

FACEBOOK [sitio web]. Facebook Journalism Project. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://facebookjournalismproject.com/about/>.

GOOGLE [sitio web]. Google News Initiative. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://newsinitiative.withgoogle.com/intl/es/about/>.

LA LIGA CONTRA EL SILENCIO. En las entrañas de una ‘bodeguita’ uribista. En: *El Espectador* [en línea]. Bogotá, 6 de febrero de 2020. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/las-noticias-falsas-de-la-bodeguita-uribista-que-ya-habian-sido-chequeadas-articulo-904017>.

AGUDELO B, Óscar Felipe. El rumor contra los pensionados, ¿un mito originado en el Uribismo? En: Colombiacheck [en línea]. 26 de septiembre de 2016. [Consultado: 03 de marzo de 2020]. Disponible en: <https://colombiacheck.com/index.php/chequeos/el-rumor-contra-los-pensionados-un-mito-originado-en-el-uribismo>.

ÖHLBÖCK, Johannes. Fake-News: Rechtlich betrachtet [en línea]. RAOE. Viena. (24 de marzo de 2017). [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en <https://www.raoe.at/news/single/archive/fake-news-rechtlich-betrachtet/>.

POYNTER. International Fact-Checking Network's Code of Principles: Verified signatories of the IFCN code of principles [sitio web]. St. Petersburg; [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://ifcncodeofprinciples.poynter.org/signatories>.

POYNTER. International Fact-Checking Network's Code of Principles [sitio web]. St. Petersburg; [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.poynter.org/ifcn-fact-checkers-code-of-principles/>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [sitio web]. Diccionario de la lengua española. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.rae.es>.

REDACCIÓN INTERNACIONAL. Las leyes de control de noticias falsas se abren paso en todo el mundo. En: *El Espectador* [en línea]. Bogotá, 26 de noviembre de 2019. [Consultado: 12 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/las-leyes-de-control-de-noticias-falsas-se-abren-paso-en-todo-el-mundo-articulo-893009>.

REINO UNIDO. HER MAJESTY'S GOVERNMENT. Online Harms White Paper (8 de abril de 2019) [en línea]. Londres: Home Office. [Consultado: 15 de febrero de 2020] Disponible en: <https://www.gov.uk/government/consultations/online-harms-white-paper/online-harms-white-paper>.

REPÚBLICA DE CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Asesoría Técnica Parlamentaria: La regulación de las "fake news" en el derecho comparado [en línea]. Redactado por WEIDENSLAUFER, Christine. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2019, 14 pp. Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26901/1/Regulacion_de_las_fake_news_2018.pdf.

REPÚBLICA DE ITALIA. CAMERA DEI DEPUTATI. Proposta di legge n. 4692 (10 de octubre de 2017) [en línea]. Roma: Atti Parlamentari della Camera dei Deputati, XVII Legislatura. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0055510.pdf>.

REPÚBLICA DE ITALIA. SENATO DELLA REPUBBLICA. Disegno di legge n. 2688 (7 de febrero de 2017) [en línea]. Roma: Atti Parlamentari del Senato della Repubblica, XVII Legislatura. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/testi/47680_testi.htm.

REPÚBLICA DE ITALIA. SENATO DELLA REPUBBLICA. Disegno di legge n. 3001 (14 de diciembre de 2017) [en línea]. Roma: Atti Parlamentari del Senato della Repubblica, XVII Legislatura. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/48538.htm>.

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. BUNDESREGIERUNG. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (5 de abril de 2017) [en línea]. Berlín: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. [Consultado: 15 de febrero de 2020] Disponible en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 473 de 2017 (30 de noviembre de 2017) [en línea]. Brasilia: Diário do Senado Federal nº 184 de 2017, p. 303-306. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7313311&ts=1572469097579&disposition=inline>.

ROOSE, Kevin. Google Pledges \$300 Million to Clean Up False News. En: The New York Times [en línea]. Nueva York, 20 de marzo de 2018. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/03/20/business/media/google-false-news.html>.

SAAVEDRA, Ana María. Las desinformaciones ya chequeadas de la 'bodeguita uribista. En: *Colombiacheck* [en línea]. Bogotá, 10 de febrero de 2020. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://colombiacheck.com/investigaciones/las-desinformaciones-ya-chequeadas-de-la-bodeguita-uribista>.

SCHMID, Fabian. Abgeschafft: Österreich hatte bis 2016 Gesetz gegen Fake-News. En: *Der Standard* [en línea]. Viena, 20 de diciembre de 2016. [Consultado: 15 de febrero de 2020].

Disponible en: <https://www.derstandard.at/story/2000049437140/abgeschafft-oesterreich-hatte-bis-2016-gesetz-gegen-fake-news>.

STENCEL, Mark. The number of fact-checkers around the world: 156... and growing. En: DUKE REPORTERS' LAB [sitio web]. Durham. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://reporterslab.org/tag/fact-checking-summit/>.

UNGKU, Fathin. Factbox: "Fake News" laws around the world. En: Reuters [en línea]. Singapur, 2 de abril de 2019. [Consultado: 15 de febrero de 2020]. Disponible en: <https://uk.reuters.com/article/uk-singapore-politics-fakenews-factbox/factbox-fake-news-laws-around-the-world-idUKKCN1RE0XH>.