



La mentira de los funcionarios, ¿tiene patas cortas o efectos largos?

Agosto 2021

La mentira de los funcionarios, ¿tiene patas cortas o efectos largos?

Un estudio acerca de las obligaciones que tiene el Estado y sus funcionarios para evitar la proliferación de la desinformación¹

Resumen Ejecutivo

- Las respuestas estatales a la reciente “crisis” generada por la desinformación en redes sociales han sido principalmente dirigidas a penalizar a sus autores o a establecer responsabilidades sobre quienes facilitan su difusión. Desde las empresas de internet, sobre todo las grandes plataformas, se han desplegado numerosas técnicas, medidas e instrumentos para abordar el fenómeno.
- Sin embargo, poco se ha hecho para distinguir el origen de la desinformación y evaluar el fenómeno a la luz de las obligaciones específicas que a ciertos sectores les cabe.
- En este trabajo se asume que: 1) atribuirles a las redes sociales un rol excluyente en la nueva crisis de desinformación que impacta el ecosistema informativo sería erróneo; y 2) que la desinformación tiene impactos distintos de acuerdo a quien la promueve -personas públicas vs. privadas-, y los funcionarios públicos tienen responsabilidades especiales respecto de su discurso. Este último punto es el objeto central de este estudio.
- En la investigación se indagan en detalle algunas de las obligaciones de funcionarios públicos (y otras personas públicas como candidatos a puestos públicos), de decir verdad y/o tomar medidas para evitar errores en la infor-

¹ Esta investigación fue desarrollada por la Oficina Regional para América del Sur del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)- y dirigida y coordinada por el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo, Argentina para AI Sur. El IIDH fue creado en 1980 mediante un convenio celebrado entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica, como una entidad internacional autónoma y de naturaleza académica para la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos y de todas las disciplinas a ellos relativas. El IIDH vincula sus actividades con la acción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dado que, por su origen y mandato, está obligado a difundir la doctrina emanada de la existencia y funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de las personas y colectividades. La Oficina Regional para América del Sur cubre temas en esa área sin perjuicio de la coordinación con la sede central del Instituto que se encuentra en Costa Rica. Este documento constituye un insumo para el trabajo de AI Sur y pretende capitalizar los recursos regionales que AI Sur tiene: muchos de los datos que aquí se consignan fueron recopilados por el consorcio de organizaciones que componen AI Sur, a quienes los autores agradecen sus aportes, comentarios y contribuciones.

mación que difunden en el ejercicio de sus cargos. Así es que se plantean las obligaciones éticas y legales sobre la información que rinden los funcionarios al manifestarse públicamente.

- Se concluye que existen obligaciones de decir verdad para los funcionarios públicos respecto de su discurso y expresiones y que siguiendo la lógica de estas obligaciones podríamos indagar en nuevas posibles líneas de investigación en la búsqueda de soluciones a la difusión de desinformación y los males que esta conlleva para el debate público.

1. Introducción

Las respuestas estatales a la reciente “crisis” generada por la desinformación en redes sociales han sido principalmente dirigidas a penalizar a sus autores o a establecer responsabilidades sobre quienes facilitan su difusión.² Desde las empresas de internet, sobre todo las grandes plataformas, se han desplegado numerosas técnicas, medidas e instrumentos para abordar el fenómeno.³ Poco se ha hecho, sin embargo, para distinguir el origen de la desinformación y evaluar el fenómeno a la luz de las obligaciones específicas que a ciertos sectores les cabe.⁴

Esta investigación asume fundadamente que 1) atribuirles a las redes sociales un rol central o excluyente en la nueva crisis de desinformación que impacta el ecosistema informativo sería erróneo; y 2) que la desinformación tiene impactos distintos de acuerdo a quien la promueva –personas públicas vs. privadas–, y los funcionarios públicos tienen responsabilidades especiales respecto de su discurso. Este último punto es el objeto central de este estudio.

Sobre el punto 1): en un estudio encabezado por Yochai Benkler, Robert Faris y Hal Roberts, los autores abordan, entre otras cosas, la influencia de las afirmaciones falsas que circularon en redes sociales durante la campaña electoral que terminó con la elección del hoy expresidente Donald Trump.⁵ Habiendo partido de la hipótesis de que la tecnología ha sido identificada popularmente como la principal causa de la crisis actual del ecosistema informativo, los autores con-

² Ver Del Campo, *¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?*, Asuntos del Sur (2020), disponible en https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/derecho/agosto/nueva-investigacion-agustina-del-campo/desinformacion-en-democracia.pdf.

³ Ver por ej. Cortes & Isaza, *Noticias falsas en Internet: la estrategia para combatir la desinformación*, CELE (2017), disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/FakeNews.pdf>; ver además, Cortes & Isaza, *¿La nueva normalidad? Desinformación y control de contenidos en las redes sociales con ocasión del covid-19*, CELE (2021), disponible en https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/papers/Moderacion-Covid-19.pdf; Álvarez Ugarte & Del Campo, *Noticias falsas en Internet: acciones y reacciones de tres plataformas*, CELE (2021), disponible en https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/cele/papers/Desinformacion-y-acciones-de-plataformas-2021.pdf.

⁴ Entre las pocas iniciativas en este sentido, en 2018 se presentó un proyecto de Ley en el Congreso Chileno tendiente a incorporar una reforma a los artículos 27, 60 y 15 de la Constitución Nacional Chilena para determinar la cesación en el cargo de presidente, parlamentarios, y otros funcionarios (respectivamente) cuando estos hayan sido condenados como autores, cómplices o encubridores en la difusión, promoción o financiamiento de noticias falsas de sus contendientes electorales durante el periodo de campaña desde el momento de la sentencia firme del tribunal electoral que así lo determine. Los considerandos de la ley establecen los principios de libertad de expresión respecto de funcionarios públicos y candidatos en periodos electorales, y prevén la real malicia como el estándar aplicable en el caso. Disponible en <https://observatoriolegislativocele.com/chile-proyecto-de-ley-cesacion-de-cargo-por-difusion-de-noticias-falsas-2018/>.

⁵ Benkler, Faris & Roberts, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, Oxford University Press (2018). Este trabajo (en adelante Network Propaganda) aborda muchos más temas de lo que nos interesa para esta investigación. Aquí solo nos detenemos en las cuestiones que son pertinentes en este trabajo.

cluyen que “[e]stos supuestos riesgos no son, en el futuro cercano, las principales causas de interrupción. A lo largo de este libro, hemos argumentado que ninguno de estos actores (rusos, empresarios de noticias falsas, Cambridge Analytica, el propio Facebook o cámaras de eco partidistas simétricas) fueron la causa principal de la crisis epistémica experimentada dentro del ecosistema de medios de EE. UU. durante las elecciones de 2016 o desde entonces. En lugar de estas dinámicas impulsadas por la tecnología, que son novedosas pero en última instancia menos importantes, vemos dinámicas a más largo plazo de la economía política: la ideología y las instituciones que interactúan con la adopción tecnológica como los principales impulsores de la actual crisis epistémica.”⁶

Esta investigación no pretende negar el impacto de las noticias falsas, aunque sí pone en duda que su diseminación por redes sociales como Facebook tenga el impacto que muchas veces se les atribuye.⁷ A similares conclusiones han llegado otros estudios desarrollados desde 2016 hasta la fecha. Si bien no descartamos que la desinformación en redes sociales pueda constituir un problema, la bibliografía especializada sugiere que el problema excede a la regulación o autorregulación de los medios tecnológicos por los cuales la expresión circula.⁸

⁶ *Network Propaganda*, cit., pág. 351. Traducción propia. Texto original: “But our studies have led us to the conclusion that these putative risks are, for the near future, not the major causes of disruption. We have argued throughout this book that none of these actors—Russians, fake news entrepreneurs, Cambridge Analytica, Facebook itself, or symmetric partisan echo chambers—were the major cause of the epistemic crisis experienced within the U.S. media ecosystem during the 2016 election or since. Instead of these technologically driven dynamics, which are novel but ultimately less important, we see longer-term dynamics of political economy: ideology and institutions interacting with technological adoption as the primary drivers of the present epistemic crisis”.

⁷ En similar sentido ver *Network Propaganda*, cit., pág. 367.

⁸ Parecería entonces que, por un lado, las plataformas son, en el mejor de los casos, parte de un problema mucho mayor cuando se trata de difusión de noticias falsas en los Estados Unidos. Sin embargo, entendemos que esta investigación pone el foco en otro tema que, aún no siendo el principal de nuestra investigación, debe ser abordado: el impacto de las manifestaciones falsas en las redes sociales. Que las redes sociales no tengan el impacto que muchas veces se les adjudica, no quiere decir, sin más, que las expresiones falsas sean inocuas. En otras palabras, poner el foco en la regulación de las redes sociales para controlar la diseminación de las afirmaciones falsas, sobre todo de funcionarios, en lugar de centrar la atención en la, por decirlo suavemente, irregular actitud del funcionario cuando afirma a sabiendas una falsedad es, como se dice vulgarmente, poner el Ver también Allcott, Hunt, & Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, *Journal of Economic Perspectives* (2017), 31 (2): 211-36, disponible en <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257%2Fjep.31.2.211&fbclid=IwAR04My3aiucypMJKSI58e84gDvdrodsB-9fqCycH9YfepWDDDWt-fZnVPvo:%20https://www.nyu.edu/about/news-publications/news/2019/january/fake-news-shared-by-very-few--but-those-over-65-more-likely-to-p.html> (último chequeo 21/04/2021); ver también Guess, Nyhan & Reifler, *Exposure to untrustworthy websites in the 2016 US election*, *Nature Human Behaviour*, Vol 4, mayo 2020, 472-480, disponible en https://www.nature.com/articles/s41562-020-0833-x.epdf?sharing_token=oDQHN8b4oLgnk8eB7qIXm9RgN0jAjWel9jnR3ZoTv0MSqVwVN-QWYD-7ScS8YYGbMtmFmCUk8q9-83jlgdBI9o2QFvNfWzq2i4J3OK5knxV-TQuAN-tL_xSCDTKXrYAx7dMat9hKXTTAVeVCN-nvLOIYx2fWebwK1y3VQ7A0b6wpr0IWginP7vuhp_GG6LMCPbqUKBY0rDOGv6RUvO6fhA05f69V8B05m4n8LPQmM4Klscf-ZA_m0iKiRIG-WxCOvFd-cVdnDC241FzSsqZMSKiNJ2GuO1SxlpHtW3QNxPvhfAAyy-ZYwHjRgxPtRnPdBzmVUfQalBfWHYL-9G5b82-A%3D%3D&tracking_referrer=www.scientificamerican.com.

Estudios en otras jurisdicciones arriban a similares conclusiones. Por ejemplo, en otro trabajo referido ahora a elecciones en Italia se concluye que: “Durante la última década, la erosión de la confianza en las instituciones públicas y los medios tradicionales han

Por supuesto que la cita de esos estudios puede ser tachada de antojadiza y el objetivo de esta investigación no es hacer un estudio pormenorizado de la situación desde un punto de vista empírico. Es posible que ello sea una deuda pendiente en nuestro medio. Sólo advertimos, como punto de partida, que se pone en duda la magnitud del rol de las redes sociales como elemento central de la nueva crisis de desinformación, por lo menos en lo que hace a los resultados electorarios.

El presente trabajo desarrolla la hipótesis 2) y es parte de una investigación que lleva adelante Al Sur, un consorcio de once organizaciones de la sociedad civil y del ámbito académico que, desde América Latina⁹, buscan conjuntamente fortalecer los derechos humanos en el entorno digital de la región. El objetivo general consistió en un mapeo y análisis de los instrumentos legales y de otra naturaleza que existen aplicables al estudio de la desinformación para identificar, en su caso, si existen nuevas aristas específicas o propias de este campo que permitan avanzar en soluciones más efectivas y menos disruptivas de la libertad de expresión. Para este estudio se ha planteado el desarrollo de un nuevo enfoque, y una visión diferente en el estado del arte actual donde constatamos un sobre-discutido análisis sobre la “desinformación”.

Esta investigación indaga fundamentalmente en las obligaciones de funcionarios públicos -y candidatos en contextos electorales- respecto a la emisión de falsedades que contribuyen a los problemas de “*misinformation*” y desinformación. Como podrá advertirse la investigación plantea las obligaciones éticas y legales que pesan sobre los funcionarios al expresarse en el ejercicio de sus funciones. Para ello, la primera sección ofrece una “taxonomía” de las falsedades, una herramienta útil para el análisis que sigue en el desarrollo de la investigación. La tercera sección indaga en la recepción de esta discusión en el Sistema Interamericano, prestando particular atención a las distinciones que el Sistema hace entre expresiones de funcionarios públicos y otros sujetos. La cuarta sección aborda la regulación de la expresión falsa de los funcionarios públicos desde la visión del

estado procediendo en paralelo. Como desarrollos recientes en el consumo de medios han llevado a una proliferación de información errónea en línea con carga política, no es de extrañar que muchos hayan estado cuestionando si la difusión de noticias falsas ha afectado los resultados de las elecciones recientes, contribuyendo al crecimiento de las plataformas de los partidos populistas. En este trabajo, nuestro objetivo es cuantificar este impacto centrándonos en el efecto causal de la propagación de desinformación sobre los resultados electorales en las elecciones generales italianas de 2018. (...) Nuestros resultados indican que la desinformación tuvo un impacto insignificante y efecto no significativo sobre el voto populista en Trentino y Tirol del Sur durante las elecciones generales de 2018.” (El subrayado no está en el original). Ver Cantarella, Fraccaroli & Volpe, *Does fake news affect voting behaviour?*, Dipartimento di Economia Marco Biagi, Università Degli Studi di Modena e Reggio Emilia, junio 2019, Paper Series N°146, disponible en <http://155.185.68.2/wpdemb/0146.pdf> (último chequeo 21/04/2021).

⁹ Ver en <https://www.alsur.lat/quienes-somos>

derecho penal, del derecho administrativo, y de las regulaciones sobre ética del actuar de los funcionarios.

Como podrá advertirse, la investigación avanza sobre discusiones que hoy son comunes, como la necesidad de regular las redes para evitar la difusión de mensajes falsos, para proponer una mirada alternativa y paralela, e indagar en las obligaciones de veracidad que tienen los que ejercen cargos públicos cuando se expresan. Para este análisis se ha profundizado el caso de la difusión de manifestaciones falsas en sectores específicos vinculados con la información que circula durante las campañas electorales y la que se disemina para la lucha de la actual pandemia producto del COVID-19 que azota globalmente. La investigación concluye intentando aclarar el rol y las obligaciones que tienen los Estados y sus funcionarios para evitar la proliferación de la desinformación de manera general y en contextos específicos como los indicados antes: salud y pandemia, y campañas electorales.

2. “Taxonomía” sobre “expresiones falsas” para justificar su reproche

En esta investigación se adopta el marco conceptual que exponen Benkler, Faris y Roberts en su trabajo “Network Propaganda”. En los siguientes capítulos nos referiremos a estos conceptos delimitados de la siguiente manera¹⁰:

1. “Propaganda” y “desinformación”: manipular y engañar a las personas intencionalmente para lograr fines políticos.
2. “Propaganda en red”: las formas en que la arquitectura de un ecosistema mediático lo hacen más o menos susceptible de difundir este tipo de manipulaciones y mentiras.
3. “Basura”: comunicaciones de medios a los que no les importa si sus declaraciones son verdaderas o falsas, y generalmente tampoco cuál es su efecto político, siempre que ganen dinero.

¹⁰ *Network Propaganda*, cit. Traducción propia. Texto original: ““Propaganda” and “disinformation”: manipulating and misleading people intentionally to achieve political ends. “Network propaganda”: the ways in which the architecture of a media ecosystem makes it more or less susceptible to disseminating these kinds of manipulations and lies. “Bullshit”: communications of outlets that don’t care whether their statements are true or false, and usually not what their political effect is, as long as they make a buck. “Misinformation”: publishing wrong information without meaning to be wrong or having a political purpose in communicating false information. “Disorientation”: a condition that some propaganda seeks to induce, in which the target population simply loses the ability to tell truth from falsehood or where to go for help in distinguishing between the two.”

4. “Mala información”: publicar información incorrecta sin querer ni tener un propósito político al comunicar información falsa.
5. “Desorientación”: una condición que cierta propaganda busca inducir, en la que la población objetivo simplemente pierde la capacidad de diferenciar la verdad de la falsedad o dónde acudir en busca de ayuda para distinguir entre las dos.

En esta clasificación, 1 y 4 pueden tener puntos en común, por lo que aquí nos referiremos conceptualmente a cualquiera de esas dos categorías. En ambas categorías puede caracterizarse lo que en los últimos tiempos se ha venido llamando “desinformación”. La clasificación que antecede es una de las posibles porque como bien señala en su informe “La desinformación y la libertad de opinión y de expresión”, la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas, Irene Khan: “No existe una definición universalmente aceptada de desinformación. Mientras que la falta de acuerdo dificulta la adopción de una respuesta internacional, la falta de consenso subraya la naturaleza compleja, intrínsecamente política y controvertida del concepto.”¹¹

Una cuestión que para esta investigación debe quedar clara conceptualmente se vincula con las razones por las cuales una determinada expresión falsa pueda ser a) aceptada socialmente; b) rechazada socialmente; d) considerada como una acción disvaliosa que merece un reproche sólo moral; e) considerada como una expresión disvaliosa que merece un reproche desde el campo jurídico. Posiblemente puedan existir otras cuestiones que debamos tener en cuenta, pero entendemos que estas son suficientes.

Resulta en primer término conveniente elaborar una suerte de taxonomía de las expresiones falsas. En un reciente trabajo, Cass Sunstein se ha ocupado de estos temas de una manera sencilla pero no por ello menos profunda.¹² Muchas de las consideraciones que se exponen a continuación han sido inspiradas en ese trabajo.

Siguiendo a Sunstein, para establecer esa taxonomía, en primer lugar debemos atender a cuatro factores que resultan relevantes:

1. La intencionalidad de quien se manifiesta. Al afirmar algo que es falso, quien lo hace puede ser consciente de que: a) miente; b) duda y no se preocupa en

¹¹ Khan, *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión*, A/HRC/47/25, 13 de abril de 2021 (en adelante “Informe Relatoría ONU”), disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/47/25> (último acceso 13/05/2021).

¹² Sunstein, *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*, Oxford University Press (2021).

confirmar lo que dice (dudoso despreocupado); c) es negligente; o d) siente razonable lo que dice (no duda pero está equivocado). Obviamente la diferencia entre “a” y el resto de las opciones en general será clara. Respecto de las tres restantes, es posible que sea difícil diferenciar en algunos casos.

2. La magnitud del daño que provoca su expresión falsa, si este fuera cuantificable. Aquí, también siguiendo a Sunstein, podemos hacer una suerte de gradación del daño que causa: a) grave; b) moderado; c) leve; d) inexistente.

Adelantemos algo que es central en nuestra investigación: una expresión falsa de un funcionario puede provocar una guerra, o que mueran millones de personas como consecuencia de una pandemia (daño grave). Es por ello que la magnitud del daño será relevante para tener en cuenta las obligaciones que pueden tener los funcionarios al momento de expresarse.

3. La probabilidad de que el daño -cualquiera sea su magnitud-, se concrete. Aquí también puede haber un continuo entre un resultado: a) seguro; b) probable; c) improbable; d) imposible.

Nuevamente, adelantando cuestiones que serán profundizadas luego, resultará relevante la posición y credibilidad del funcionario para determinar la probabilidad del daño de una manifestación falsa. No es lo mismo una ministra de la cartera de salud afirmando que tomar agua con derivados del cloro cura la enfermedad provocada por el virus del COVID 19, que la misma afirmación difundida en redes sociales la haga una persona desconocida que promociona su producto que justamente es una mezcla de cloro con agua.¹³

4. El tiempo en que el daño se producirá. Esta categoría asume que hay un daño que ocurrirá, la cuestión es cuándo. Para ello se puede considerar que el daño ocurrirá: a) inmediatamente; b) muy próximamente (futuro cercano); c) no próximamente (futuro no cercano); d) lejanamente en el futuro. Por supuesto, tratándose de un continuo, puede haber dificultad en distinguir una situación de otra, pero no nos preocupamos aquí por establecer límites claros

¹³ Este ejemplo no es simplemente un caso hipotético, a punto tal que la Organización Panamericana de la Salud debió salir a aclarar la situación. Ver “*La OPS advierte contra el uso de productos de cloro como tratamientos para COVID-19*”, 5 de agosto de 2020, disponible en <https://www.paho.org/es/noticias/5-8-2020-ops-advierte-contra-uso-productos-cloro-como-tratamientos-para-covid-19> (último chequeo el 8/4/21).

entre uno y otro, dado que creemos que es suficientemente simple como para comprender a qué apuntamos en este capítulo.

Expresaremos todo esto en un cuadro que nos será útil para visualizar la taxonomía que proponemos:¹⁴

Factores relevantes	A	B	C	D
1. Intencionalidad	Miente	Dudoso despreocupado	Negligente	Razonable equivocado
2. Magnitud del daño	Grave	Moderado	Leve	Inexistente
3. Probabilidad del daño	Seguro	Probable	Posible	Imposible
4. Temporalidad del daño	Inmediato	Futuro cercano	Futuro no cercano	Futuro lejano

Gracias a esta tabla podemos empezar a visualizar en qué casos las expresiones falsas merecen o no reproche, y en ese caso, qué tipo de reproche merecen. Podemos ya adelantar algunas conclusiones: no será lo mismo que la expresión cumpla todas las características de la columna “a” que la de la columna “d”. Sin embargo, en las situaciones reales pueden encontrarse algunas combinaciones que nos pueden hacer dudar sobre las respuestas a nuestras inquietudes. Por ejemplo, un caso de intencionalidad mentirosa que produce un daño inexistente, ¿puede ser reprochado? O un caso de intencionalidad mentirosa y daño grave pero que ocurrirá posiblemente en un futuro lejano. ¿Cuál será nuestra respuesta?

Para no perder el objetivo principal de vista, proponemos reflexionar desde ahora en estas distintas combinaciones cuando son expresiones que provienen de funcionarios públicos únicamente y, consecuentemente con ello, revisar cuáles son o deberían ser sus obligaciones a la hora de expresarse. Obviamente estas obligaciones podrán provenir desde distintos mecanismos de control social. No es este el lugar para analizar en profundidad esos distintos mecanismos. Alcanza con mencionar que las obligaciones a la hora de expresarse sin caer, por ejemplo, en todos los factores de la columna “a” pueden surgir de obligaciones informales que regulan la vida en sociedad, cuya consecuencia puede ser simplemente un reproche moral; o bien, esas obligaciones pueden provenir de mecanismos formaliza-

¹⁴ En este trabajo estamos adoptando la explicación del Profesor estadounidense sin cambios, aunque podría sugerirse un elemento extra, que llamaremos el “quinto elemento”. Ese elemento podría ser beneficioso de incluir en la taxonomía propuesta y consiste en agregar el factor “nivel de obligación del orador”. Como veremos pueden establecerse obligaciones generales sobre su discurso (funcionarios); obligaciones específicas según su profesión (abogados, médicos, etc.); obligaciones éticas (ciudadanía). En otras palabras, el “quinto elemento” tendería a concentrarse en valorar quién emite la expresión y qué obligaciones tiene.

dos como los que propone el ordenamiento jurídico, donde las consecuencias por el incumplimiento de esas obligaciones traerán un reproche estatal. Una tercera fuente podría ser de origen contractual: las redes sociales, por ejemplo, tienen un acuerdo, con consentimiento informado (o no tan informado), con quien va a ser uso de la red para expresarse plasmado en lo que generalmente se conoce como los “términos y condiciones” de uso.¹⁵ Dentro de estos acuerdos surgen algunas reglas sobre cómo expresarse, y la consecuencia del incumplimiento de esas reglas ya no sólo podrá tener un reproche moral o jurídico sino un reproche concreto de quien administra la red, llevando incluso a una suerte de sanción privada que impida al usuario seguir utilizando ese medio para expresarse.¹⁶

Nótese que toda esta construcción argumentativa tiene una base que hasta ahora hemos dado como firme y cierta. En términos coloquiales, esa base se traduce en “mentir está mal”. Esta afirmación se ha transformado en una suerte de “tabú moral”. Ahora bien, como todos los tabús, es posible intentar deconstruirlos y cuestionarlos. En otras palabras, es posible que las consecuencias de una expresión falsa no sean disvaliosas, sino al contrario, puedan ser valoradas positivamente. Proponemos revisar brevemente esta cuestión en el apartado siguiente.

3. Las afirmaciones falsas, ¿siempre tienen consecuencias negativas?

Volvamos por un momento a la taxonomía que propusimos más arriba. Pensemos en la siguiente expresión dicha por un ministro de Educación: “Los y las alumnas que tengan buen comportamiento en las escuelas seguro recibirán un regalo de un alienígena que llegará del planeta Marte a fin de año”. Creemos que podemos acordar que esta es una expresión que cae dentro de 1.a (intención de mentir). Ahora, ¿tiene una consecuencia negativa respecto del daño que puede producir? ¿o, en verdad, produce un daño inexistente (2.d), o cuanto mucho, daño leve (2.c) si, por ejemplo, creemos que puede tener alguna consecuencia psíquica en quienes reciben esa información? (sobre todo si a fin de año no reciben ningún regalo).

¹⁵ Ello puede también consistir en acuerdos de confidencialidad, por ejemplo, u otras limitaciones contractuales.

¹⁶ El ejemplo más evidente es la reciente decisión de Facebook respecto del ex presidente Donald Trump. Nick Clegg, Vicepresidente de Facebook para Asuntos Globales, dijo que las acciones de Trump “constituyeron una grave violación de nuestras reglas que merecen la pena más alta disponible bajo los nuevos protocolos”. Por ello fue suspendida la cuenta por dos años. Ver “Facebook anuncia que suspensión a Donald Trump será de dos años”, France 24, 4 de junio de 2021, disponible en <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210604-facebook-anuncia-que-suspensi%C3%B3n-a-donald-trump-ser%C3%A1-de-dos-a%C3%B1os> (último chequeo 12/6/2021).

Asumamos que gracias a esa expresión falsa (no existen los alienígenas) se cuantifica un mejor comportamiento en las escuelas. ¿Seguiríamos afirmando que “mentir está mal”, o empezaremos, en cambio, a contextualizar la expresión falsa?

No se nos escapa que esta conclusión puede abrir un abanico de otras posibilidades de análisis de las expresiones falsas, aunque creemos que la taxonomía propuesta basta, porque muchas veces todas las cuestiones de la columna “d” dependerán para confirmarse de un determinado contexto. Pero esta cuestión nos permite, sin embargo, preguntarnos las razones por las que está muy arraigado en la cultura de nuestras sociedades que mentir es disvalioso. Para responder a esta pregunta, como bien lo aproxima Sunstein en el trabajo citado, podemos buscar respuesta en las intuiciones éticas que nos llevan a ese pensamiento y que provienen de corrientes de pensamiento utilitaristas y kantianas.

Para el padre del utilitarismo, Jeremy Bentham, no existiría una objeción a mentir dado que lo que se busca en general, es maximizar la utilidad –felicidad– de la sociedad. Citando a Bentham, “La mentira, en sí misma, si no viene acompañada de otras circunstancias, nunca puede, de acuerdo al principio de utilidad, constituir ningún tipo de ofensa”.¹⁷ Sería incorrecto, sin embargo, sostener sólo por esta afirmación que los utilitaristas aprueban la mentira como una expresión que no debe ser reprochada. Al contrario: dado que las relaciones humanas se basan en la interacción comunicativa, las expresiones falsas conspiran contra la felicidad de esas relaciones humanas en ciertas circunstancias, y por ello, aunque no de manera general sino analizando casos específicos, es inadmisibles para una sociedad no reaccionar frente a las expresiones falsas. En otras palabras, “mentir está mal”.

La obligación de comunicarse a partir de expresiones verdaderas fue abordada también y de manera similar por Günter Jakobs en un trabajo que ya tiene varias décadas.¹⁸ En un artículo que escribió para el libro Homenaje a Jescheck, titulado “La misión de la protección jurídico penal del honor”, rompe directamente con la afirmación de que el honor se protege en tanto y en cuanto es necesario proteger la dignidad de las personas. En sus propias palabras, “[e]n este trabajo se defiende la tesis de que corresponde a las normas contra las injurias prestar la necesaria garantía de veracidad específica. Esta tesis tiene la consecuencia de que los delitos de injurias ya no pueden concebirse exclusivamente como delitos contra

¹⁷ Bentham, *The Principles of Morals and Legislation* (1789), citado por Sunstein.

¹⁸ Jakobs, *La Misión de la protección jurídico-penal del honor*, publicado en español en Estudios de derecho penal, traducción de Manuel Cancio Melia, Ed. Civitas, Madrid, 1997. Título en alemán: “Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes” publicado en Th. Vogler et al. (ed), *Festschrift für H. -H. Jescheck*, 1985, tomo I, pp.627 a 643.

las personas, sino que también deben ser definidos como delitos contra intereses públicos, esto es, delitos establecidos contra los falseamientos de la imputación formal.” Las razones de Jakobs para realizar estas afirmaciones son las siguientes: en primer lugar, entiende acertadamente que el derecho penal no es el único método de control social. Es cierto que es “normatizado” pero ello no permite negar sin más que existen otras instituciones que componen lo que él llama un sistema global de control social. Dentro de esas otras instituciones encontramos la familia, la escuela, la iglesia, las asociaciones, los sindicatos, etcétera. Todas estas “instituciones”, mediante la aplicación de sanciones derivadas de sus reglas formales (el caso de la administración de justicia penal) o informales (el resto), permiten generar un efecto estabilizador que permite la convivencia en sociedad.

Ahora bien, para que las sanciones informales puedan ser correctamente aplicadas y no sean una sucesión de errores y aciertos fortuitos, debe existir la posibilidad de hablar abiertamente sobre los comportamientos reprochables y sobre los que son merecedores de premios. Obviamente, estas expresiones deben ser expresiones verdaderas, justamente, para que las sanciones informales no sean casuales. Sin embargo, Jakobs correctamente dice que no existe un derecho “general” a la verdad. Sólo en algunos casos, por ejemplo, las declaraciones que toma un juez en un procedimiento judicial, deben ser verdaderas. De ello deriva la necesidad de que al menos exista un derecho a la verdad específica. De no existir un derecho a la verdad específica, esto es, un derecho a que todos digan la verdad sobre los comportamientos de sus semejantes, podrían provocar sanciones informales incorrectas.

Toda persona que ejerce un rol determinado en la sociedad tendría, según Jakobs, el derecho a que se dijera de él sólo la verdad acerca de las cuestiones que sean de interés para que su participación no sea interferida por sanciones informales. La explicación es sencilla: para que los sujetos puedan interrelacionarse adecuadamente es necesario que el receptor de una comunicación sobre cualquier otro sujeto confíe en que es verdadera. No puede dejarse al receptor de la información el cuidado de la calidad de la información que recibe. Dice Jakobs, *“En consecuencia, existe un interés público en que las informaciones sean ajustadas a la realidad. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en la concepción exclusivamente personal, no se trata de un amplio derecho a la verdad, sino de un derecho muy limitado a obtener informaciones ciertas en alguno de aquellos ámbitos en los que la obtención de la información es de interés general como apoyo de la imputación.”*

Pasemos ahora brevemente a una visión kantiana del deber ético que analizamos. Si acordamos con el kantianismo que los seres humanos deben ser respetados en su dignidad, tratados con respeto, no como medios sino como fines en sí mismos, las expresiones falsas en todos los casos llevan a un tratamiento indigno de quien recibe la expresión. No importa aquí si la expresión causa o no un daño. Sólo importa que se ha tratado al otro sin respeto. Por lo tanto, desde una perspectiva kantiana, en casos, por ejemplo, donde un funcionario público que pretende ser reelegido y para ello miente sobre su oponente, el reproche no vendrá del daño que puede causar al sistema democrático, sino simplemente se justifica que esa acción debe ser reprochada porque le ha faltado el respeto y ha afectado la autonomía de la audiencia.

Para Sunstein, en cambio, *“Cuando un candidato o líder político miente a los ciudadanos [...] niega la premisa central de la democracia: la soberanía de la ciudadanía. Los políticos que mienten [...] actúan como si los ciudadanos fueran meramente instrumentos para su propio uso.”* Desde una perspectiva utilitarista Sunstein remarca que *“[c]uando los ciudadanos advierten que los políticos mienten, muchos se indignan. Después de un tiempo adoptan una postura indiferente. Incluso pueden dejar de escuchar. En cualquier caso, los líderes que mienten cortan las piernas del proceso democrático haciendo muy difícil o imposible a los ciudadanos saber en quién confiar. Ellos desacreditan la idea del autogobierno. Todo deviene dudoso”*.

Llegados a este punto, una posible conclusión podría esbozarse de la siguiente manera: la mentira, en términos generales, es moralmente reprochable. Pero la justificación para su reproche puede variar de acuerdo con el tema a tratar o sus autores y también varía el tipo de sanciones aplicables. No en todos los casos una expresión falsa es jurídicamente reprochable y por ello, por ejemplo, prohibida o silenciada. ¿Cuáles serían entonces esos casos donde es posible regular jurídicamente las expresiones falsas? La respuesta nos lleva de nuevo a la taxonomía propuesta y a los casos que caen en la primera columna atendiendo sobre todo al daño que pueden producir. Es por ello que ciertos temas, entre ellos los procesos electorales o la protección de la salud, por sus características tienen regulaciones especiales que indican cierta manera de proceder a los funcionarios públicos en relación con sus expresiones.

Antes de adentrarnos en esos dos campos, analizaremos en primer lugar, cuáles son las pautas que provienen del sistema interamericano de derechos humanos en materia de expresiones de los funcionarios públicos y cuáles son las obligacio-

nes que surgen de las regulaciones éticas que deben cumplir y que se encuentran plasmadas en distintas normativas.

4. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el tratamiento de las expresiones falsas del Estado y de los funcionarios públicos

La Opinión Consultiva N° 5 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)¹⁹ en 1985 ofrece el primer análisis de la Corte en torno a las expresiones falsas y su protección conforme el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁰. En esta Opinión, la Corte debía resolver una cuestión vinculada con la interpretación de los artículos 13 y 29 de la CADH en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y también acerca de la compatibilidad de una ley en Costa Rica (la ley N° 4420), que establecía la colegiación obligatoria de sus miembros para ejercer el periodismo, con las disposiciones de los mencionados artículos.

La OC-5/85 tuvo la virtud de responder mucho más allá de la consulta que Costa Rica le había planteado a la Corte Interamericana.²¹ El final de la historia es bien conocido: la CorteIDH determinó que esas leyes violaban la libertad de expresión. Pero para llegar a esa respuesta, el tribunal dejó para la posteridad un análisis muy completo del artículo 13 que ha sido retomado tanto por la Corte como

¹⁹ Ver http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.doc (último chequeo 9/4/21)

²⁰ Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas 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 del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.” Artículo 13 de la CADH.

²¹ En el sistema interamericano, la Corte Interamericana puede ejercer su competencia consultiva para que los Estados puedan hacerle preguntas, por ejemplo, como la que formuló Costa Rica en cuanto a la compatibilidad de su legislación con la Convención Americana.

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de manera directa o indirecta cuando debieron resolver posibles violaciones al art. 13 de la CADH.²²

En relación con el tema que venimos abordando, la CorteIDH expresó que

“77. Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.” (el subrayado no se encuentra en el texto original).

Para la Corte resultaba imposible regular la libertad de expresión de modo tal que sólo pudieran protegerse las expresiones verdaderas. En otras palabras, las expresiones falsas se encontraban protegidas, y ello se debía, fundamentalmente, a que lo contrario podría generar regulaciones de censura si se daba la potestad al Estado de decidir cuándo una expresión era verdadera y cuándo falsa.

Quince años después de esta Opinión Consultiva, la CIDH aprobó la “Declaración de Principios de Libertad de Expresión” donde establece que “*Condiciones previas, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.*”²³

²² Para quienes estén interesados en la historia y contenidos de la OC-5/85, ver “*Libertad de Expresión: A Treinta Años de la Opinión Sobre Colegiación Obligatoria de Periodistas: Estudios sobre el derecho a la libertad de expresión en la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.D/XV.18, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/OC5_ESP.PDF (último chequeo 9/4/21).

²³ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principio 7, disponible en <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm> (último chequeo el 9/4/21).

Al interpretar este principio, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la CIDH explicó que:

“31. Una interpretación correcta de las normas internacionales, especialmente del artículo 13 de la Convención Americana, nos lleva a concluir que el derecho a la información abarca toda la información, inclusive aquella que denominamos “errónea,” “no oportuna” o “incompleta”. Por tanto, cualquier calificativo previo que se le imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por el derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, el derecho a la información veraz no protegería la información que, por oposición a veraz, denominaremos errónea. Por lo tanto, toda aquella información que pueda ser considerada errónea, no oportuna o incompleta no estaría protegida por este derecho.

32. Al exigir la verdad, la oportunidad o la imparcialidad en la información se parte de la premisa que existe una verdad única e incuestionable. En este aspecto, es importante hacer una distinción entre aquellos temas que responden a hechos concretos y de posible comprobación fáctica, de los que corresponden a juicios de valor. En este último caso, es imposible hablar sobre veracidad o no de la información. La exigencia de veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas.

33. Por otro lado, asumiendo inclusive que sea posible determinar la verdad sobre todas las cosas, es indudable que precisamente el debate y el intercambio de ideas es el método indicado para la búsqueda de la misma y el fortalecimiento de sistemas democráticos basados en la pluralidad de ideas, opinión e información. Si de antemano se impone la necesidad de informar únicamente la verdad, precisamente se niega la posibilidad de efectuar el debate necesario para conseguirla. La posibilidad de sanciones por informar sobre un tema que, con posterioridad y gracias al debate libre, se podría determinar como incorrecto, conduce a la posible autocen-

sura de los informantes para evitar sanciones, y al consecuente perjuicio de todos los ciudadanos que no podrán beneficiarse del intercambio de ideas. La doctrina de la información veraz representa un retroceso para la libertad de expresión e información en el hemisferio ya que el libre flujo de información se vería limitado a la calificación previa de la misma entre “veraz” o “errónea”, lo que va en contraposición con la concepción amplia otorgada a este derecho dentro del Sistema Interamericano.

34. La Corte Interamericana sostuvo al respecto que las dos dimensiones de la libertad de expresión -individual y colectiva- deben ser garantizadas simultáneamente. El condicionamiento a la información que puede recibir la sociedad a través de los medios de comunicación impide el flujo de información oportuna, disminuyendo la capacidad de la sociedad de participación informada. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor.”²⁴

El párrafo final de esta interpretación de la RELE resulta por demás elocuente en cuanto a que las expresiones falsas no podrían ser sancionadas salvo que se demuestre la real malicia: que quien se expresa lo hace sabiendo su falsedad. Dice la RELE:

“35. Indudablemente, el derecho a la libertad de expresión protege también a aquella información que hemos denominado “errónea”. En todo caso, de acuerdo a las normas internacionales y la jurisprudencia más avanzada, únicamente la información que demuestre ser producida con “real malicia” podría ser sancionada. Pero inclusive en este caso esa sanción debe ser producto de una actuación ulterior, y en ningún caso se puede buscar condicionarla con anterioridad.”

Como vemos, en los albores del siglo XXI en el sistema interamericano lo que imperaba era lo que aquí hemos llamado “el tabú moral” respecto de la mentira: una expresión falsa, si se sabe que es falsa, merece reproche. Pero, como bien explica Catalina Botero Marino, “es posible sostener que la jurisprudencia inte-

²⁴ Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión, CIDH (2000), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202000.pdf> (último chequeo el 9/4/21).

americana ofrece, al menos, dos importantes estándares aplicables a cualquier esfuerzo estatal dirigido a prohibir o regular las denominadas “fake news”. En primer lugar, la simple falsedad objetiva de la expresión no puede ser objeto de prohibición o sanción estatal. [...] En segundo lugar, a partir de las decisiones de la Corte Interamericana es posible sostener que únicamente se justifica restringir la libertad de expresión como medio para proteger los derechos de terceros o el orden público entendido desde una perspectiva democrática estrechamente definida.”²⁵

Hasta aquí la interpretación del SIDH encuadra bastante bien con la taxonomía propuesta: si la expresión es falsa, se sabe falsa, y provoca un daño (columna “a” del cuadro expuesto más arriba), podría tener un reproche estatal.

Es posible afirmar, como lo hace Botero Marino que “Durante el 2016, especialmente en torno a la votación del Brexit en Inglaterra y a la elección presidencial de los Estados Unidos, se acuñó el término ‘posverdad’ para referirse a la información que no se basa en hechos objetivos, sino a aquella que apela a las emociones, creencias o deseos del público. Directamente relacionada con este término se popularizó la expresión “fake news”, o “noticias falsas” en este caso referida a la divulgación masiva de información falsa, a sabiendas de su falsedad y con la intención de manipular al público. Si bien se trata de un término empleado para denunciar la información falsa divulgada por algunos políticos, muy rápidamente estos últimos comenzaron a utilizarlo, de manera recurrente para desacreditar a la prensa, convertirla en su “enemigo” y blindarse así del escrutinio público.”²⁶

Frente a esta situación, es razonable que haya habido una alerta por parte de los defensores de la libertad de expresión a nivel global. El debate en torno a las expresiones falsas emanadas de funcionarios públicos de alto perfil que habían dado lugar al término “fake news” de pronto giró para restringir no ya esas expresiones sino, en su lugar, a la prensa o la crítica difundida a través de las redes sociales.

Esa alerta se tradujo en 2017 en la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda” que suscribieron el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la

²⁵ Botero Marino, *La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión*, en *Libertad de Expresión: A Treinta Años* (cit. nota XXII).

²⁶ Ibid.

Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).²⁷ En esta Declaración, específicamente establecieron que *“Las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos “noticias falsas” (“fake news”) o “información no objetiva”, son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión[...], y deberían ser derogadas.”*

Sin embargo, como lo venía anticipando la CorteIDH, en la Declaración se advierte el problema principal de esta investigación, que está vinculado a las obligaciones que tienen al expresarse los funcionarios públicos. En palabras de la Declaración, *“[...] c. Los actores estatales no deberían efectuar, avalar, fomentar ni difundir de otro modo declaraciones que saben o deberían saber razonablemente que son falsas (desinformación) o que muestran un menosprecio manifiesto por la información verificable (propaganda).”*

Como vemos, aparece el elemento de la “intencionalidad” como lo propusimos en la taxonomía de las expresiones falsas. Y, a *contrario sensu*, aparece en la Declaración el elemento de la “magnitud del daño”, obligando a los funcionarios a expresarse sin falsedad. Así, sigue diciendo la Declaración que *“[...]d. En consonancia con sus obligaciones jurídicas nacionales e internacionales y sus deberes públicos, los actores estatales deberían procurar difundir información confiable y fidedigna, incluido en temas de interés público, como la economía, la salud pública, la seguridad y el medioambiente.”*

Puede advertirse entonces que para el SIDH, sin abandonar los postulados establecidos por la CorteIDH en 1985, hubo alguna suerte de distinción en cuanto al ejercicio de la libertad de expresión de los privados desconocidos, e incluso de los medios, y de los funcionarios públicos. Esta distinción había comenzado en 2009. En los casos “Ríos y otros v. Venezuela”²⁸ y “Perozo y otros v. Venezuela”²⁹. La Corte IDH expresó que:

“En una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones

²⁷ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, ONU, OSCE, OEA, CADHP (2017), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2> (último chequeo 9/4/21).

²⁸ Corte IDH. Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.o 194, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf

²⁹ Corte IDH. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.o 195, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf

constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos.

Nótese el lenguaje que utilizó la Corte IDH: “deber” de expresarse pero con ciertas “limitaciones”. Y ¿cuáles son esas limitaciones?: realizar un esfuerzo para decir la verdad. ¿Y cuáles son las razones para establecer esa limitación? Claramente el daño que pueden ocasionar las expresiones falsas. En palabras de la Corte IDH:

“Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado.”

Estas ideas nuevamente son expuestas por la Corte IDH en la Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”³⁰. Allí se lee, en relación con las obligaciones de los Estados:

“34. Observar un especial cuidado en los pronunciamientos y declaraciones de los funcionarios públicos con altas responsabilidades respecto de la evolución de la pandemia. En las actuales circunstancias, constituye un

³⁰ Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, CIDH, abril 2020, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> (último chequeo 9/6/21).

deber que las autoridades estatales informen a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica. También, deben recordar que están expuestos a un mayor escrutinio y a la crítica pública, aun en períodos especiales. Los gobiernos y las empresas de Internet deben atender y combatir de forma transparente la desinformación que circula respecto de la pandemia.”

En conclusión: el “tabú moral” -mentir está mal- resulta limitadamente compatible con el SIDH pues la falsedad per se de la información no la excluye de la protección del artículo 13 de la CADH. Quienes ejercen la función pública, sin embargo, tienen libertad de expresión pero no es la misma que la de los privados desconocidos o incluso la de los medios de comunicación. En ellos mentir es reprochable, y puede ser regulada la obligación de no hacerlo, sobre todo teniendo en cuenta las consecuencias que las falsedades pueden acarrear.

A continuación se analizan disposiciones de derecho interno de carácter administrativo, penal y ético que explican los fundamentos y la justificación que en el derecho local se ha dado a las obligaciones mandadas a los funcionarios públicos de decir verdad.

5. Regulaciones estatales generales que mandan a los funcionarios a decir verdad (Derecho Penal, Derecho Administrativo y Códigos de Ética en la administración pública)

En la elaboración de este apartado, se intentó identificar distintas normas dentro del derecho interno de los diversos Estados de la región donde el consorcio Al Sur tiene presencia a través de sus miembros, a fin de identificar la tipología, naturaleza y justificación de las obligaciones que pesan sobre funcionarios públicos de decir verdad en nuestra región. Las siguientes normas citadas no son taxativas ni mucho menos. El objetivo es corroborar que dichas obligaciones existen; verificar en qué casos; y cómo se justifican las mismas a fin de analizar cómo pueden estas normas insertarse en el debate actual en torno a la crisis de desinformación que como alegan algunos autores, afecta nuestras democracias.

a. Reacciones del Derecho Penal frente a una actuación mendaz del funcionario público

Imaginemos el siguiente caso: un funcionario de alta jerarquía está encargado de consignar información relacionada con casos penales en trámite, en juicio, archivados, etcétera, en documentos que son utilizados como información estadística. Para ello debe constatar esa información cuidadosamente antes de incluirla, verificando los documentos de donde proviene la información para finalmente asentarlo en los documentos. Al cabo de un tiempo se advierte que el funcionario ha asentado información que no coincide con la realidad, creándose un problema para el seguimiento estadístico del sistema penal.

Traduzcamos este caso en palabras que son afines al objeto de esta investigación: el funcionario ha mentido (claro que por escrito, no verbalmente) al incluir información falsa. ¿Cuál es su responsabilidad?

Este caso no es tan hipotético. Una situación similar fue resuelta recientemente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.³¹ Obviamente en América Latina abundan este tipo de decisiones. Pero tomamos tan sólo esta sentencia de manera ilustrativa para demostrar el punto que desde ahora adelantamos: lesiona la fe pública una mentira de un funcionario público en ejercicio de sus funciones asentada en un documento y por ello la mentira, resulta sancionada en la órbita del derecho punitivo.³²

Este es el caso, por ejemplo, de los delitos de falsedad ideológica. En el caso en cuestión la Corte explicó, por ejemplo, que “*De conformidad con el artículo 286 del Código Penal, comete el delito de falsedad ideológica en documento público, “el servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad”*”. Más adelante repasaremos otros códigos penales de la región para demostrar que la cuestión tiene un tratamiento similar en todos ellos. Por ahora reparemos en lo que nos interesa: en este caso se reprocha penalmente consignar algo falso ¡o incluso callar la verdad! Las palabras de la Corte son muy elocuentes al interpretar este artículo, explicando que el hecho punible “[t]iene lugar cuando se consignan declaraciones ajenas a la verdad.”

³¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, SP154-2020 Radicación 49523 (Aprobado Acta No. 017), 29 de enero 2020, disponible en [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1feb2020/SP154-2020\(49523\).PDF](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1feb2020/SP154-2020(49523).PDF)

³² Cabe aclarar que no todos los actos de los funcionarios públicos dan fe pública. Los actos de los funcionarios en relación con sus funciones específicas sí la dan.

El valor de la verdad en el quehacer del funcionario es obviamente relevante. ¿Por qué? Nuevamente siguiendo el razonamiento de la Corte colombiana (como podríamos seguir a muchas otras cortes o doctrinarios), *“La exigencia se sustenta en la necesidad social de tener fe y confianza en los documentos dentro del tráfico jurídico, en oposición a la falta de credibilidad que podría derivarse de su falseamiento, pues se derrumbaría el principio de confianza y las expectativas de la sociedad tendrían que afianzarse sobre supuestos como la mala fe y la inseguridad jurídica, en desmedro del curso y agilidad requeridas en las relaciones sociales contemporáneas”*.

Reflexionemos brevemente sobre este párrafo para llevar el caso a afirmaciones falsas de un funcionario público de alta jerarquía expresadas masivamente en redes sociales en lugar de insertadas en un documento. ¿Cambiaría el argumento principal en torno a la justificación para el reproche que aparece aquí esbozado? Sostenemos que no. De la misma manera que las expresiones falsas consignadas en un documento público derrumban la confianza pública, las expresiones de funcionarios en ejercicio de sus funciones también derrumban la confianza con la que debe manejarse la sociedad en las relaciones cotidianas. Cabe aclarar, sin embargo, que no intentamos valorar aquí o evaluar las virtudes o defectos del derecho penal para tratar estas cuestiones sino meramente demostrar que el razonamiento para la existencia del reproche persiste inalterable, sea el dato falso consignado en un documento escrito, una manifestación oral o un posteo en una red social. No estamos en esta investigación proponiendo la sanción penal para las afirmaciones falsas. Por ahora sólo estamos demostrando que la valoración que se tiene en el Estado de Derecho de cómo deben ser las expresiones de los funcionarios públicos, es una valoración muy alta, a tal extremo que en algunos casos se encuentran tipificadas penalmente las mentiras cuando son consignadas por escrito en ciertos documentos.

Podrá argumentarse que en materia de daño (recordemos la taxonomía propuesta al comienzo), una falsedad plasmada en un documento público puede causar más perjuicio que la misma expresión expresada en una red social con amplia difusión. Creemos sin embargo que esto no necesariamente es así: imaginemos que un funcionario inscribe a una persona en un lugar de nacimiento que no es el de la persona. Supongamos que ese mismo funcionario dice falsamente el lugar de nacimiento de esa persona en una red social de amplia distribución. Agreguemos ahora dos hechos a este caso: la persona mal registrada/expuesta en redes sociales como nacida en un lugar erróneo es un candidato a presidente y el lugar declarado falso lleva a pensar que tiene compromisos con un estado extranjero. Agre-

guemos algo más: las expresiones en la red social se hacen durante una campaña electoral. ¿Estamos en condiciones de afirmar que en el caso de la inscripción escrita falsa el daño es mayor que en el caso de la mención en una red social?

El delito de falsedad ideológica de documento impone una obligación. La obligación de decir la verdad. Volviendo a la Suprema Corte de Colombia, *“La falsedad ideológica se configura cuando el servidor público [...] falta a su deber de verdad con efectos jurídicos, obligación propia de los servidores públicos dada su facultad certificadora de la verdad [...]”*³³

Podríamos dejar esta parte de la investigación con ese párrafo, pero analicemos la cuestión con algún detalle más sobre el bien jurídico tutelado, la fe pública, al cual tangencialmente nos hemos referido.

Los países de la región que tipifican este delito lo hacen interpretando que el delito de falsedad ideológica se configura cuando el sujeto activo inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad. Veamos seguidamente algunos ejemplos.³⁴

Argentina

Los artículos referidos a falsedad ideológica -y falsedades en general- se encuentran en el Título XII del Código Penal que trata sobre los delitos contra la fe pública. En paralelo, un sector de la doctrina menciona a la confianza como un bien jurídico que complementa el concepto de fe pública. De esta manera el derecho penal argentino, tal como lo mencionaba la Corte Colombiana respecto del Colombiano, también busca proteger la confianza que la población debe tener en aquellos instrumentos que desempeñan una función clave para la realización de múltiples actos jurídicos.

El Código Penal argentino contempla el delito de falsedad ideológica de instrumento público en su art. 293. Según esta disposición, *“será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio”*. La pena aumenta en el caso

³³ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, SP154-2020, cit.

³⁴ Toda la información de los países mencionados ha sido provista por organizaciones de AI Sur.

que el documento falsificado esté destinado a acreditar la identidad de 1) integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, 2) las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes; y 3) los certificados de parto y de nacimiento. En estos casos la pena será de 3 a 8 años.

Por otro lado, el art. 296 establece que *“el que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad”*. Finalmente, el art. 298 dispone que cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo -entre ellos, el delito de falsedad ideológica de documento público- fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

Brasil

La figura de “falsedad ideológica” está prevista en el código penal en el artículo 299:

“Omitir, en un documento público o privado, una declaración que deba incluirse, o insertar una declaración falsa o diferente a la que deba redactarse, con el fin de lesionar la ley, crear una obligación o cambiar la verdad sobre un caso legalmente relevante.”

La Corte Superior de Justicia consideró que “[...] la configuración del delito descrito en el art. 299 del CP requiere ... cambiar la verdad sobre un hecho jurídicamente relevante.” (TJSP. 12ª Câmara de Direito Criminal. Apelação Criminal nº 1000910-67.2016.8.26.0319. Relator Paulo Rossi. j. 08/03/2021.)

Chile

Los artículos del Código Penal están bajo el título de “Delitos contra la fe pública”, y sólo una hipótesis está relacionada con la verdad del contenido del documento, mientras el resto están centradas en la autenticidad del documento.³⁵ Esta distinción conceptual es mucho más clara en los delitos tributarios sobre

³⁵ Ver Rojas, Réplica tardía a la recensión de Hernández sobre *“Teoría funcionalista de la falsedad documental”*, disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v13n26/0718-3399-politcrim-13-26-01286.pdf>

falsedad material y falsedad ideológica de facturas.

Existen varias figuras que sancionan la falsificación de documentos públicos en el Código Penal. En particular, el artículo 193 se refiere a un delito especial, cometido por funcionarios públicos, con varias conductas que implican la falsedad en un documento oficial. El artículo 194 fija la pena para las mismas conductas cometidas por particulares, y el artículo 196 extiende la pena a quien hace uso intencional del documento falso o falseado. Adicionalmente, los artículos 199, 200 y 201 se refieren de manera específica a pasaportes y documentos de autorización para el porte de armas, tanto para penar su falsedad como para penar su uso.

Costa Rica

En el Código Penal el delito de falsedad ideológica se encuentra en el Título XVI Delitos contra la Fe Pública, Sección I Falsificación de documentos públicos y auténticos. Específicamente, el artículo 360 presenta la figura de “falsedad ideológica”: *Art. 360- Falsedad ideológica. Las penas previstas en el artículo anterior son aplicables al que insertare o hiciere insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio.*

Colombia

Sin perjuicio de lo expuesto más arriba, se reitera que en Colombia existe el delito de falsedad ideológica y el delito de falsedad material en documento público. Se encuentran regulados en la Ley 599 de 2000 (Código Penal) así:

“Artículo 286. Falsedad ideológica en documento público. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.”

El bien jurídico tutelado es la fe pública (según así lo advierte el título IX del Código Penal “Delitos contra la fe pública”).

Guatemala

El Código Penal guatemalteco establece el delito de falsedad ideológica de documento en su artículo 322: “ *Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.*”

México

En México, la Ley General de Responsabilidades Administrativas del 18 de julio de 2016 dispone, en lo que interesa a esta investigación que:

“Artículo 63. Cometerá desacato el servidor público que, tratándose de requerimientos o resoluciones de autoridades fiscalizadoras, de control interno, judiciales, electorales o en materia de defensa de los derechos humanos o cualquier otra competente, proporcione información falsa, así como no dé respuesta alguna, retrase deliberadamente y sin justificación la entrega de la información, a pesar de que le hayan sido impuestas medidas de apremio conforme a las disposiciones aplicables.”

Además, el delito de falsedad ideológica se contempla en el artículo 243, Capítulo IV del Código Penal Federal relativo a la “Falsificación de Documentos en General”, aunque todo el título Décimo Tercero refiere al delito de Falsedad de manera más amplia. En concreto, el artículo establece:

“Artículo 243.- El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días multa. En el caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa.

Si quien realiza la falsificación es un servidor público, la pena de que se trate, se aumentará hasta en una mitad más.

La pena que corresponda por el delito previsto en el primer párrafo, se aumentará hasta en una mitad, cuando se falsifiquen documentos de asignatarios, contratistas, permisionarios o distribuidores a que se refiere la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.”

Panamá

El Código Penal panameño contiene en su Título XI sobre Delitos contra la Fe Pública, el delito de falsedad de documentos en general. Específicamente en lo que nos interesa:

“Artículo 366. Quien falsifique o altere, total o parcialmente, una escritura pública, un documento público o auténtico o la firma digital informática de otro, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años. Igual sanción se impondrá a quien inserte o haga insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, siempre que pueda ocasionar un perjuicio a otro.”

Paraguay

La producción de documentos públicos no auténticos en Paraguay se encuentra penalizado en el código penal ley 1.160/97 en Título V del Hechos punibles contra las relaciones jurídicas. Los artículos que se refieren a insertar informaciones falsas a un documento público son los artículos 246 y 250:

“Artículo 246.- Producción de documentos no auténticos 1º El que produjera o usara un documento no auténtico con intención de inducir en las relaciones jurídicas al error sobre su autenticidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º Se entenderá como: 1. documento, la declaración de una idea formulada por una persona de forma tal que, materializada, permita conocer su contenido y su autor; 2. no auténtico, un documento que no provenga de la persona que figura como su autor. 3º En estos casos será castigada también la tentativa. 4º En los casos especialmente graves, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

Artículo 250.- Producción inmediata de documentos públicos de contenido falso 1º El funcionario facultado para elaborar un documento público que, obrando dentro de los límites de sus atribuciones, certificara falsamente un hecho de relevancia jurídica o lo asentara en libros, registros o archivos de datos públicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º En estos casos será castigada también la tentativa. 3º En casos especialmente graves, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.”

Perú

En Perú, el bien jurídico protegido es la fe pública, traducida como la exigencia de una verdad legal o jurídica. De esta forma, se busca proteger la confianza que se tiene en que los documentos públicos sean verídicos y contengan información conforme a derecho: que los actos que contengan sean válidos. Se regula el delito de falsedad ideológica en el artículo 428º del Código Penal:

“Artículo 428º.- El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa. El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.”

República Dominicana

El Código Penal dominicano contiene en su capítulo III, Crímenes y delitos contra la paz pública, sección 1a, las distintas falsedades en documentos públicos. El bien jurídico protegido es la fe pública.

“Art. 145. Será condenado a la pena de reclusión mayor, el empleado o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometiere falsedad, contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica, alterando la naturaleza de los actos, escrituras o firmas, suponiendo en un acto la

intervención o presencia de personas que no han Código Penal de la República Dominicana 49 tenido parte en él, intercalando escrituras en los registros u otros actos públicos después de su confección o clausura.

Art. 146. Serán del mismo modo castigados con la pena de reclusión mayor: todo funcionario u oficial público que, en el ejercicio de su ministerio, hubiera desnaturalizado dolosa y fraudulentamente la sustancia de los actos o sus circunstancias; redactando convenciones distintas de aquellas que las partes hubieren dictado o formulado; haciendo constar en los actos, como verdaderos, hechos falsos, o como reconocidos y aprobados por las partes, aquellos que no lo habían sido realmente; alterando las fechas verdaderas, dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de lo que contenga el verdadero original.

Art. 147. Se castigará con la pena de tres a diez años de reclusión mayor, a cualquiera otra persona que cometa falsedad en escritura auténtica o pública, o en las de comercio y de banco, ya sea que imite o altere las escrituras o firmas, ya que estipule o inserte convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos después de cerrados aquellos, o que adicione o altere cláusulas, declaraciones o hechos que debían recibirse o hacerse constar en dichos actos.”

De lo expuesto hasta aquí se puede afirmar que, en nuestra región y de acuerdo a la normativa transcrita, el bien jurídico tutelado, expresado de manera general, es la “fe pública”.³⁶ Las distintas legislaciones de la región reprochan como un disvalor la falsificación e incluso en algunos casos las omisiones malintencionadas de datos verdaderos en documentos públicos agravados cuando es un funcionario público quien incurre en dichas falsedades. Dicho agravamiento en todos los casos parecería responder a la fe pública o confianza pública que gozan a priori los actos de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Para esta investigación alcanza con confirmar que existe un consenso regional en que la fe pública se afecta por una falsedad -más aún cuando proviene de un funcionario-. Y para dar contenido al concepto de este bien jurídico podríamos

³⁶ No es este el lugar para discutir sobre la importancia de la determinación y concreción de los límites de un bien jurídico determinado a la hora de su inclusión como un bien de alta jerarquía que debe ser alcanzado por el derecho punitivo.

recurrir a obras de prestigiosos y prestigiosas doctrinarias latinoamericanas, pero no siendo necesario tal profundidad, recurriremos una vez más a la Corte Suprema Colombiana, que nos confirma la relación entre la lesión del bien jurídico con la expresión falsa. En palabras del tribunal:

“De tiempo atrás la Sala ha considerado, y lo ratifica ahora, que la fe pública, en tanto bien jurídico constitucionalmente relevante y penalmente tutelado, consiste en la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes. Así, entonces, la fe pública se protege, desde el derecho punitivo, mediante la tipificación de varias conductas que la menoscaban o amenazan, entre ellas la prevista en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, previamente transcrito, en razón a que los servidores públicos tienen la función de certificación respecto de los documentos que suscriben en ejercicio de sus funciones, en los cuales deben consignar la verdad, no parcialmente o de modo amañado, sino de manera íntegra y completa. Desde antaño la Corte de manera pacífica ha considerado que esa función o tarea se sustenta en la obligación de ceñirse estrictamente a la verdad sobre la existencia histórica de un fenómeno o suceso, así como de incluir las especiales modalidades o circunstancias en que haya tenido lugar, en cuanto sean generadoras de efectos relevantes en el contexto de la relaciones jurídicas y sociales.” (subrayado no está en el original).”³⁷

En resumen, el derecho punitivo reconoce un disvalor en la falsedad en ciertas circunstancias, agravada en el caso de funcionarios públicos sobre quienes pesa un deber de decir la verdad. Si no lo hicieran, dependiendo de las circunstancias, podrían tener consecuencias penales. En palabras coloquiales, mentir no resulta gratuito.

b. Reacciones del Derecho Administrativo frente a una actuación mendaz del funcionario público

Como sabemos, para el derecho penal, en el caso de los delitos dolosos como el estudiado en el apartado anterior, el autor debe conocer que lo que dice es falso.

³⁷ Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Bogotá, D.C., enero dieciocho (18) de dos mil diecisiete (2017). Radicación No. 48079 SP163-2017 Aprobado Acta No 007, en <https://lavozdelderecho.com/files/Spenal48079.pdf> (último chequeo 14/4/21).

El caso del derecho penal entra en la taxonomía propuesta seguramente en la columna “a”. Pero el derecho penal no es el único que se ocupa de este tipo de expresiones o manifestaciones deliberadamente falsas. También se ocupan el derecho administrativo y la ética del funcionario público.

Pero supongamos ahora que el funcionario que miente lo hace por negligencia o desconocimiento, lo cual podría hacer, dependiendo el caso, que por otro motivo su acción escape al derecho punitivo. Resulta oportuno preguntarse entonces si esa afirmación escrita en un acto jurídico, que es falsa, acarrea alguna consecuencia. Recordemos que lo que estamos tratando de verificar es si cada vez que hay falsedad de un funcionario, hay consecuencias. El derecho administrativo nos permite, al igual que lo hicimos con la aproximación del derecho penal, responder afirmativamente a la cuestión.

Un prestigioso tratadista latinoamericano, Agustín Gordillo³⁸, nos explica que habrá responsabilidad administrativa “[s]i el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o error a un particular; tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional; en alguno de los fallos se lo vincula con la doctrina de los actos propios y la prohibición de autocontradicción.” Lo que se valora en el Estado de Derecho es que desde la función pública no se realicen acciones que lleven a engaño a la ciudadanía. Gordillo dice que ello es incluso “incompatible” con la función pública.

Para los administrativistas, lo que se lesiona es la confianza del administrado frente a los actos del poder. Algunos la llaman “confianza legítima”. Pedro Coviello³⁹ lo explica del siguiente modo:

“La protección de la confianza legítima es el instituto de derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configu-

³⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 1 Parte General, Primera edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires (2017), 15.4. X-30.

³⁹ Coviello, Pedro J. J., *La Protección de la Confianza del Administrado, Derecho Argentino y Derecho Comparado*, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires (2004), p. 462.

rarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico a los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; de tratarse de un acto o comportamiento válido, su continuidad o permanencia; y en los supuestos de revocación o modificación de actos válidos o de derogación de actos normativos (administrativos o legislativos), en la posibilidad del reconocimiento del derecho a una indemnización”.

Coviello pareciera incluir también a expresiones falsas no escritas (menciona comportamientos, promesas, declaraciones, o informes, etc.) jurídicamente relevantes, que tienen consecuencias concretas: la anulación, revocación, declaración de invalidez que puede invocar el perjudicado por el acto que ha incluido manifestaciones falsas que lesionan la confianza legítima sobre la que se asientan las relaciones entre el Estado y los administrados. Incluso aclara que en ciertos casos se pueden pedir reparaciones pecuniarias.

No se nos escapa que estos tratadistas están haciendo referencia a los casos donde por escrito -o incluso oralmente para algunos- se suscriben actos administrativos con “artilugios o artimañas” que pueden llevar a engaño. Pero recordemos que la cuestión conceptual que estamos debatiendo no cambia. Si no corresponde engañar a la ciudadanía por escrito, tampoco corresponde engañarla oralmente o en redes sociales. La exigencia de decir verdad de los funcionarios públicos en ciertas circunstancias en el ejercicio de sus funciones no puede ser diferente si se expresa en un acto escrito que si lo hace masivamente en una red social.

A manera de ejemplo las normas que presumen la validez, por un lado, y permiten la invalidación de actos administrativos que no son veraces, se encuentran en la legislación de América Latina. Citamos algunos casos a continuación.

Argentina

La ley 19.549 de procedimiento administrativo establece en su artículo 7 los requisitos esenciales del acto administrativo. El inciso b) dispone que el acto ad-

ministrativo debe tener una causa. Esto significa que la administración “deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable”. Por su parte, el art. 14 dispone que el acto administrativo es nulo de nulidad absoluta e insanable en diversos casos. Uno de esos supuestos se da cuando la voluntad de la Administración se encuentra excluida por “dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos” (inciso a) o cuando el acto fuere emitido con “falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados” (inciso b).

Colombia

En el derecho administrativo colombiano no hay principio o norma que prevea la veracidad de los actos administrativos. Sin embargo, de la redacción del artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA sobre presunción de legalidad, se ha derivado por vía interpretativa que existe a la par una presunción de veracidad. El texto del artículo 88 del CPACA señala lo siguiente: *“Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”*

La presunción de legalidad -y de veracidad- de los actos administrativos se puede controvertir a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de nulidad, un proceso judicial que tiene lugar en la jurisdicción administrativa, o pueden ser revocados directamente por la misma autoridad que lo profirió.

La presunción de veracidad, sin embargo, se encuentra consagrada en el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela o amparo y que prevé que los hechos alegados son ciertos cuando no son contestados por la parte accionada en el tiempo previsto para ello (art. 20).

Costa Rica

No hay una referencia explícita sobre la veracidad de los actos administrativos, sin embargo, la Ley General de la Administración Pública expresa en su Artículo

132: “1) El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarca todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas.”

Perú

Uno de los principios rectores del Procedimiento Administrativo General Peruano es la presunción de veracidad en todas las actuaciones del procedimiento administrativo, regulado en el artículo 51° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG):

“51.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, respecto a su propia situación, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario. En caso de documentos emitidos por autoridades gubernamentales o por terceros, el administrado puede acreditar su debida diligencia en realizar previamente a su presentación las verificaciones correspondientes y razonables.

51.2 En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.”

Se presume que todos los actos, declaraciones y documentos tramitados en los procedimientos administrativos, son reales. Cabe precisar que esta presunción se aplica a las actuaciones del administrado dentro del proceso y no al acto administrativo en sí mismo.

A pesar de no estar regulado de forma literal, podríamos afirmar que la falta de veracidad de un acto administrativo es sancionada con la nulidad del mismo por una serie de motivos. En primer lugar, el artículo 3.2 de la LPAG dispone como requisito de validez del acto administrativo que su contenido sea lícito, preciso, y posible física y jurídicamente. Además, el artículo 1.11. del Artículo IV de dicha norma establece como principio el de verdad material, según el cual la autoridad

está en la obligación de verificar plenamente los hechos que sirvan de motivo de sus decisiones, lo cual influye en la motivación del mismo (también requisito de validez, artículo 3.4). La LPAG sanciona con nulidad aquellos actos dictados en defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo, por lo que un acto administrativo con contenido falso podría ser declarado nulo por defecto en su contenido o por carencia de motivación.

República Dominicana

La Ley No. 107 del 2013 describe la presunción de validez de los actos administrativos en su artículo 9 y 10:

“Artículo 9. Requisitos de validez. Sólo se considerarán válidos los actos administrativos dictados por órgano competente, siguiendo el procedimiento establecido y respetando los fines previstos por el ordenamiento jurídico para su dictado.

Artículo 10. Presunción de Validez. Todo acto administrativo se considera válido en tanto su invalidez no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional de conformidad a esta ley.”

El artículo 14 describe los requisitos para que se pueda decretar la invalidez en los actos administrativos:

“Artículo 14. Invalidez de los actos administrativos. Son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los dictados por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello, los carentes de motivación, cuando sea el resultado del ejercicio de potestades discrecionales, los de contenido imposible, los constitutivos de infracción penal y los que incurran en infracciones sancionadas expresamente con nulidad por las leyes.

Párrafo I. Se considerarán anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, los que vulneren las normas de procedimiento, los que carezcan de motivación suficiente en el ejercicio de potestades administrativas regladas, y los que se dicten

en desviación de poder por cuanto aun respetando las formas externas de su producción se aparten del fin para el que se otorgó la potestad.”

De igual forma, en el artículo 5, le ordena a los funcionarios públicos a: “Actuar de acuerdo con el principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en los procedimientos, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.”

De todo lo dicho, surge que en el derecho administrativo también existe una valoración especialmente negativa respecto de las falsedades de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, ampliadas incluso según entendidos en la materia no solo a documentos públicos, sino también a expresiones, actos y otras manifestaciones que puedan generar derechos y obligaciones o generar perjuicios para quienes confiaron en ellas.

c. Las obligaciones en las leyes que regulan el empleo y la ética pública

Por lo expuesto hasta aquí podemos concluir que en caso de manifestaciones falsas de funcionarios, en el Estado de Derecho, se tienen previstas consecuencias. Podría también afirmarse entonces, *contrario sensu*, que por ello existe –incluso como lo dice alguno de los doctrinarios citados– un deber o una obligación de decir la verdad. Si esto último no ha resultado tan claro de los dos apartados anteriores, veremos ahora que ese deber surge en los países de la región de las regulaciones que hacen al ejercicio de la función pública y a los códigos de ética de los funcionarios públicos.

En julio de 2018, en la XVIII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado se aprobó la Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública.⁴⁰ Como lo explican en la parte del preámbulo, la Carta pretende fomentar un sistema de integridad sólido que fortalezca lo que entendieron que era la práctica común en las administraciones iberoamericanas: el comportamiento honesto de nuestros servidores públicos. Uno de los objetivos que se detallan en el documento es “Promover la integridad de los responsables y servidores públicos”.

⁴⁰ Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública aprobada en la XVIII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado disponible en <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/1-Carta-Iberoamericana-de-%C3%89tica-e-Integridad-en-la-Funci%C3%B3n-P%C3%BAblica-2018-CLAD.pdf> (último chequeo 15/4/2021).

En la misma línea, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) bajo su iniciativa Educación para la Justicia (E4J, por sus siglas en inglés) en línea con su Programa Global para la Implementación de la Declaración de Doha elaboró el documento “Integridad Pública y Ética”⁴¹. En este documento se puede leer que “La integridad del sector público -o integridad pública- se refiere al uso de poderes y recursos confiados al sector público de forma efectiva, honesta y para fines públicos. Los estándares éticos relacionados adicionales que se espera que sostenga el sector público incluyen transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y competencia. Los miembros del personal de Naciones Unidas, por ejemplo, deben “mantener los más altos estándares de eficiencia, competencia e integridad”, y la integridad se define en el Estatuto y Reglamento del Personal 3 de Naciones Unidas, que incluye, pero no se limita a “**probidad, imparcialidad, equidad, honestidad y veracidad en todos los asuntos que afectan su trabajo y su estatus**” (Estatuto y Reglamento del Personal de Naciones Unidas 1.2(b))” (el destacado es nuestro).

Reparemos por ahora en dos palabras: honestidad e integridad. Seguidamente veremos que estas dos condiciones en el quehacer del funcionario público se reiteran en los países de la región que tienen sus propios códigos o leyes de ética en la función pública.

En Argentina, por ejemplo, la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (N° 25.164) dispone que es un deber de los funcionarios conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal (art.23). Otra palabra a tener en cuenta: respeto. La ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública⁴² agrega en su art.2 que los funcionarios deben “desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana”.

En Uruguay, la ley N° 19.823⁴³, en su artículo 13 dispone que “El funcionario público debe observar una conducta honesta, recta e íntegra [...] en el desempeño de su función, con preeminencia del interés público sobre cualquier otro.

⁴¹ Integridad Pública y Ética, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2019, disponible en [https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_13 - Public Integrity and Ethics - Spanish v.pdf](https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_13_-_Public_Integrity_and_Ethics_-_Spanish_v.pdf) (último chequeo 16/4/2021).

⁴² Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, N° 25.188, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25188-60847/actualizacion> (último chequeo 15/4/2021).

⁴³ Declaración de interés general del Código de Ética en la función pública, disponible en <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19823-2019> (último chequeo 15/4/2021).

En Chile, la ley N° 20.880⁴⁴ sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses dispone que la ley regula el principio de probidad en el ejercicio de la función pública y la prevención y sanción de conflictos de intereses. Y explica en qué consiste ese principio: “El principio de probidad en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular.”

En Colombia, el Código de Integridad del Servicio Público Colombiano⁴⁵ describe la forma de actuar de los funcionarios. Allí se puede leer bajo el título “Honestidad”: “*Actúo siempre con fundamento en la verdad, cumpliendo mis deberes con transparencia y rectitud, y siempre favoreciendo el interés general. Siempre digo la verdad, incluso cuando cometo errores, porque es humano cometerlos, pero no es correcto esconderlos*” (el destacado es propio)

En México, el Código de Ética de las Personas Servidoras Públicas del Gobierno Federal⁴⁶ dispone: “*ARTÍCULO 12. Es compromiso de las personas servidoras públicas, actuar atendiendo a los principios, valores y reglas de integridad contenidas en este Código, así como a las disposiciones legales aplicables a sus funciones, favoreciendo en todo momento, como criterio orientador, el bienestar de la sociedad.*” Y la Ley General de Responsabilidades Administrativas del 18 de julio de 2016⁴⁷ dispone, en lo que interesa a esta investigación: “*Artículo 7. Los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público.*”

En Panamá, el Código de Conducta de los Servidores Públicos de la Contraloría General⁴⁸ establece que es deber de los funcionarios “*8.4. Actuar siempre con transparencia, entendiendo esta última como un pacto de honestidad y honradez que realizan los servidores públicos y los ciudadanos.*”(el destacado es nuestro)

⁴⁴ Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, disponible en https://www.cmfchile.cl/portal/principal/613/articles-27838_doc_pdf.pdf (último chequeo 15/4/2021).

⁴⁵ Código de Integridad del Servicio Público Colombiano, disponible en https://www.funcionpublica.gov.co/documentos/28587425/34877072/2019-08-21_Codigo_integridad.pdf/da1a074a-8309-a46e-11a5-cfff0a3279e9?t=1566404916392 (último chequeo 15/4/2021).

⁴⁶ Código de Ética de las Personas Servidoras Públicas del Gobierno Federal, disponible en <https://www.gob.mx/asa/acciones-y-programas/codigo-de-etica-de-los-servidores-publicos> (último chequeo 15/4/2021).

⁴⁷ Ley General de Responsabilidades Administrativas, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgra/LGRA_orig_18jul16.pdf (último chequeo 15/4/21)

⁴⁸ Código de Conducta de los Servidores Públicos de la Contraloría General, disponible en http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_pan_cod_cond.pdf (último chequeo 15/4/2021).

En Perú, la Ley N° 27.815⁴⁹ determina en sus artículos 6.2 y 6.5 que el servidor público actúa de acuerdo a los siguientes principios: “2. *Probidad: Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona. (...) 5. Veracidad: Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos.*” (el destacado es nuestro)

Estos han sido algunos ejemplos de cómo está previsto el actuar de los funcionarios públicos en las regulaciones éticas. Como decíamos más arriba, queremos resaltar las palabras honestidad, integridad, veracidad, respeto, que se encuentran en la normativa. ¿Cómo se relacionan esos conceptos con el objeto de lo que tratamos en esta investigación? O, dicho de otro modo, ¿qué relación tienen con el establecimiento de una suerte de mandato no solo ético sino normativo de expresarse verazmente? Creemos que no es necesario extenderse demasiado sobre esta última cuestión. Solo unas breves pinceladas que dan cuenta de esa relación.

La “honestidad” es un concepto que, según la Real Academia, implica la cualidad de ser honesto. Y el adjetivo honesto encierra como sinónimos el ser probo, recto u honrado. Al mismo tiempo, la honradez implica, siguiendo la misma fuente de definición, la integridad en el obrar. La integridad, por su lado, implica una cualidad: ser íntegro. Y este adjetivo implica una cualidad de las persona de ser recto, probo, intachable. La probidad, y siempre siguiendo una interpretación semántica de la misma fuente, tiene como sinónimo la honradez, que vuelve a significar el actuar de manera recta con integridad en el obrar.

Podríamos detenernos aquí porque la definición original que buscamos sobre la honestidad ya engloba las características que deben regir a la función pública que, con palabras más o menos, contienen las cualidades de la probidad, la rectitud, la integridad y la honradez. Todos estos adjetivos están en las regulaciones vinculadas con el ejercicio de la función pública en la región. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que estas cualificaciones significan algo sencillo: son cualificaciones de una persona de la que se puede confiar. Y resulta obvio que no se puede confiar en quien miente. Por lo tanto creemos que todas estas regulaciones, el exigir honestidad, honradez, probidad o integridad, lo que exigen y obligan es al funcionario público a ser veraz en sus afirmaciones.

⁴⁹ Ley del Código de Ética en la Función Pública, N° 27.815, disponible en <https://www.mimp.gob.pe/files/transparencia/CET/ley27815.pdf> (último chequeo 15/4/2021).

d. Conclusión preliminar y una apostilla: la doctrina de la real malicia

En este capítulo argumentamos que, en el Estado de Derecho, las regulaciones provenientes desde distintos sectores del plexo normativo valoran negativamente la mentira del funcionario público. No sólo la valoran negativamente, sino que en caso de ocurrir pueden tener consecuencias graves o moderadas, tanto en su persona como en los actos que emanan de afirmaciones mendaces.

En este punto merece resaltar que la falsedad a sabiendas o con temeraria despreocupación sobre la averiguación de la verdad es la base de la doctrina de la “real malicia” que ha sido de alguna manera incorporada en la interpretación constitucional del ejercicio de la libertad de expresión y de prensa en varios países, y también, por qué no decirlo, en el sistema interamericano de derechos humanos. Creemos que antes de concluir vale la pena una apostilla para destacar que esta doctrina no se opone a lo que venimos sosteniendo.

En breves párrafos describiremos la doctrina norteamericana de la real malicia -*actual malice*- elaborada por la Corte estadounidense en el caso “New York Times vs. Sullivan”⁵⁰. La decisión marcó un punto de inflexión para la interpretación de la cláusula constitucional relativa a la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica.

Es historia conocida que el 9 de marzo de 1964, la sentencia de la Corte de Alabama, donde el juicio contra el diario New York Times había sido sustanciado, fue revocada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El juez William J. Brennan fue el encargado de desarrollar el voto de la mayoría, quien luego de una detallada fundamentación histórica y jurídica, concluyó sobre la inconstitucionalidad de las reglas del *common law* aplicadas en aquél estado, para finalmente expresar el estándar que debían aplicarse a este tipo de casos y que vulgarmente lo conocemos por “real malicia” (*actual malice*). El juez Brennan expuso que “*las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial al menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad*”.

⁵⁰ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). A quienes les interesa la historia detallada del caso, ver, Bertoni, *La Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*, Segunda Edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, Capítulo “New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina”, (2000). También, Lewis, “Make No Law, The Sullivan’s case and the First Amendment”, Vintage Books, New York (1992).

En otras palabras: la doctrina de la “real malicia” valora negativamente la afirmación falsa si se sabe de su falsedad o incluso si no hay una negligencia grave (despreocupación absoluta) por averiguarla. La debida diligencia en la búsqueda de la verdad varía de acuerdo a la profesión y la temática que se aborde. No serán iguales las obligaciones de un médico respecto a un diagnóstico o a la de un abogado respecto del contenido o interpretación de la ley que a la del ciudadano común. Sobre este último punto, podemos volver a los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando, como vimos, manda a que los funcionarios tengan un deber de verificación de los hechos que exponen más alto que una persona común precisamente por su función y la posición que ocupan en una sociedad democrática. Por lo tanto, nada de lo mantenido aquí puede ser controvertido con la invocación de esta doctrina.

Para concluir, sin perjuicio de que no pretendimos llevar adelante un examen exhaustivo, creemos haber demostrado que la mentira propalada por un funcionario público, cuando ocurre en ese carácter, puede concluir en sanciones penales o administrativas del funcionario, como también en la deslegitimación legal de los actos (anulación del acto) que son consecuencia de esa actuación mendaz. Y que dicha deslegitimación atenta contra la confianza pública y contra las condiciones que las distintas regulaciones exigen respecto de sus funcionarios públicos.

Y esta conclusión, que parece obvia, es clave tenerla afirmada con certeza en esta investigación porque como veremos, el problema de la difusión masiva de desinformación muchas veces se pretende corregir con censura. Estas propuestas no atienden al origen de muchas de esas afirmaciones o a las obligaciones específicas que a ciertas personas les cabe por sus funciones o su actividad en una sociedad democrática. A veces pueden provenir de privados, pero como quedará demostrado más adelante, en muchos casos provienen de los funcionarios públicos. Atendiendo a esta distinción y a todo lo expuesto, podría pensarse un modo distinto de abordar el problema de la desinformación, ¿por lo menos cuando esta parta de expresiones de funcionarios públicos? ¿Podríamos pensar nuevas áreas o aristas de investigación y desarrollo que nos permitan avanzar en mejores diagnósticos en torno al fenómeno y por ende en mejores soluciones?

Creemos por lo pronto que indagar en el problema desde esta perspectiva podría colaborar en la creación de soluciones alternativas incluso más efectivas redireccionando la atención para atender al origen de la desinformación, y a aquellos autores que tienen obligaciones diferenciadas por la posición que ocupan en una sociedad

democrática. Estas obligaciones diferenciadas, como vimos, existen y fueron creadas en nuestros ordenamientos jurídicos precisamente para imponer responsabilidades agravadas a los funcionarios públicos que en lugar de dar fe pública, como deberían, difundan informaciones falsas. Estas normas éticas y legales que obligan a los funcionarios a decir verdad y las consecuentes responsabilidades por incumplimiento deberían en definitiva servir como incentivo para minimizar la difusión de información falsa por parte del propio estado. Y si no están funcionando para ello, convendría quizás evaluar por qué y cómo habría en todo caso que revisarlas.

Para terminar, algo sobre lo cual no profundizamos, pero no por ello es menos importante. Son pilares básicos del Estado de Derecho, de la democracia y de la república, tanto la publicidad de los actos de gobierno como el acceso a la información pública. El deber de veracidad es una consecuencia de estos derechos. Sería inaceptable que el Estado brinde información falsa. De igual manera es inadmisibles que quien ejerce una función estatal lo haga, sea cual fuere el mecanismo que utiliza, cuando lo utiliza en el ejercicio de sus funciones.⁵¹ Si bien existe una discusión acalorada en la doctrina en torno a la naturaleza de las cuentas de funcionarios públicos, partidos políticos e incluso instituciones públicas en redes sociales, gran parte de la información que el Estado hoy difunde, la difunde desde cuentas oficiales en redes sociales y otros medios digitales y son cada vez más quienes se informan por estos medios.⁵²

En lo que sigue veremos algunas regulaciones específicas que demuestran lo mismo que aquí ha quedado evidenciado (obligación de manifestarse con la verdad) pero ya en ámbitos específicos donde las afirmaciones falsas pueden generar daños importantes y que por ello el deber de veracidad se encuentra reforzado.

⁵¹ Resulta relevante en este punto por ejemplo la demanda del Knight Center de la universidad de Columbia contra el ex presidente Donald Trump para solicitar que se prohíba al Presidente bloquear seguidores de su cuenta de Twitter. El Centro Knight argumentó y el tribunal coincidió en que a través de su cuenta el Presidente difundía información pública y de gobierno y que por ende su cuenta constituía un foro público. Ver *Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump*, No. 1:17-cv-5205 (S.D.N.Y.), No. 18-1691 (2d Cir.), No. 20-197 (Supreme Court).

⁵² Mergel, *Implementing Social Media in the Public Sector*, State & Local Energy Report (2013), disponible en <https://www.researchgate.net/publication/258028013> *Implementing Social Media in the Public Sector*.

"It is therefore not surprising that according to a recent Fels Institute report, 90% of all local government organizations are using Facebook and 94% have set up a Twitter account."

6. Regulaciones específicas que mandan la afirmación verdadera por parte de los funcionarios: el caso de las regulaciones de las campañas electorales

Un estudio sobre la situación en los países de la región permitiría concluir que, si bien existen regulaciones en materia electoral y órganos de supervisión de las elecciones, tales regulaciones concentran su atención en cuestiones de financiación y forma de las elecciones antes que en el proceder de los candidatos durante los procesos electorales. De todos modos, siguiendo la doctrina y la situación en alguno de los países, creemos que es importante definir algunos conceptos relacionados con los procesos electorales. El primero es el concepto de “campaña electoral”, y el segundo es lo que se conoce como “campaña sucia”.

Para el Diccionario Electoral “[p]uede definirse como campaña electoral al conjunto de actividades organizativas y comunicativas realizada por los candidatos y partidos, que tiene como propósito la captación de votos. Estas actividades están sujetas a normas y pautas de actuación que garanticen y permitan la igualdad de los competidores, la limpieza y transparencia del proceso electoral y la neutralidad de los poderes públicos.”⁵³

La campaña electoral se distingue de la “campaña negativa”, la cual es definida como:

“[...] aquellas que en vez de resaltar los elementos positivos de una candidatura propia están centradas en describir o llamar la atención sobre los defectos del adversario a nivel de su personalidad, trayectoria o de sus posiciones políticas, de modo tal de socavar o poner en duda su idoneidad como alternativa a elegir.” Sigue explicando el Diccionario que “[a]lgunos autores consideran que una campaña negativa es aquella que contiene argumentos políticos que pueden ser tanto verdaderos como falsos (García Beaudoux y D’Adamo, s/f.). Sin embargo, otros introducen el requisito de que la información presentada se ajuste a la verdad (Martín Salgado, 2002; Dworak, 2012). Si esto no fuera así se estaría más bien ante lo que se conoce como “campaña sucia”, definida como aquella que recurre a ofensas, inventa información, cae en la calumnia o se entromete en la vida privada del candidato (Dworak, 2012).”⁵⁴

⁵³ Diccionario Electoral (en adelante “Diccionario”), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Elecciones y Democracia, Tercera edición: IIDH/CAPEL y TEPJF, Costa Rica/México (2017), pág.93, disponible en https://www.iidh.ed.cr/capel/media/1440/diccionario-electoral_tomo-i.pdf

⁵⁴ Diccionario, cit., págs. 103-104.

Vemos entonces que la falsedad expresada por un candidato durante un proceso electoral es definida directamente como “campaña sucia”, lo cual, como veremos seguidamente, encuentra regulación en algunos países de la región. Por ejemplo, *“En el caso de las campañas sucias, éstas han estado presentes en las elecciones presidenciales de Colombia (2014) y de República Dominicana (2015) y en el referéndum para modificar la Constitución boliviana en el tema de la reelección presidencial (2016). Acusaciones no probadas sobre financiamiento ilegal de campañas o corrupción en la concesión de obras públicas o referidas a la vida privada de los candidatos, han sido el mensaje central de dichas campañas.*

Un caso paradigmático es el de México -explica la Red en Defensa de los Derechos Digitales R3D- cuyas campañas presidenciales de 2000 y, más intensamente, las de 2006, tuvieron como eje principal de la contienda campañas sucias a través de diversos spots en los que, en la mayoría de casos, se denigraba las características personales de los candidatos. Ello llevó a que en 2007 se prohibiera constitucional y legalmente lo que se ha definido como campañas sucias, lo que está plasmado en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales que contempla la prohibición de expresiones que calumnien a las personas en los mensajes de campaña (Art. 247.2), ordenándose la suspensión inmediata y retiro de este tipo de mensajes.

La Asociación por los Derechos Civiles en Argentina sostiene por su parte que Argentina es otro país que en su Código Nacional Electoral ha regulado su prohibición: impone pena de prisión de 2 meses a 2 años a quien con engaños induce a votar en una forma determinada o a abstenerse de hacerlo (art. 140). Otro es Honduras, que en su Ley Electoral y de Organizaciones Políticas establece que la propaganda electoral debe mantenerse dentro de los límites de la moral y la ética con una sanción penal frente a su incumplimiento (Art. 146) y, además, prohíbe la propaganda anónima o aquella que promueva el abstencionismo electoral, el incumplimiento de la ley o el irrespeto a las instituciones políticas y la dignidad de las personas (Art. 148).”⁵⁵

En agosto de 2018 la Cámara Nacional Electoral (CNE) emitió la Acordada Extraordinaria 66 que busca contribuir a verificar la autenticidad de las fuentes de información en materia electoral y de partidos políticos. Para este fin se dispone -entre otras cosas- la creación de un “Registro de cuentas de redes sociales y sitios web oficiales de los candidatos, agrupaciones políticas y máximas autoridades partidarias”, la publicación de los resultados del monitoreo de redes sociales y propaganda electoral en Internet realizados por la CNE y la obligación

⁵⁵ Diccionario, cit., págs. 106-107.

de los partidos políticos de acompañar el material audiovisual de las campañas en Internet y redes sociales junto con los informes finales de campaña. Por otro lado, la CNE impulsó la suscripción en mayo de 2019 de un “Compromiso Ético Digital” para preservar el debate democrático en las redes sociales y plataformas digitales durante las elecciones nacionales de aquel año. El compromiso fue firmado por las agrupaciones políticas nacionales, plataformas de redes sociales, entidades periodísticas y de la sociedad civil.

En Brasil, el artículo 9º de la Resolución 23.610/2019 del Tribunal Superior Electoral establece:

“La utilización, en publicidad electoral, de cualquier tipo de contenido, incluidos los transmitidos por terceros, presupone que el candidato, el partido o la coalición ha verificado la presencia de elementos que permitan concluir, con razonable seguridad, por la veracidad de la información, sometiendo a los responsables de lo dispuesto en el art. 58 de la Ley N° 9.504 / 1997, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal.”

Y el artículo 323 del Código Electoral (Ley 4.737/1965) establece pena de prisión de dos meses a un año o pago de 120 a 150 días de multa por *“Divulgar en la propaganda, hechos que sepa que son falsos, en relación con partidos o candidatos y capaces de ejercer influencia ante el electorado.”*

En Perú dentro de las conductas prohibidas en la realización de propaganda política, los partidos políticos, alianzas, movimientos y organizaciones políticas se encuentran prohibidos de llevar a cabo acciones **que contradigan el principio de veracidad**, según el cual, no se puede inducir a los electores a tomar una decisión sobre información falsa o engañosa (artículo 42 de la Ley N° 28094 - Ley de Organizaciones Políticas).

Estas disposiciones no versan sobre funcionarios públicos directamente sino sobre los candidatos a dicha función. Las regulaciones y la doctrina entienden que durante un proceso electoral no está admitido mentir para capturar votos, ni por parte de los funcionarios públicos, por los motivos establecidos en la sección anterior, ni por parte de los candidatos a cargos públicos. ¿Quizás la lógica también se encuentre en las condiciones éticas antes citadas deseables y exigibles en los funcionarios públicos, más aún en los electos por el voto popular?

En la discusión en torno a la campaña electoral y las campañas sucias, a diferen-

cia de las obligaciones que pesan sobre los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, tienden a haber espectros más amplios donde las obligaciones de decir verdad rigen. Así, las legislaciones citadas no distinguen falsedades en panfletos, redes sociales, discursos o plataformas. Como sostenía ya Eduardo Ulibarri, en un trabajo que tiene algunos años, *“la política se desarrolla en un mundo de imágenes, de conceptos, de percepciones, de discursos sobre la realidad. La información es parte de la acción. Es tan importante para el político como los evangelios y su divulgación lo son para la Iglesia. Por esto, en el campo de la política, cuando hay manipulación, es más probable que esta se inicie en la fuente, no en el medio. Lo más usual es que los medios sean cómplices -inocentes o deliberados-, mas no los iniciadores. En ellos puede seguir y amplificarse, pero normalmente no empieza.”*⁵⁶ (El destacado es nuestro). Un motivo más para pensar en paralelo a los problemas propios que las redes sociales o internet puedan plantear para nuestro ecosistema informativo, y reevaluar instituciones e instancias menos novedosas pero no por ello menos relevantes.

7. Regulaciones específicas que mandan la afirmación verdadera por parte de los funcionarios: el caso de las regulaciones en materia de salud

Hasta acá está claro que existen obligaciones de decir verdad en ciertos supuestos y que afectan particularmente a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Estas no son sin embargo las únicas restricciones permisibles a la libertad de expresión que mandan decir verdad. Similares obligaciones pesan sobre el discurso eminentemente comercial, por ejemplo- el mercado de la publicidad-, no solo en nuestra región sino también en otras, donde la protección de la libertad de expresión es incluso más robusta y en opinión de ciertos críticos, casi absoluta.⁵⁷ En el campo de la salud las regulaciones estatales son claras respecto a la obligación de no producir mensajes engañosos y mucho menos falsos.

⁵⁶ Ver Ulibarri, *Entre la Libertad de Información y la Manipulación. El Delicado Manejo de la Información Política*, en “Partidos y Clase Política en América Latina en los 90”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Centro de Asesoría y Promoción Electoral (1995), pág. 488.

⁵⁷ Discurso del Profesor Robert Post, ex decano de la Universidad de Yale, en el 10º aniversario del CELE, sept. 2019 (pendiente de publicación). Ver también Balkin, *Information Fiduciaries and the First Amendment*, UC Davis Law Review (2016), disponible en https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/4/Lecture/49-4_Balkin.pdf. Si bien el artículo refiere a otro tema que también resulta relevante al debate de desinformación pero por otros motivos, nos interesa sobre todo el desarrollo de las restricciones permisibles a la libertad de expresión bajo la Primera Enmienda y sobre todo lo que el Estado puede mandar decir o no decir bajo la Primera Enmienda sin que ello constituya una limitación abusiva de la libertad de expresión.

En la elaboración de este artículo se relevaron datos de por lo menos 9 jurisdicciones distintas de la región interamericana. De la recopilación realizada surge que en materia de salud las principales restricciones se vinculan con la “publicidad” de medicamentos o cuestiones relativas al cuidado de la salud, donde, como dijimos, la normativa es clara en cuanto estipula especialmente la necesidad de no producir mensajes engañosos o, pero aún, falsos.

Las razones detrás de ese tipo de normativa: si por vía de mensajes publicitarios por medios masivos de comunicación sobre determinados productos se hace llegar información incorrecta, las consecuencias para la salud de un alto número de personas sería negativa. Quizás de aquí surge la relevancia de este régimen para los fines de nuestra investigación. Al igual que la publicidad de productos médicos o de salud pública por medios masivos, las expresiones de funcionarios de alto rango pueden tener efectos similares en la población por su alto nivel de difusión. En consecuencia, si se regula la publicidad de manera que tienda a evitar los mensajes falsos ¿se extiende o podría extenderse este tipo de obligaciones a las declaraciones de funcionarios -o incluso figuras públicas (de acuerdo a su función y profesión, por supuesto)- que puedan tener una llegada a un gran número de personas y que, además, tengan la “autoridad” que da su cargo para convencerlas de sus afirmaciones?

Creemos que la descripción que sigue, aunque no exhaustiva, sugiere que sí, particularmente a la luz de la sección subsiguiente donde se da cuenta de algunos de los ejemplos recientes tomados de expresiones en el marco de la pandemia de COVID 19 a nivel regional.

a. ¿Cómo se regula la publicidad o difusión de información sobre medicamentos?

En Argentina, la resolución 20/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente establece que toda publicidad o propaganda dirigida al público de especialidades medicinales de venta libre y suplementos dietarios deberá cumplir con los criterios éticos establecidos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). En virtud de esta facultad, la ANMAT emitió la Disposición 4980/2005 que contiene las normas generales y específicas que deberá cumplir toda publicidad o propaganda dirigida al público, cuyo objeto sea promocionar especialidades medicinales de distinto tipo. A su vez, en el año

2010, la ANMAT dictó la Disposición 2845/2011 mediante la cual se crea el Programa de Monitoreo y Fiscalización de Publicidad y Promoción de Productos Sujetos a Vigilancia Sanitaria. Este programa tiene como objetivo la evaluación de las publicidades emitidas en los medios de comunicación para determinar si cumplen con la normativa vigente. Finalmente, la Disposición 9660/2016 estableció un sistema automatizado de captación en tiempo real para la fiscalización de las publicidades dirigidas al público en general. La ANMAT además publica las regulaciones sobre publicidad de productos para la salud, de donde se deduce claramente la prohibición del engaño en las publicidades.⁵⁸

En Colombia, la regulación sobre publicidad engañosa⁵⁹ se encuentra contemplada de manera general pero incluye a la publicidad en el ámbito de productos de la salud, en el Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011.⁶⁰ Algo similar a Colombia ocurre en Costa Rica. La regulación sobre publicidad es muy variada, no obstante, la Ley N° 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su respectivo reglamento hacen referencia a la publicidad falsa aplicada para todos los casos (definida como “cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, cuyo contenido sea contrario a la verdad”). La Ley hace una distinción clara entre publicidad engañosa y publicidad falsa. El artículo 113.c del reglamento expone:

“Artículo 113.-Reglas de aplicación a la oferta, la promoción y la publicidad. La oferta, la promoción y la publicidad de los bienes o servicios por parte de los comerciantes o proveedores, se regirán por las siguientes reglas de aplicación general:

c) La publicidad no deberá ser encubierta, denigratoria, falsa o abusiva, ni podrá contener ninguna manifestación o presentación visual que directa o indirectamente, por afirmación, omisión, ambigüedad o exageración, pueda razonablemente llevar a confusión al consumidor, teniendo presente la naturaleza y características de los bienes o servicios anunciados, así como el público a quien va dirigido el mensaje, y el medio a utilizar.”

⁵⁸ Ver Publicidad en Productos para la Salud, ANMAT en <http://www.anmat.gov.ar/comunicados/comunicado-publicidad-consumidores.pdf> (último chequeo 10/6/21).

⁵⁹ Ver Información Engañosa, Protección del Consumidor, Superintendencia de Industria y Comercio, en <https://www.sic.gov.co/informacion-enganosa> (último chequeo 10-6-21)

⁶⁰ Ver Estatuto del Consumidor, Ley N° 1480 de 2011, disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html (último chequeo 10-6-21).

En Guatemala no existe regulación legal a la publicidad. Sin embargo, diversos medios, agencias publicitarias y asociaciones crearon y se suscribieron al Código de Ética Publicitaria.⁶¹ Dentro de este Código, en su artículo 15 al 17, se regulan los anuncios relacionados a la salud. Especialmente, el artículo 16 dispone que *“Ningún anuncio de productos para enfermos, tratamientos y productos médicos debe a. Contener declaraciones que puedan conducir al engaño al consumidor, en cuanto a la composición, característica o resultados de la medicina o tratamiento sobre las indicaciones para las cuales se recomienda.”*

En Panamá, la publicidad transmitida por radio y televisión está regulada por el Decreto Ejecutivo 189 de 1999: *“Artículo 161. Los concesionarios de servicios públicos de radio y televisión no podrán transmitir dentro de su programación, ningún tipo de publicidad originada dentro de la República de Panamá relativa a: 1. Actividades relacionadas con la salud, tales como productos, tratamientos, curaciones y otras cuya venta, distribución o aplicación no haya sido autorizada previamente por el Ministerio de Salud.”* La publicidad relacionada al sector salud en Panamá está regulada por la Comisión de Publicidad y Propaganda, conformada por distintos departamentos y estamentos públicos. Y el Código Sanitario, después de una reforma mediante la Ley 13 de 2008, manifiesta: *“Artículo 171. Queda prohibida cualquier forma de publicidad o propaganda referente a la higiene, a la medicina preventiva y curativa, a las drogas y a los productos de uso higiénico o medicinal, cosméticos y productos de belleza, que no fueran previamente aprobados por el Ministerio de Salud, el cual objetará toda propaganda encaminada a engañar o explotar al público, o que en cualquier forma pueda resultar perjudicial para la salud. Constituye engaño o perjuicio público recomendar por cualquier método de propaganda servicios médicos no autorizados oficialmente o en desacuerdo con los hechos científicos; preconizar medicina a la que se atribuyan propiedades que no posean o que no figuran entre las aceptables por el Ministerio al momento de la inscripción; y viciar en cualquier forma las disposiciones reglamentarias preestablecidas. El Estado, a través del Ministerio de Salud o por ley, prohibirá cualquier tipo de publicidad, promoción o patrocinio de drogas, aun cuando sean lícitas, siempre que científicamente se compruebe que estas son perjudiciales a la salud humana y que constituyen una amenaza a la salud pública.”*

La Resolución 0523 del año 2019 en su art. 58: *“Artículo 58. Veracidad en la publicidad. Todo anuncio o aviso publicitario referente a las transacciones de que trata*

⁶¹ Ver Código de Ética Publicitaria de Guatemala en <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/Etica-Publicitaria.pdf> (último chequeo 10-6-2021).

este Título deberá ajustarse a la verdad, cuidando el anunciante de que no se tergiversen los hechos y que el anuncio o la publicación no induzca a error o confusión. Las afirmaciones que se refieran a la naturaleza, a la composición, al origen, a las cualidades sustanciales o a las propiedades de los productos o servicios deberán ser siempre exactas y susceptibles de comprobación en cualquier momento. Para los efectos de esta Ley, se entiende por publicidad engañosa aquella que refiere características o información relacionada con algún bien, producto o servicio, que inducen a error o confusión por la forma inexacta, limitada, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.”

En Perú, el artículo 3° de la Ley N° 27808 Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece de forma general la obligación de todas las entidades de la Administración Pública respecto no solo al acceso a la información solicitada por cualquier ciudadano, sino también respecto a la obligación de las entidades públicas de promocionar y publicitar la misma. Esto engloba también a la información relacionada a salud pública que puedan tener las entidades públicas en su poder. Además, la Ley N° 27808, en su Título V, regula el Régimen Sancionador aplicable a las entidades públicas que a través de acciones u omisiones infrinjan el régimen jurídico de la transparencia y acceso a la información pública. Las conductas son tipificadas como infracciones y se clasifican en leves, graves y muy graves. Estas sin perjuicio de las medidas correctivas que se implementen para revertir/corregir el daño generado por la conducta y sus efectos.

Por su parte, el artículo 4° de la precitada ley refiere que los funcionarios públicos que incumplan las disposiciones de la norma serán procesados por la comisión del delito de Abuso de Autoridad (artículo 377° del Código Penal). Como se ha detallado, la regulación es general y transversal a cualquier asunto público, incluidos los temas de salud pública. Por otro lado, la Ley N° 26842, Ley General de Salud regula de forma específica la información en salud y su correspondiente difusión. La norma, en su Título IV, hace referencia a dos temas: la actualización de datos en la Autoridad de Salud y la información, propaganda y publicidad en temas de salud. Respecto a este último, se regula que **la difusión no debe inducir a los receptores de la información a realizar prácticas que impliquen riesgos; tampoco debe contradecir lo establecido por la Autoridad de Salud en materia de prevención, tratamiento y rehabilitación de enfermedades** (el destacado es nuestro). Asimismo, el artículo 121 responsabiliza a la Autoridad de Salud respecto a la advertencia a la población sobre riesgos y daños de determinados productos, sustancias y actividades.

Finalmente, en República Dominicana, la publicidad está regulada por la Resolución 016-2014. Este documento prohíbe la publicidad engañosa y establece mecanismos de defensa y reparación. Esta resolución dirige los temas de publicidad sanitaria a la Ley General de Salud. Por su parte, el Ministerio de Salud Pública emitió un Reglamento Técnico que establece las directrices sobre la publicidad sanitaria. Este Reglamento⁶² específicamente estipula que “La información contenida en la publicidad se debe basar en evidencias científicas comprobables, ser independiente, exacta, fidedigna y verdadera.”

Claramente los Estados en la región han establecido pautas claras para sancionar cualquier publicidad falsa o engañosa en materias vinculadas a la salud pública. En algunos casos los Estados han incluido sanciones para funcionarios públicos que difundan información falsa o engañosa en torno a cuestiones de salud pública; en otros no. Para los fines de nuestro análisis, resulta relevante la existencia de precedentes donde se obligue a las autoridades a transmitir información cierta en cuestiones de salud; pero también resulta relevante verificar que el fundamento de los límites a la publicidad sobre medicamentos y cuestiones de salud responden a la potencialidad de daño, la masividad de su difusión y la legitimidad con la que cuentan los laboratorios médicos en los distintos Estados. Todos estos factores que los distribuidores médicos comparten en muchos casos con ciertos funcionarios públicos. Particularmente los de alto rango y los especializados en la materia.

8. Casos testigo de afirmaciones falsas de funcionarios públicos en la región

La aproximación teórica y normativa llevada adelante hasta aquí podría ser un mero ejercicio académico si en la realidad no se detectaran afirmaciones falsas por parte de los funcionarios públicos. Por supuesto que la intuición de cualquier persona medianamente informada podría concluir que hay expresiones que se realizan sin constatar su veracidad, tanto en medios de comunicación como en redes sociales. O incluso, en medios de comunicación que luego son replicadas por redes sociales potenciando la audiencia a límites que a veces no pueden determinarse.

En este capítulo se detallarán sólo algunos casos testigo de afirmaciones falsas

⁶² Ver Reglamento Técnico que regula la publicidad y promoción de medicamentos, cosméticos, productos sanitarios, de higiene personal y del hogar, Ministerio de Salud Pública (2016), en <http://infadomi.org/wp-content/uploads/2018/09/Reglamento-sobre-Publicidad-y-Promoci%C3%B3n-de-Medicamentos-Cosm%C3%A9ticos-Productos-Sanitarios-PUBLICIDAD-DE-MEDICAMENTOS.pdf> (último chequeo 10-6-2021).

de funcionarios públicos.⁶³ El trabajo compilado no pretende ni tiene por objeto ser una denuncia ni una valoración contra quienes se indican como los autores de tales afirmaciones. Tampoco se trata de una recopilación completa. Antes bien, en este capítulo se trata de constatar empíricamente que el problema existe, sin perjuicio de la valoración que pueda hacerse de su magnitud por la cantidad o contenido de esos mensajes.

En el marco de la pandemia del COVID 19 se dieron múltiples instancias de información falsa difundida ampliamente por funcionarios públicos mediante distintos mecanismos. Por ejemplo, en Argentina, entre octubre y noviembre de 2020, los diputados nacionales Martín Grande y Mónica Frade (del partido “Juntos para el Cambio”) solicitaron al gobierno nacional que considere al dióxido de cloro como alternativa para combatir al COVID-19. Además de no existir ninguna evidencia en torno a su eficacia, particularmente esa afirmación está contraindicada por argumentos científicos reconocidos y por la comunidad internacional a través de la Organización Mundial de la Salud.⁶⁴ En el mismo marco, en Brasil, la Fundación Alexandre Gusmão (Funag), organismo de investigación y difusión del Ministerio de Relaciones Exteriores (MRE), publicó un video con información falsa donde se indicaba que el uso de máscaras no era efectivo para combatir el coronavirus e incluso que era nocivo para la salud. En un evento organizado por la Funag denominado ‘La situación internacional en el post-coronavirus’, el panelista Carlos Ferraz, miembro de la Secretaría Nacional de Juventud del Ministerio de la Mujer, Familia y Derechos Humanos (MMFDH), afirmó que ‘la máscara no sólo no es efectiva en el combate a la pandemia, sino también es dañina, causa problemas de salud’. El presidente de la Fundación, Roberto Goidanich, también formó parte del evento y dijo que es una ‘falacia’ que la Organización Mundial de la Salud (OMS) sea la ‘dueña de la verdad’ y que tenga una ‘opinión científica’.⁶⁵ Estas afirmaciones son falsas y además desacreditan el organismo internacional encargado de lidiar con emergencias sanitarias, reconocido como tal por el propio Estado de Brasil. La OMS recomienda: “Las máscaras son una medida clave para suprimir la transmisión y salvar vidas. Las máscaras deben usarse como parte de

⁶³ La información consignada fue enviada por organizaciones que trabajan en los países mencionados y que forman parte de AI Sur.

⁶⁴ Ver Diputados piden ensayos con dióxido de cloro, pese a que se trata de una sustancia tóxica, Chequeado, 10 de noviembre de 2020, disponible en: <https://chequeado.com/hilando-fino/diputados-piden-ensayos-con-dioxido-de-cloro-pese-a-que-no-hay-evidencia-de-que-cure-el-nuevo-coronavirus/> (último chequeo 11/6/2021).

⁶⁵ Ver “Fundação do Ministério das Relações Exteriores Publica Vídeo com Informações Falsas sobre a Pandemia”, Agência de Emergência, 9 de septiembre de 2020, disponible en <https://agendadeemergencia.laut.org.br/2020/09/fundacao-do-ministerio-das-relacoes-exteriores-publica-video-com-informacoes-falsas-sobre-a-pandemia/> (último chequeo 11/6/21).

un enfoque integral de “¡Hágalo todo!” Dependiendo del tipo, las mascarillas se pueden usar para proteger a personas sanas o para prevenir la transmisión.⁶⁶ Este es uno de tantos otros casos de conocimiento público en Brasil.⁶⁷

Incluso, el presidente Jair Bolsonaro ha dicho en su *live*: “La hidroxiquina, azitromicina, ivermectina y Anitta, zinc, vitamina D han tenido éxito [en el tratamiento de Covid-19] “. Estas afirmaciones fueron hechas incluso a pesar de que en muchos estudios se han observado efectos secundarios como la arritmia cardíaca, lo que ha llevado a la Asociación Médica Estadounidense a emitir un comunicado pidiendo que el uso de la cloroquina se limite a estudios clínicos y dentro de los hospitales, bajo un estricto control. La azitromicina es un antibiótico que puede usarse contra infecciones bacterianas secundarias en casos de Covid-19, pero no actúa directamente contra el virus que causa la enfermedad. Tampoco hay evidencia científica que respalde la recomendación de la ivermectina, un medicamento utilizado contra los piojos, como prevención o tratamiento para Covid-19.⁶⁸

En Chile, altos funcionarios han realizado manifestaciones cuestionables. Por ejemplo, el intendente metropolitano afirmó en televisión que no hay evidencia científica o investigaciones que establezcan que el transporte público es foco de contagio de Covid-19. Fast Check CL consultó investigaciones y artículos científicos disponibles en internet, que desmienten lo dicho por el intendente Guevara⁶⁹. En la misma línea, en Guatemala, el presidente de la República, Alejandro Giammattei, aseguró en un evento internacional que la ivermectina es un sustituto de la vacuna contra el COVID-19.⁷⁰

⁶⁶ Ver “*Coronavirus disease (COVID-19): Masks*”, World Health Organization, 1 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-masks> (último chequeo 11/6/21).

⁶⁷ En Brasil, se dieron también otros casos que pueden mencionarse: La Ministra de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos afirmó: “Vinimos a ver el milagro del uso de la cloroquina asociada a otros medicamentos. Y la gente se está salvando aquí en Floriano [municipio brasileño]. ¡Extraordinario! Estoy llevando este protocolo a todo Brasil”. El viaje [a Floriano] tuvo lugar después de que comenzara a circular la información de que el medicamento era el responsable de vaciar la UCI (Unidad de Cuidados Intensivos) del hospital. Sin embargo, el coordinador técnico del hospital asegura que el éxito atribuido a la mejoría de los pacientes por el uso de cloroquina es falso y declara que el diferencial para evitar la UCI es el uso de medicamentos como corticoides y anticoagulantes para pacientes hospitalizados. Ver en “*É fake que é a cloroquina que cura, diz coordenador de hospital em que Damares buscou protocolo para coronavírus*”, Folha de Sao Paulo, 15 de mayo de 2020, disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2020/05/e-fake-que-e-a-cloroquina-que-cura-diz-coordenador-de-hospital-em-que-damares-buscou-protocolo-para-coronavirus.shtml>. (último chequeo 11/6/21).

⁶⁸ Ver “*Em live no pior dia de Manaus, Bolsonaro mente sobre Covid-19 no Brasil*”, Folha de Sao Paulo, 15 de enero de 2021, disponible en: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2021/01/15/bolsonaro-live-pazuello-covid-19/>

⁶⁹ Ver “*No hay, hasta aquí, ningún dato que permita señalar que el transporte público es un foco de contagio, no hay investigación*”: #falso, Fact Check CL, 20 de marzo de 2020, disponible en <https://www.fastcheck.cl/2021/03/20/felipe-guevara-no-hay-hasta-aqui-ningun-dato-que-permita-senalar-que-el-transporte-publico-es-un-foco-de-contagio-no-hay-investigacion-falso/> (último chequeo 11/6/2021).

⁷⁰ Agencia Ocote, mediante su proyecto Fáctica, utilizó fact checking y encontró falsa la aseveración del Presidente. Ver “*Por*

Tal como expresamos antes, estos son solo algunos ejemplos. Pero ellos demuestran que existen afirmaciones falsas por parte de funcionarios y estas tienen un impacto en el debate público de cuestiones centrales como la vacunación, el control sanitario y la contención de la pandemia. Ello así, en el capítulo que sigue, se evaluará la influencia de esas afirmaciones falsas desde un punto de vista teórico pero anclado en una realidad, para culminar la investigación con algunas recomendaciones.

9. Cuánto influyen las mentiras (o cuánto es el daño que causan)

Llegado a este punto hay algunas cuestiones que se deducen de la investigación. En primer lugar, las afirmaciones falsas por parte de funcionarios públicos se constatan en los países estudiados y han sido difundidas o amplificadas a través de redes sociales.

En segundo término, existe normativa que pondría en cabeza de los funcionarios una suerte de obligación de expresarse de manera veraz, sobre todo, pero no únicamente, en los sectores en que más se ha profundizado en esta investigación: durante los procesos electorales o en el combate a la pandemia que en estos tiempos azota globalmente.

En tercer lugar, hemos concluido que, más allá de la cuestión normativa, la “mentira” en general es valorada negativamente y por ello merece reproche, aunque como ha quedado explicitado al comienzo, pudieran ocurrir casos donde la afirmación de un hecho falso no deba, necesariamente, tener consecuencias legales o incluso sociales. Es lo que en el capítulo inicial de esta investigación llamamos el “tabú moral” que, en la taxonomía que propusimos, puede ser de alguna manera de-construido quedando únicamente afirmado en casos de afirmaciones falsas a sabiendas o con una actitud de negligencia manifiesta y que, además, produzcan daños considerables.

En este capítulo, y teniendo en cuenta estas tres cuestiones entendemos que es oportuno detenernos en la última, esto es, si las afirmaciones falsas que se constatan por parte de funcionarios públicos influyen negativamente de alguna manera en la realidad o, dicho de otro modo, si causan daños considerables. Como hemos puesto el foco en las afirmaciones falsas durante los procesos electorales o vinculadas con la lucha contra el COVID-19, entendemos que, para dar respuesta a esos interrogantes, deberíamos contar con estudios empíricos que demuestren el daño que causan,

qué la ivermectina no sustituye a la vacuna, como aseguró Giammattei”, Agencia Ocote, 23 de abril de 2021, disponible en <https://www.agenciaocote.com/blog/2021/04/23/por-que-la-ivermectina-no-sustituye-a-la-vacuna-como-aseguro-giammattei/> (último chequeo 11/6/2021).

o, lo contrario, que son inocuas.⁷¹ Estos dos temas son los que justamente y especialmente citó el “Informe Relatoría de la ONU”. Dice la Relatora que:

*“En los últimos años, las campañas de desinformación dirigidas por el Estado en varios países han tratado de influir en elecciones y otros procesos políticos, controlar el contenido de los debates públicos o poner freno a las protestas y las críticas contra el Gobierno. En el contexto de la pandemia de COVID-19, ha habido varios casos de actores estatales que han difundido afirmaciones no verificadas sobre los orígenes del virus responsable de la COVID-19, han negado que la enfermedad se estuviera propagando o han proporcionado información falaz sobre las tasas de contagio, el número de muertos y los consejos sanitarios. Esta desinformación ha repercutido negativamente en las labores de control de la pandemia, poniendo en peligro el derecho a la salud y el derecho a la vida, así como la confianza de la ciudadanía en la información pública y en las instituciones del Estado”.*⁷²

Sobre los dos temas apuntados nos referimos en apartados específicos más arriba. Pero volviendo a Cass Sunstein, sobre la verdad en la política argumenta⁷³ que

“En la vida y en la política, la verdad importa. Al final, puede que importe más que cualquier otra cosa. Es una condición previa para la confianza y, por tanto, para la cooperación. Pero, ¿qué pueden hacer exactamente los gobiernos para restringir la difusión de falsedades en los sistemas comprometidos con la libertad de expresión? En resumen: mucho menos de lo que algunos quieren, pero mucho más de lo que algunos de ellos están haciendo ahora.

He argumentado a favor de un principio general: las declaraciones falsas están protegidas constitucionalmente a menos que el gobierno pueda de-

⁷¹ Algunos de esos estudios se han citado más arriba. Ver *supra* nota V.

⁷² Khan, *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión*, cit., pág. 49.

⁷³ Sunstein, *Liars*, cit., pág. 131. Traducción propia. Texto original: “In life and in politics, truth matters. In the end, it might matter more than anything else. It is a precondition for trust and hence for cooperation. But what, exactly, can governments do to restrict the dissemination of falsehoods in systems committed to freedom of speech? In brief: Much less than some of them want, but much more than some of them are now doing. I have argued in favor of a general principle: False statements are constitutionally protected unless the government can show that they threaten to cause serious harm that cannot be avoided through a more speech-protective route. I have also suggested that when lies are involved, the government may impose regulation on the basis of a weaker demonstration of harm than is ordinarily required for unintentional falsehoods. Reasonable people can disagree about how to apply these ideas in concrete cases. In general, however, this general principle, and the accompanying suggestion, give a great deal of constitutional protection to falsehoods and even lies.”

mostrar que amenazan con causar un daño grave que no se puede evitar a través de una ruta más protectora del discurso. También he sugerido que cuando se trata de mentiras, el gobierno puede imponer una regulación sobre la base de una demostración de daño más débil de lo que normalmente se requiere para las falsedades no intencionales. Las personas razonables pueden estar en desacuerdo sobre cómo aplicar estas ideas en casos concretos. En general, sin embargo, este principio general, y la sugerencia que lo acompaña, brindan una gran protección constitucional a las falsedades e incluso a las mentiras.”(El subrayado no está en el original).

Con toda evidencia a Sunstein le preocupan las falsedades que provocan daños. Resulta interesante que en ese capítulo su referencia fundamental al daño que producen las noticias falsas se vincula con el sector de la protección de la salud. Dice este autor⁷⁴ que:

“[...]los funcionarios públicos tienen un poder considerable para regular las falsedades profundas y los videos manipulados. También tienen derecho a actuar para proteger la salud y la seguridad públicas, ciertamente en el contexto de las mentiras, y si las falsedades crean riesgos suficientemente graves, para controlarlas también. En todos estos contextos, algunas de las herramientas más prometedoras no involucran censura o castigo; involucran enfoques más protectores del habla, como etiquetas y advertencias.”

Es claro que Sunstein no propone un sistema que regule la posibilidad de censuras frente a las mentiras que provocan daños en el campo de la protección de la salud pública. Sin embargo, entiende que algo se debe hacer. En definitiva, y de acuerdo a lo planteado en nuestra investigación la propuesta es mirar y evaluar la normativa existente, las obligaciones existentes y sus funcionamientos en las distintas sociedades particularmente respecto de quienes, como los funcionarios públicos, tienen deberes respecto de sus expresiones, e indagar en la forma de utilizar estos preceptos existentes para fortalecer el debate público. Y esta ya empieza a ser una de las conclusiones de nuestro trabajo.

⁷⁴ Sunstein, *Liars*, cit., pág. 133. Traducción propia. Texto original “[...]public officials have considerable power to regulate deep-fakes and doctored videos. They are also entitled to act to protect public health and safety, certainly in the context of lies, and if falsehoods create sufficiently serious risks, to control such falsehoods as well. In all of these contexts, some of the most promising tools do not involve censorship or punishment; they involve more speech-protective approaches, such as labels and warnings.”

10. Conclusiones

Habiendo llegado al final de esta investigación, puede advertirse cuál ha sido el derrotero que ella ha llevado. Comenzamos definiendo una clasificación conceptual sobre las afirmaciones falsas. Especial interés ocupó la intencionalidad del autor y el daño que ellas pueden causar para poder evaluar los casos donde ellas merecen un reproche y qué tipo de reproche merecen. Una primera conclusión fue que, a pesar de la existencia de lo que llamamos con Sunstein el “tabú moral” de las mentiras, pueden existir casos que ellas no merezcan ningún tipo de consecuencia.

Sin embargo, como demuestra la investigación, ni para el Sistema Interamericano de derechos humanos -SIDH-, ni para las normas vigentes en los países de la región, el caso especial de las afirmaciones falsas de funcionarios públicos son carentes de consecuencias. El estudio demostró especialmente que existe un mandato y una expectativa -expreso en algunos casos y tácito en otros- que los funcionarios deben observar de afirmar hechos verdaderos y que antes de manifestarse deben actuar con criterios de chequeo superior al de cualquier persona. Se demostró también que el no hacerlo en ciertas circunstancias puede generar consecuencias desde penales hasta éticas relevantes.

El establecimiento de responsabilidades y obligaciones específicas de decir verdad o no mentir, dolosa o negligentemente, para ciertas personas por sus funciones no constituye una restricción necesariamente ilegítima al derecho a la libertad de expresión. Como demostramos, la expresión falsa a sabiendas de su falsedad -estándar de la real malicia- excluye la protección que la expresión falsa a priori goza conforme el artículo 13 CADH.

Los casos incluidos en este trabajo han demostrado que a) existieron manifestaciones falsas por parte de altos personajes de la función pública; y b) que ellas, dados los contextos donde se produjeron, pudieron tener efectos relevantes y nocivos. Por ello quizás en el informe “Balancing Act: Countering Digital Disinformation While Respecting Freedom of Expression. Broadband Commission research report on ‘Freedom of Expression and Addressing Disinformation on the Internet’”⁷⁵ se expu-

⁷⁵ Ver Balancing Act: Countering Digital Disinformation While Respecting Freedom of Expression. Broadband Commission research report on ‘Freedom of Expression and Addressing Disinformation on the Internet’, Broadband Commission for Sustainable Development, sept. 2020, pág.263, disponible en https://www.broadbandcommission.org/Documents/working-groups/FoE_Di-sinfo_Report.pdf (último chequeo 27/4/2021). Traducción propia. Texto original: “Political parties and other political actors could: 1) Speak out about the dangers of political actors as sources and amplifiers of disinformation and work to improve the quality of the information ecosystem and increase trust in democratic institutions. 2) Refrain from using disinformation tactics in political campaigning, including the use of covert tools of public opinion manipulation and ‘dark propaganda’ public relations firms.”

sieron como recomendaciones para los partidos políticos y los actores políticos que:

“Los partidos políticos y otros actores políticos podrían:

- 1. Hablar sobre los peligros de los actores políticos como fuentes y amplificadores de desinformación y trabajar para mejorar la calidad del ecosistema de información y aumentar la confianza en las instituciones democráticas.*
- 2. Abstenerse de utilizar tácticas de desinformación en campañas políticas, incluido el uso de herramientas encubiertas de manipulación de la opinión pública y empresas de relaciones públicas de “propaganda oscura”.*”

Muchas de estas afirmaciones falsas se distribuyeron en plataformas de redes sociales que tienen gran alcance en la población. La investigación partió citando investigaciones que demuestran que no existe un consenso sobre el impacto que tienen por sí solas las redes sociales en este tipo de casos. Las expresiones no son distribuidas en el vacío; hay un contexto; y una amplificación por medios tradicionales que, en todo caso, pueden coadyuvar al impacto que muchas veces se afirma que las expresiones en redes sociales tienen sin investigaciones empíricas que así lo sustenten. Por estos motivos argumentamos que además de ahondar en el estudio de nuestro nuevo ecosistema de medios, incluyendo las redes sociales, sus modelos de negocios, su alcance y su potencial responsabilidad (cuando les quepa), se dedique atención a los demás actores que participan del debate público y que tienen desde antaño responsabilidades específicas sobre su discurso.⁷⁶ Este mapeo nos permite mirar más allá del mensajero y enfocar la mirada en algunos de los problemas sustantivos que creemos que hacen a los desafíos más grandes del dilema actual de la desinformación.

⁷⁶ Resulta por demás ilustrativo que en el “Informe Relatoría ONU” citado más arriba, al abordar el tema. Ver “Respuestas de los Estados a la desinformación: principales motivos de preocupación” (párrafos 46 y siguientes). La cuestión que se propone en esta investigación aparece totalmente soslayada. Las respuestas que se mencionan, y que, en algunos casos el Informe crítica, se vinculan con cierres de Internet, leyes penales sobre difamación, la protección a los consumidores y los fraudes financieros, la regulación de los medios sociales y nuevas tendencias destinadas a la regulación de plataformas principalmente. Cualquier esfuerzo en hacer cumplir las obligaciones de actores estatales no aparece en el informe como respuestas que se hayan evaluado. Aún así, el informe en sus conclusiones aborda el tema en consonancia con lo que en esta investigación se recomienda. El Informe Relatoría ONU claramente dice que “[e]n consonancia con su obligación de respetar los derechos humanos, los Estados no deberían realizar, patrocinar, fomentar o difundir afirmaciones que sepan o deberían saber razonablemente que son falsas [...]” (el subrayado no está en el original).