

Algunas consideraciones sobre fake news y derecho penal

Some considerations on fake news and criminal law

Diego Ernesto Lammoglia*

Autor:

Dr. Diego Ernesto Lammoglia
Universidad Nacional de
Tucumán (UNT)

Recibido: 20/10/2025

Aceptado: 10/11/2025

Citar como:


LAMMOGLIA, Diego Ernesto
(2025): "Algunas
consideraciones sobre fake
news y derecho penal", *Revista
Jurídica de la Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales
UNT*, Vol. 1, Núm. 1.

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la
licencia de Atribución-
NoComercial-CompartirIgual
4.0 Internacional de Creative
Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



Resumen: El derecho a la información, el sujeto informado y sus derechos, concretamente el derecho a recibir información veraz, se presentan en tensión con la difusión de Fake News. La consecuente desinformación producto de la utilización de éstas como herramienta para manipular la opinión pública atenta contra el sistema democrático ya que el mismo se sustenta en la toma de decisiones libres e informadas. Las redes sociales, los sistemas de mensajerías y la utilización de algoritmos para la reiteración y mantenimiento constante de la información engañosa, juegan un rol preponderante en la difusión masiva a nivel global. En este marco debemos indagar la compatibilidad constitucional de la tutela penal del derecho a la información con relación a la libertad de expresión en tanto "libertad preferida". El bien jurídico del "derecho a la información" entendido como el derecho que tiene todo ciudadano y toda comunidad, a recibir información veraz toma absoluta relevancia en la construcción y mantenimiento del sistema democrático, haciéndose necesario su cuidado y planteándose la posibilidad –o no– de la tutela penal. De esta manera, la tensión mencionada decantaría en el caso concreto, en la preeminencia de la libertad de expresión o, en su caso, del mantenimiento del orden democrático.

* Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Profesor Titular de "Derecho Penal II" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT). Correo electrónico: diegolammoglia@gmail.com  ORCID: 0009-0009-8498-6404

Palabras claves: información, democracia, tutela penal

Abstract: The right to information, the informed subject, and their rights as such, specifically the right to receive accurate information, are at odds with the spread of fake news. The resulting misinformation produced by the use of fake news as a tool to manipulate public opinion undermines the democratic system, which is based on free and informed decision-making. Social networks, messaging systems, and the use of algorithms for the constant repetition and maintenance of misleading information play a predominant role in mass dissemination at the global level. In this context, we must investigate the constitutional compatibility of the criminal protection of the right to information in relation to freedom of expression as a “preferred freedom.” Thus, the legal right to information, understood as the right of every citizen and every community, as universal subjects, to receive truthful information, takes on absolute relevance in the construction and maintenance of the democratic system, making it necessary to protect it and consider the possibility—or not—of criminal protection. In this way, the aforementioned tension would result, in this specific case, in the preeminence of freedom of expression or, where appropriate, the maintenance of democratic order.

Keywords: information, democracy, criminal protection

I. INTRODUCCIÓN

Estas líneas tienen como objeto preguntarse – aclarando que lejos estoy de dar una respuesta – si la información, como bien jurídico supraindividual, merece la tutela penal y si esta es incompatible con la protección constitucional y convencional de la libertad de expresión.

Este interrogante surge como resultado de la aparición de las *fake news* como herramienta utilizada intencionalmente para desinformar, generando así consecuencias de distinta índole. Concretamente me referiré a aquellas que puedan afectar intereses colectivos o supraindividuales, puesto que las afectaciones a bienes jurídicos particulares ya cuentan con tutela específica, como ser los delitos contra el honor cometidos a través de la prensa, la incitación a la violencia, la apología del delito o el discurso de odio; cuestiones, algunas de estas, de discutida constitucionalidad.

II. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL INFORMADO

El Derecho a la información se incorpora a nuestra legislación, como derecho positivo, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos incorporada con jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la CN

En efecto, el art. 13 de la CADH prevé en sus puntos 1 y 2 lo siguiente:

1) “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones de toda índole, sin consideración de fronteras ya

sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”

2) “El ejercicio previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Entonces, delimitado el derecho a la información -art. 13¹ pto 1 de la CADH -a los efectos de este trabajo- como el derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones” voy a enfocar en el sujeto del derecho a la información, específicamente quien tiene el derecho a recibir la información.

Ubicando en las etapas evolutivas de los sujetos a la información -sujeto empresario, sujeto profesional y sujeto universal-, Loreti² señala a este último como el que engloba todas las personas. En efecto sostiene que “[...]el reconocimiento del derecho a la información como derecho humano universal implica admitir jurídica e institucionalmente las facultades propias de quienes perciben o reconocen los datos o las noticias sistematizados y publicados por empresarios o periodistas [...]” “Será, entonces, la comunidad en su conjunto la que tendrá derecho a exigirles veracidad y responsabilidad a la hora de cumplir con su misión.”

Dicho autor³ enumera una serie de derechos en relación con el informador y con el informado. Respecto de este último menciona:

- a) Derecho a recibir informaciones u opiniones.
- b) Derecho a seleccionar los medios y la información a recibir.
- c) Derecho a ser informado verazmente.
- d) Derecho a preservar la honra y la intimidad.
- e) Derecho a requerir las imposiciones legales.
- f) Derecho de rectificación o respuesta.

Así, estando delimitado – en función de este trabajo – el derecho a la información; determinado el sujeto como titular de derechos respecto de la información que recibe y, entre esos derechos el de ser informado verazmente por medios libremente seleccionados, voy a confrontarlos con las *fake news* en tanto herramientas creadas para desinformar o manipular a la sociedad direccionando su toma de decisiones.

¹ El art. 13 de la CADH también refiere en su punto 3 a la prohibición de censura directa e indirecta; en su punto 4 a la censura previa a espectáculos públicos para protección de menores y adolescentes y el punto 5 a la prohibición de propaganda de la guerra, apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

² LORETI (1999) pp. 17-18.

³ LORETI (1999) p. 20.

III. FAKE NEWS

Carsten Kushe⁴ define a las *fake news* como “informaciones falsas o al menos engañosas que se difunden sobre todo en internet y a veces con el objetivo de obtener un beneficio económico, pero sobre todo con la intención de ejercer una influencia sociopolítica”⁵.

Podemos ubicar como caso relevante lo ocurrido en el 2016 durante la campaña electoral para elegir presidente de los EEUU⁶.

Durante la misma “los informes falsos en facebook generaron más interacción de los usuarios que las noticias reales de los medios de comunicación establecidos”⁷

En la misma línea De Luca y Luzzza⁸ sostienen que “Las fake news, en cambio, fueron creadas para desinformar o manipular al público en general para sesgar su toma de decisiones, de allí su relación con la propaganda. Como así también, para inducir a error, desprestigiar o enaltecer a las personas, instituciones o servicios, con el fin de obtener beneficios económicos y/o rédito político”.

Sumado a esta perspectiva, debemos tener en cuenta que Internet es el medio a través del que se propaga esta información falsa y/o engañosa.

En efecto, la proliferación de redes sociales, de medios digitales y de mensajería, unida a la segmentación etaria y por intereses mediante algoritmos, van ampliando cada vez más el campo para el desarrollo de direccionamiento engañoso de la opinión pública. La utilización de bots – perfiles falsos que simulan interacción real- con posteos automáticos o el ataque sistemático mediante la utilización de granjas de trolls – personas reales contratadas para publicar mensajes difamantes -busca generar una opinión pública negativa en la sociedad, orientada a la toma de decisiones.

En este sentido la selección de medios por parte del sujeto informado dista de ser libre. Por ejemplo, la utilización de “cámaras de eco” tiene por objeto que la información se obtenga de medios que preferentemente den información sesgada y dirigida conforme sus propios intereses. Kusche⁹ lo expresa de esta manera: “Esto significa que los usuarios de internet consultan predominantemente los medios que corresponden a sus actitudes y tienden a considerar verdaderas las noticias que se corresponden con sus propias preferencias”.

Entonces puede advertirse claramente la tensión entre los derechos del sujeto informado y la utilización de los medios digitales para la proliferación de información falsa y engañosa. En otras palabras: desinformación.

Esta problemática adquiere más relevancia todavía cuando advertimos que el sistema democrático se define y sostiene en la capacidad de elegir libremente.

⁴ KUSCHE (2022)

⁵ KUSCHE (2022) p. 61.

⁶ La discusión se dio sobre si la actuación de la empresa Cambridge Analytica estuvo orientada a predisponer al electorado mediante la publicidad en línea a través de perfiles falsos.

⁷ KUSCHE (2022) p. 61.

⁸ DE LUCA y LUZZA (2019) p. 53.

⁹ DE LUCA y LUZZA (2019) p. 69.

Así, una campaña de desinformación (información falsa o engañosa), lleva inexorablemente a la sociedad a tomar decisiones dirigidas y sesgadas. Una elección no libre que pone en peligro o afecta el sistema democrático.

De esta manera nos preguntamos si la información, o, más precisamente, el derecho a la información como bien jurídico individual y colectivo - ese derecho a recibir información veraz - debe ser “tutelado penalmente”. En otras palabras, ¿debería ser incorporado el derecho a la información – como el derecho a ser informado verazmente - en el catálogo penal de bienes jurídicos tutelados?

Estimo que la respuesta dista de ser pacífica. En primer lugar, habría que cotejar si la tutela penal limita, más allá de lo convencionalmente permitido, la libertad de expresión.

Así, deberíamos preguntarnos: las *fake news* que desinforman y concretamente ponen en riesgo el sistema democrático por influir dolosa y engañosamente en la opinión pública y en definitiva la capacidad de elegir libremente, ¿afectan el orden público? Si así fuera, ¿superan el test de convencionalidad?

También debería verificarse la compatibilidad con el principio de mínima intervención penal o de ultima ratio.

¿Cuándo se justificaría una intervención penal sin que luzca desproporcionada con relación a la libertad de expresión?

¿La desinformación en cuestiones de interés público, en tanto afecte o ponga en riesgo concreto el orden público o el sistema democrático, debe ser tolerada?

Estas son algunas de las preguntas que surgen de una pequeña inmersión en el tema. Se advierte que la libertad de expresión como “libertad preferida” en tanto sostén del sistema democrático también puede ser burlada cuando bajo su amparo se desvirtúa la toma de decisiones, desinformando a quien tiene que elegir y erosionando el sistema.

En definitiva, la cuestión queda planteada desde la tensión entre el derecho de la persona y la comunidad a recibir información veraz y la posibilidad de difundir, al ¿amparo? de la libertad de expresión, información falsa con el objeto de orientar la opinión pública en la toma de decisiones.

A la luz de este conflicto deberá explorarse la posibilidad – y compatibilidad constitucional -de dar tutela penal a la información como vector clave en la protección de un sistema democrático cuyo sostén es la decisión libre basada en la información veraz que reciba y colecte la sociedad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DE LUCA J. y LUZZA Y. (2019): “Fake News: Cibercriminalidad y libertad de expresión en internet” en Sistema penal e informática Tomo I (Buenos Aires, Ed. Hammurabi).

KUSCHE, C. (2022): “El significado jurídico-penal de la *fake news de lege lata y de lege ferenda*”, *Doping, redes sociales y fake news en la obra de Carsten Kusche* (Buenos Aires, Editores del Sur).

LORETI, D. (1999: El derecho a la información (Buenos Aires, Ed. Paidós)