



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La interceptación y difusión de las comunicaciones
privadas y las libertades comunicativas en el proceso
de judicialización peruano. Ponderación, límites e
interés público**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Ciencias Penales

AUTOR

Juan Francisco DE LA PUENTE MEJIA

ASESOR

Alexei Dante SÁENZ TORRES

Lima, Perú

2020



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

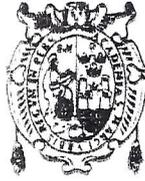
Referencia bibliográfica

De la Puente, J. (2020). *La interceptación y difusión de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público*. Tesis para optar el grado de Derecho con mención en Ciencias Penales. Unidad de Posgrado, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

ANEXO 4

Información Complementaria

Código ORCID del asesor	Alexei Dante SAENZ TORRES 0000-0002-8467-7072
DNI el autor	Juan Francisco DE LA PUENTE MEJIA 06255843
DNI del asesor	09933720
Código ORCID del autor	--
Grupo de investigación	--
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	La investigación se realizó en Lima-Perú. La investigación se realizó en materia de Derecho Penal analizando la difusión de las interceptaciones ilegales de las comunicaciones y su tratamiento en el proceso de judicialización, con énfasis en la ponderación, ante la colisión de derechos.
Año o rango de años que la investigación abarcó	La investigación y el recaudo de la información se llevó a cabo entre los años 2017 y 2019
Disciplinas OCDE	Derecho Penal http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

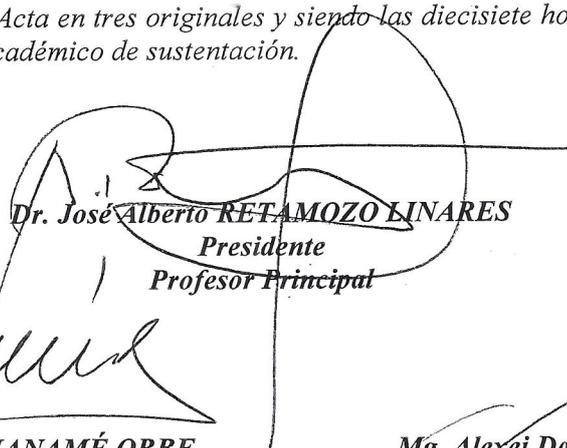
En la ciudad de Lima, a los veinticinco días del mes de febrero del año dos mil veinte, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Alberto Retamozo Linares y con la asistencia de los Profesores: Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Mg. Alexei Dante Sáenz Torres Dr. Víctor Mario Amoretti Pachas, y Mg. David Emanuel Rosales Artica y la postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, el Bachiller **Juan Francisco DE LA PUENTE MEJIA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **“LA INTERCEPTACIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS Y LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS EN EL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN PERUANO. PONDERACIÓN, LÍMITES E INTÉRÉS PÚBLICO”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

APROBADO MUY BUENO DIECIOCHO (18)

A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales a la Bachiller en Derecho **Juan Francisco DE LA PUENTE MEJIA**.

Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Alberto RETAMOZO LINARES

Presidente

Profesor Principal


Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE

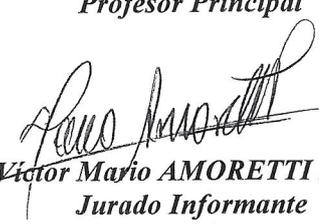
Miembro

Profesor Principal


Mg. Alexei Dante SAENZ TORRES

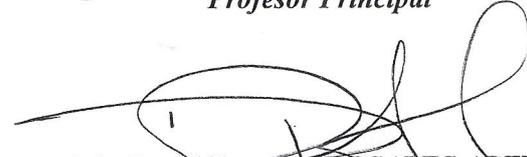
Asesor

Profesor Principal


Dr. Víctor Mario AMORETTI PACHAS

Jurado Informante

Profesor Emérito


Mg. David Emanuel ROSALES ARTICA

Jurado Informante

Profesor Invitado

DEDICATORIA

A mi madre Vicenta, evocada cada día.

A mi esposa Rossana y a mis hijos Micaela, Gabriela, Gabriel y Juan Santiago.

A mi nieta Elena Sofía.

A Gustavo Mohme Llona, permanente ejemplo.

A mis compañeros de la Promoción Ella Dumbar Temple de la Facultad de
Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por su tiempo y comprensión.

A mi asesor de tesis, el Dr. Alexei Sáenz,
por su dedicación y profundidad, y por haber guiado esta
investigación con su consejo paciente, diligente y desprendido.

A César San Martín, Erick Iriarte, Ricardo Uceda y Angel Páez, por sus aportes.

A mi hermana Juana De la Puente, por su ayuda invaluable.

ÍNDICE GENERAL

LA INTERCEPTACIÓN Y DIFUSIÓN DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS Y LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS EN EL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN PERUANO. PONDERACIÓN, LÍMITES E INTERÉS PÚBLICO

INTRODUCCIÓN	4
1. EL TEMA. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
2. MARCO TEÓRICO	21
2.1 Aspectos generales referidos a la interceptación de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el Derecho Penal.	21
2.1.1 La intimidad personal.	21
2.1.2 La intimidad personal y el derecho a la vida privada.	23
2.1.3 El secreto de las comunicaciones.	35
2.1.4 Las libertades comunicativas o informativas.	42
2.2 Formulación de preguntas.	54
2.3 Metodología.	55
3. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN	58
3.1 Objetivos	58
3.2 Justificación	59
4. LINEAMIENTOS DE INVESTIGACIÓN	61
4.1 La perspectiva penal de la inviolabilidad de las comunicaciones, la interceptación ilegal y difusión de las comunicaciones privadas. Los usos legales e ilegales, límites, móviles y fines.	61
4.2 El interés público como parámetro de la difusión de las comunicaciones privadas, la distinción entre intimidad y secreto de las comunicaciones. La relativización de derechos en función del personaje y libertad de expresión.	64
4.3 Evolución del debate. El movimiento de penalización de la difusión de las comunicaciones privadas, los deberes de los estados y la Teoría de la Prueba Prohibida.	67
4.4 Análisis de casos. Manning-WikiLeaks,	

Snowden, Quimper y “Potoaudio”.	75
5. HIPÓTESIS	94
5.1 Hipótesis generales.	94
5.2 Hipótesis específicas.	94
6. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, TEORÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	96
6.1 La importancia del interés público como parámetro objetivo fundamental para la protección de la libertad de expresión, intimidad personal y secreto de las comunicaciones en los casos de difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente	96
6.2 Las limitaciones a la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales; la Teoría de los Derechos Preferentes y otras teorías.	100
6.3 Los presupuestos legales para la penalización de la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente. La ponderación de los intereses públicos y privados.	110
7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	120
7.1 Conclusiones	120
7.2 Recomendaciones	130
8. BIBLIOGRAFÍA	136

INTRODUCCIÓN

El año 2016, el científico alemán Udo Gullob pronosticó la debacle del derecho. Luego de un evento de la Singularity University, de California (EEUU), escribió en su cuenta de Facebook que los abogados jóvenes ya no consiguen trabajo, porque en IBM Watson –la plataforma de inteligencia artificial más avanzada del mundo, que contesta preguntas formuladas en lenguaje natural- se puede recabar consejos legales en poco tiempo con una exactitud del 90%, contra el 70% de la exactitud del abogado “humano”. Gullob recomendó a los jóvenes que dejen de estudiar derecho y dedicarse a otras especialidades, sentenciando que en el futuro habrá 90% de abogados menos y que solo los abogados que elaboren leyes tendrán empleo, porque el año 2030 las computadoras serán más inteligentes que el ser humano¹.

Me temo que esta predicción es tan exagerada como romántica. Pretende que el desarrollo tecnológico suprima los conflictos y las formas de encararlos, además de reducir el campo del derecho a lo estrictamente normativo. Más allá de esa deformación, refleja una lectura inocente del desarrollo de la tecnología, como un agente exclusivamente pacificador de la sociedad y extintor de infracciones.

Es cierto que todas las profesiones experimentan grandes transformaciones de la mano de la tecnología y muchas de ellas se harán ciertamente obsoletas. No pretendemos presumir que el derecho no será impactado por el desarrollo tecnológico. Al contrario, ya lo es; el impresionante desarrollo de la jurisprudencia, la actividad probatoria y la facilitación de las transacciones son resultados de estos avances en un contexto de informatización de los procesos jurisdiccionales e incremento de derechos.

¹ Rescatado de: <https://rhmanagement.cl/rhm/silicon-valley/>

La idea de un mundo con más tecnología pero sin delitos, de derechos que no requieren de protección y de un orden público dependiente de los softwares, es extremadamente teorizante.

La irrupción de Internet en nuestras vidas ha jalonado la civilización hacia adelante. La Sociedad de la Información es una constante; nos ha convertido en receptores y emisores al mismo tiempo, un hecho que potencia nuestros derechos y libertades, en tanto que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) forman un haz de sistemas y medios que nos integra, envuelve y relaciona.

Ese mundo es nuestro y es vulnerable. Puede llegar a operar de modo injusto y servir de plataforma desde donde se violan derechos y libertades, de modo que no hay nada más lejos de la realidad que el pronóstico de un desarrollo immaculado de las TIC.

Por ahora, en una clasificación inicial y general, se consideran que los riesgos de Internet relevantes para el derecho son dos: 1) las amenazas sobre bienes jurídicos “tradicionales” como la intimidad (sniffers, cookies, spyware), el trasiego de datos personales por las grandes corporaciones, las amenazas al patrimonio, la suplantación de la identidad y la pornografía infantil, entre otros; y 2) el ataque a la infraestructuras electrónicas mediante el acceso no identificado, la difusión de virus, bombas lógicas (malware), entre otros (BARRIO, 2018).

La lucha contra el ciberdelito en términos específicos (referido a los delitos que se cometen en Internet) es una parte del desafío. La otra es la lucha contra la criminalidad informática en términos generales, también en auge en el mundo. En nuestro país, para ambos fenómenos, se han definido tipos penales en el Código Penal y expedido normas especializadas, como la Ley de Delitos Informáticos, Ley N° 30096, del año 2013.

El ciberdelito no es propio de las personas o empresas; los estados recurren de modo creciente a sistemas de vigilancia y de interceptación de las comunicaciones de millones de ciudadanos de modo ilegal y utilizando la inteligencia artificial a escala mundial, a través de operaciones secretas bajo el pretexto de la seguridad nacional, una constante que Edwar Snowden ha llamado “capitalismo de vigilancia” y que opera con absoluta impunidad a pesar de las denuncias (SNOWDEN, 2019). En esa dirección se inscriben las operaciones encubiertas de Estado contra Estado para propósitos específicos, un ejemplo de lo cual fue la estrategia de Rusia para interferir en las elecciones presidenciales de EEUU del año 2016, conocida luego como la “trama rusa”, para ayudar a Donald Trump a ganar esos comicios. Espías informáticos rusos llegaron a robar 50 mil correos de Hillary Clinton y lo publicaron a través del sitio web WikiLeaks.

Aunque progresan las infracciones en número y modalidades, nuestra legislación intenta acortar la distancia que genera la irrupción de la tecnología que trae sus delitos bajo el brazo. El Perú sanciona el acceso ilícito, el fraude informático, el ataque a proveedores de servicios, la suplantación de identidad, la pornografía infantil, la obtención ilegal de correos, el espionaje, la clonación de tarjetas, la interceptación de comunicaciones electrónicas, el comercio ilegal de equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones, entre otros ilícitos.

En el debate entre la “tesis que asume que los delitos informáticos tutelan un bien jurídico específico, propiamente informático, diverso del que protegen los delitos tradicionales, y la otra que propone que los delitos informáticos no tutelan un bien jurídico específico, donde lo informático no es más que un contexto delictivo o un particular medio de afectación de bienes jurídicos tradicionales” (MAYER, 2017), nos hemos decantado por lo primero, produciendo una legislación específica, aun cuando también se ha impactado el Código Penal, especialmente los capítulos de Violación de la Intimidad y Violación del Secreto de las Comunicaciones, que fueron

y son objeto de insistentes cambios o de intentos de cambio. Legislamos por tecnología y no por conductas.

Fue precisamente uno de los intentos de modificación del artículo 162º el que motivó la presente tesis. El año 2011, el Congreso aprobó una ley que modifica este artículo, incluyendo dentro de las conductas típicas la difusión del contenido de la interceptación de comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente. Una de las iniciativas de ley que originó esta norma fue de la Corte Suprema. La ley aprobada en el Congreso sancionaba la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente y exceptuaba de responsabilidad penal la difusión de una comunicación privada referida a un hecho delictivo o que contravenga el orden legal vigente.

La ley aprobada en el Congreso fue observada por el presidente de la República. Este señaló que, independientemente de la difusión, se debe penalizar los actos de interceptar o grabar las comunicaciones privadas. También planteó que la exención de la responsabilidad debería referirse a la de carácter penal, aunque la observación más importante se refiere al uso del concepto de interés público, al proponer que la exención de la pena proceda en el caso que el contenido sea perseguible por acción pública o de interés público, siempre y cuando el que difunde no haya participado en la interceptación.

El Congreso no culminó el trámite para la insistencia de la norma. A pesar de ello, fue un hecho trascendental que el legislador intentase establecer un criterio para administrar la colisión entre el derecho a la intimidad y su expresión, el secreto de las comunicaciones, y las libertades informativas, y que el parámetro utilizado para impedir la sanción de las interceptaciones ilegales sea el interés público, un concepto que ya había sido utilizado en otros dos momentos vinculados a la difusión de registros obtenidos ilegalmente: cuando el Tribunal Constitucional (TC) sentenció en el caso de la vedette Mónica Adaro y Magaly Medina señalando que no es lo mismo interés público que morbo público (2005) y cuando el mismo tribunal se pronunció en el caso Quimper (2010) precisando que “está prohibida la difusión de

información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación”.

El concepto de interés público en la relación entre la intimidad-secreto de las comunicaciones y las libertades informativas adquiere mayor relevancia y se convierte en un concepto/principio en un país donde al mismo tiempo que aumenta la intrusión en la vida privada de las personas, aumenta el morbo público por una falta de autorregulación de los medios, el juicio mediático de los grandes casos de corrupción, y los actos ilegales o ausentes de ética pública por parte de los funcionarios.

Con distinta relevancia, el concepto de interés público es abordado en las legislaciones del hemisferio. De hecho, la mención que de él hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se relaciona con el bien común e interés general: “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático”².

Ese concepto/principio incluye y trasciende la noción clásica de interés público que subyace en el principio de legalidad procesal mediante el cual el Estado se obliga a perseguir todo hecho punible y tiene una utilidad distinta a la señalada en el artículo VIII del Código Penal (*“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”*), o la que subyace en la aplicación del principio de oportunidad en el artículo 2º del Nuevo Código Procesal Penal para justificar la abstención del ejercicio de la acción penal (*“Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público”*). También asume una connotación menos utilitarista que las alusiones pragmáticas a este término como sinónimo de urgente,

² Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986.

como es el caso, por citar un ejemplo, del D. Leg. N° 1229 que declara de interés público y prioridad nacional el fortalecimiento de la infraestructura y los servicios penitenciarios, el año 2015.

En una acepción más amplia, este concepto/principio se asocia a la potestad del Estado de asumir, o si fuese el caso recuperar, su capacidad decisoria tanto para controlar conductas ilícitas como para ponderar su relación con otras actividades, colocando límites a los derechos como fundamento de restricciones que puede imponer la autoridad o criterio para resolver conflictos (CORREA, 2006).

La relevancia de esta tesis reside en que vincula el interés público a tres procesos que corren a veces en paralelo o en líneas que se entrecruzan, pero casi nunca de modo integrado: 1) la criminalidad desde el ciberespacio y/o usando las TIC; 2) los esfuerzos de los estados por desarrollar formas intrusivas de la intimidad de sus ciudadanos; y 3) los esfuerzos normativos para sancionar la violación del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones.

Esta realidad tiene en la interceptación ilegal de las comunicaciones y su difusión a través de los medios de comunicación un problema complejo donde se encuentran y no siempre en diálogo delitos y libertades, especialmente cuando se trata del respeto de los periodistas a la identidad de sus fuentes como lo ha señalado la jurisprudencia³. Cuando se interceptan las comunicaciones para difundirlas afectando la intimidad y su parte esencial, el secreto de las comunicaciones, se inicia un proceso que conduce a la mediatización de la justicia si los actores tienen relevancia pública.

Si el contenido de las interceptaciones implica la probable comisión de delitos debe tenerse en cuenta que no todos los delitos se mediatizan, y cuando lo hacen, las razones son distintas debido a fenómenos que no siempre son concurrentes,

³ Una de las sentencias más estudiadas es de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N-° T-594/17.

estableciéndose por lo menos dos tipos de delitos que interesan al público, el crimen mediático y el delito político mediático. En el primer caso, el morbo público opera como un gran dinamizador de la atención de los ciudadanos, y en el segundo, la desconfianza frente a los líderes políticos y los funcionarios del Estado y el deseo de sanción frente a la corrupción. En lo primero, lo sustantivo son la novedad y la trama, y en lo segundo, el castigo a las malas prácticas y el fin de la impunidad.

La periodista Paula Corroto, autora del libro “El crimen mediático, porque nos fascinan las noticias de sucesos”, señala las causas de la atención a estos hechos: 1) el desarrollo de las redes sociales; 2) la voracidad de los medios, especialmente digitales; y 3) la canibalización informativa de la televisión, que marca la agenda noticiosa que arrastra a todos los demás medios (CORROTO, 2019).

Estas causas son plenamente aplicables al crimen mediático. En el caso del delito político mediático, aquellas pueden ser más complejas y distintas. No se descarta la intensidad que experimentan las redes sociales y la competencia comercial de los medios, aunque debería añadirse razones más decisivas: 1) el auge del periodismo de investigación; 2) el suministro de información a los medios desde los despachos fiscales, judiciales y de los procuradores; 3) la agenda política de los grandes medios tradicionales; 4) la presión de la opinión pública en favor de la transparencia de los funcionarios; y 5) el control legislativo que, aunque con desorden y el sesgo político, impulsa investigaciones.

La tesis ha sido estructurada anteponiendo un título que recoge la complejidad del tema, es decir, la interceptación ilegal de las comunicaciones y su difusión en el contexto de la tensión entre el derecho a la intimidad, y su componente el secreto de las comunicaciones, y las libertades comunicativas, llamadas también libertades informativas, resaltando tanto el concepto/principio del interés público, como su ponderación y límites.

La primera parte se refiere a la presentación del tema y planteamiento del problema, exponiendo el contexto de la tensión entre los derechos y libertades comprometidos en la investigación. La segunda aborda el marco teórico, en lo referido a la interceptación de las comunicaciones privadas y a las libertades comunicativas en el Derecho Penal, especialmente el estado del debate sobre la intimidad personal, el derecho a la vida privada, el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas. En este acápite se plantean las preguntas de la tesis y se expone la metodología.

La tercera parte aborda los objetivos y justificación. Sobre lo primero, se precisan cuatro objetivos, referidos a la evolución de las comunicaciones y la protección jurídico penal de la intimidad y el secreto de las comunicaciones, las características de la interferencia ilegal de esos derechos, la ponderación en el caso de las tensiones de estos derechos y las libertades informativas, y la importancia del concepto/principio del interés público. En relación a la justificación, esta se aborda desde la relevancia que tiene para el derecho el tratamiento y acaso la solución de estas tensiones.

La cuarta parte de refiere a los lineamientos de la investigación, tanto a la perspectiva penal y constitucional del tema, como el análisis del interés público en su condición de parámetro para la difusión de comunicaciones privadas, el movimiento de penalización de la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente y los deberes de los estados, junto al análisis de cuatro casos, Manning-WikiLeaks, Snowden, Quimper y "Potoaudio".

En la quinta parte se enuncian las hipótesis, las generales y las específicas, y en la sexta los aportes de la investigación a la doctrina, teoría, legislación y jurisprudencia; y se insiste en el concepto/principio del interés público y la ponderación de los intereses públicos y privados.

En la séptima parte se abordan las conclusiones y recomendaciones y en el último acápite la bibliografía.

El tema, en su especificidad, cuenta aún con una escasa literatura. En el ámbito nacional, se han elaborado algunos trabajos en revistas académicas o libros, entre los que destacan los aportes de los profesores Abad, Alcocer y Gonzáles respecto a las sentencias del TC en los casos Quimper, Medina y Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín.

Dos textos básicos para abordar la parte doctrinaria de la relación entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas son, el del profesor y ex magistrado de la Corte IDH, Francisco Eguiguren (2004), y más reciente del profesor y magistrado supremo César San Martín (2011) sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano.

Tres trabajos que devienen de tesis universitarias, y que de modo especializado abordan esta temática, son desde el derecho el de Betzabé Marciani (2004) que trata con profundidad los llamados derechos preferentes; el de Giovanni Montani (2010) que con el sugerente título de “La vida de los otros”, se adentra en la intimidad personal como un derecho positivo; y desde la comunicaciones, la tesis de Luis Iberico para optar el grado de Megister, “La autorregulación en el periodismo peruano: el derecho a la información y sus conflictos con el derecho a la intimidad y la vida privada” (2018).

La literatura externa es más amplia, destacándose los trabajos de los profesores Alonso, Asencio y Balaguer, de España, y esencialmente dos sobre la interceptación, el del profesor Bernal, cuyo texto sobre el proceso penal es enjundioso, y el del profesor Martínez de Pisón, ex rector de la Universidad de La Rioja (España) que siendo previo al auge de Internet, es profundo en el tratamiento de la jurisprudencia constitucional española del derecho a la intimidad.

Otro texto fundamental es el de Owen Fiss, ex secretario letrado de la Corte Suprema de EEUU cuyo texto más caracterizado, “La ironía de la libertad de expresión”, reflexiona sobre la necesidad de poner sobre la mesa los problemas de la sociedad y el poder, en cumplimiento de la Primera Enmienda de la Constitución de EEUU.

Otros trabajos deben ser destacados. Desde el lado periodístico se tiene el texto de Paula Corroto, señalado líneas arriba, que reflexiona sobre el morbo público y cómo es construido desde los medios, y un texto más antiguo pero crucial por su sentido comparado, del profesor De Verda, “La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias”, que desde el derecho civil revisa la jurisprudencia europea sobre la violación de la intimidad. En esta misma dirección del análisis son fundamentales el texto del profesor Esteban Rodríguez, “Justicia mediática, la administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo”, de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina) que reflexiona sobre el complejo papel de los medios en la formación de la justicia, y su grado de influencia en las sentencias judiciales, y un reciente texto del profesor Joan Ridaó, “La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público”, de la Universidad de Barcelona (España), que aborda los nuevos frentes que acechan a la libertad de expresión.

Es más limitada la literatura sobre el interés público, siendo muy importante el trabajo del Dr. Jorge Correa, ex funcionario de la Contraloría General de Chile, que lo aborda desde una perspectiva no necesariamente penal. Desde la Filosofía del Derecho, un aporte clave sobre lo que debe estar dispuesto a permitir un Estado de Derecho para que prevalezca su contenido racional de la democracia son los trabajos del profesor Jürgen Habermas, en “Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, que cuestionan tanto el tratamiento positivista de la realidad, incluso de los medios de comunicación, como los planteamientos sociológicos que temen cuestionar algunos sentidos comunes.

Finalmente, consideramos que las hipótesis generales y específicas se han confirmado. Creemos que los movimientos en favor de la penalización de la difusión de la interceptación de las comunicaciones privadas a través de los medios de comunicación han sido frenados por la consideración que debilitan los derechos y libertades informativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo del poder para la comisión de ilícitos penales. Al mismo tiempo, se ha incrementado la regulación pública y sanción de la violación de la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones. Es cierto que el intrusismo en las comunicaciones, basado en el desarrollo de las comunicaciones, está en auge y es un desafío para la justicia, aunque al mismo tiempo se cautela el derecho ciudadano de acceder a la información de interés público. Desde ese punto de vista, es correcta la afirmación de que la adecuada aplicación del concepto/principio del interés público puede resolver esta tensión o por lo menos atenuar su impacto en los derechos y libertades comprometidos en un asunto crucial para la sociedad.

1. EL TEMA. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La sociedad experimenta nuevas dimensiones de la violación de la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones; es un proceso complejo, creciente y acelerado que sobrepasa a los estados, los modelos sancionadores y sistemas regulatorios, en una intensidad aparentemente interminable que se caracteriza por el desafío a cada nueva norma o regulación por un nuevo elemento que trae el desarrollo de las comunicaciones y las plataformas informativas.

Internet es el centro de gravedad de una inmensa fuerza tecnológica que ha impactado la intimidad transformándola azarosamente, sin habérselo propuesto, sea para producir nuevas y vigorosas expresiones de esta en el derecho positivo, como la autodeterminación informativa o el Derecho Penal Informático, o para impulsar la reducción de los espacios tradicionales en los que se había desenvuelto.

El *ciberespacio*, aquel vocablo acuñado en 1984 por William Gibson en su novela *Neuromancer* (que proviene de la acepción griega *cibernao*: conducir una nave) ha dejado de significar lo que inicialmente parecía, un mundo alternativo al mundo real al que se accede a través de redes, pantallas y computadoras. Es ahora un mundo igualmente real, otro y distinto, y cada vez menos virtual y más tangible. Los hipertextos se han convertido en increíbles herramientas que permiten un acceso ilimitado a la información en cualquier morfología digital, en tanto que las bases de datos, públicos y privados, adquieren formatos que permiten el almacenamiento y la recuperación legal e ilegal⁴.

⁴ La resolución 386-2002-INEI del año 2002 dispuso medidas para el almacenamiento y respaldo de la información procesada por las entidades de la administración pública, y en octubre del año siguiente la Conferencia General de la UNESCO aprobó la Carta sobre la Preservación del Patrimonio Digital que dispone marcos jurídicos y procedimientos para la conservación de bases de datos.

El mundo asiste a una gigantesca batalla en la que los objetivos son la información y la pérdida del control de datos en poder de las naciones, empresas y personas, una parte de aquellos de carácter íntimo. En esta batalla, los estados llevan hasta el límite una esquizofrenia jurídica; por un lado, desarrollan programas para acceder ilícitamente a las comunicaciones y a los datos íntimos de sus ciudadanos y, por el otro, disponen de normas y regulaciones para proteger ambos derechos de los gobernados. En esa dinámica, se extiende el concepto de Política Criminal Mediática en la doctrina penal⁵.

Los casos Manning-WikiLeaks y Snowden pusieron sobre la mesa la vastedad de un sistema de recolección y dominio sin control y sin sanción de la información personalísima de millones de personas, un hecho en el que la prensa solo ha podido desempeñar un papel secundario, el de la denuncia pública, ante la gravedad de los contenidos. Paradójicamente, en estos casos los sistemas penales no se han dirigido contra la primera intrusión y sus responsables sino contra los difusores de la información obtenida ilegalmente.

Hasta el caso llamado “Panama Papers” las filtraciones de los grandes casos habían tenido un componente que podría llamarse “de Estado”, es decir la recolección, interceptación y divulgación de información privada en un contexto de estrategias públicas. Los “Panama Papers” pusieron sobre la mesa una nueva dimensión de la misma tendencia, es decir, la actividad privada de hombres públicos y privados⁶.

⁵ Un caso de este uso es el texto Política Criminal Mediática publicado por la Universidad Nacional de Colombia y el Grupo Editorial Ibáñez el año 2018, bajo la coordinación del profesor Estanislao Escalante, que aborda el populismo punitivo desde los discursos mediáticos.

⁶ Los “Panama Papers” fue una filtración informativa de documentos confidenciales privados del estudio de abogados panameño Mossack Fonseca. Contenía 2,6 terabytes de información y fue revelado el 3 de abril del año 2016 a la vez por 109 medios de comunicación del mundo. En el Perú, el portal Ojo Público publicó 31 entregas sobre el caso (<https://panamapapers.ojo-publico.com>). La fiscalía peruana realiza una investigación preliminar, autorizada por el Poder Judicial hasta julio del año 2020.

Se han tornado intensos los debates que ya tenían más de un siglo, como el de la distinción de la vida privada de la intimidad personal, el secreto frente al Derecho, la relación entre el que viola la intimidad y el que difunde esa violación, el interés público de los datos obtenidos ilegalmente y la utilidad de las pruebas obtenidas ilícitamente.

Es evidente que el intrusismo vuela y el Derecho camina. El Derecho Penal ha encarado estos desafíos a través de procesos de reforma penal que, de acuerdo al profesor Ulrich Sieber, son los siguientes: *el primero*, a comienzos de la década de los años setenta, de la protección de la privacidad; *el segundo*, a comienzos de la década de los ochenta, de la represión de delitos económicos cometidos mediante ordenadores; *el tercero*, en la segunda mitad de la misma década, de la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la informática; y *el cuarto*, en la década de los noventa, de los cambios procesales sobre la adquisición, preservación y validación en juicio de la prueba en entorno digital⁷. El profesor Marcelo Ruquert ha añadido una *quinta etapa*, el de “la lucha contra el enemigo terrorista y la consolidación de un panóptico tecnológico”⁸.

En estos procesos, el Derecho Penal se ha preocupado por desarrollar la sanción de los ilícitos más frecuentes como el uso del poder público y privado para acceder ilegalmente a datos y comunicaciones; la apropiación de códigos de acceso; y la sustracción y comercialización de bases de datos. También se ha preocupado por la protección del derecho de las personas a dar información y obtener información sobre sí mismas.

En el Perú, la reacción ha sido desordenada y hasta ahora poco eficaz; un ejemplo son las idas y venidas del legislador alrededor de la Ley N° 30096, Ley de

⁷ Citado por RUQUERT, Marcelo, Delincuencia informática y control social: ¿excusa y consecuencia? http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120208_01.pdf

⁸ RUQUERT, Marcelo, Delincuencia informática y control social: ¿excusa y consecuencia? Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120208_01.pdf. Pág 4.

Delitos Informáticos, severamente cuestionada por sus omisiones e imperfecciones que la alejaban de los avances que implicó el Convenio de Budapest del año 2001⁹. Dos normas, la leyes N° 30172 y N° 30838, debieron corregir en parte sus fallas relacionadas con la libertad de expresión y otros derechos.

En general, la sociedad percibe que los estados no están en condiciones de garantizar los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones que los instrumentos internacionales y las leyes penales protegen, principalmente porque junto a la expedición de normas se ha levantado paralelamente un vasto sistema de interceptación de las comunicaciones y de apropiación de datos que no siempre es enfrentado con eficacia.

En este escenario, una colisión crucial es aquella que tiene, precisamente, al Derecho Penal como vértice, entre el derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, y las libertades informativas. Esa colisión ha sido reconocida y para resolverla se ha fijado jurisprudencia nacional e internacional. En ella sobresalen principios y teorías como la de los Derechos Preferentes, del Riesgo, Ponderación de Intereses y Control Posterior, todos planteados en un contexto de avances y retrocesos. Habría que recordar, por ejemplo, en referencia a lo señalado, la resolución aclaratoria de oficio del Tribunal Constitucional (TC) en el caso Quimper que corrige su resolución inicial, uno de cuyos fundamentos penalizaba toda difusión de comunicaciones obtenidas ilegalmente con especial énfasis en los periodistas (Aclaración EXP, STC. N.º 00655-2010-PHC/TC).

La inviolabilidad del secreto de las comunicaciones es reconocida en todos los instrumentos internacionales que garantizan los derechos humanos y se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución como un

⁹ Conocido también con el Convenio sobre Ciberdelincuencia, Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest, es el primer pacto mundial contra la criminalidad informática y delitos a través de Internet. Fue ratificado por el Perú en febrero del año 2019.

derecho que opera al mismo tiempo como garantía objetiva del reconocimiento de otros derechos.

La relación conflictiva entre el derecho al secreto de las comunicaciones y las libertades informativas estalla en la medida en que se hace más frecuente la interceptación de comunicaciones privadas que luego son difundidas en medios de comunicación. En la última etapa, en el Perú, se han tenido casos que permitieron apreciar la tensión explosiva entre ambos derechos especialmente los llamados “Petroaudios”, “Potoaudios”, “Cornejoleaks”, los “Mamanivideos” y los “Panama Papers”, o las conversaciones del entonces premier Juan Jiménez Mayor, el vocal supremo César San Martín, el ministro Pedro Cateriano y la jueza Carmen Rojassi sobre la sentencia en el caso Chavín de Huantar ante la Corte IDH, llamado “Chavinaudios”, entre otros.

Otro eje igualmente preocupante de este problema es la interceptación de comunicaciones con fines de competencia comercial o industrial, o con propósitos de extorsión que luego son difundidos por los medios de comunicación.

Un tercer eje se refiere a la vigilancia masiva de datos en alza en el mundo y que en el Perú podría tener una puerta abierta a través del D. Leg. N° 1182, llamada también “Ley Stalker”.

La judicialización de las interceptaciones ilegales de las comunicaciones no está exenta de polémica, en primer término, por la relativización del principio de invalidez de las pruebas obtenidas a través de esta práctica en aplicación de la Teoría de la Prueba Prohibida. Desde este principio, se ha planteado una línea de debate penal y constitucional en el que se registra una jurisprudencia contradictoria.

Un segundo espacio de debate, más específico, es la judicialización de la difusión de estas comunicaciones, un tema sobre el que existen movimientos legislativos y particularmente una ley aprobada por el Congreso el año 2011 y

observada por el presidente de la República¹⁰. La regulación expresa de las conductas relacionadas con estas prácticas se encuentra suspendida en el aire, lo que evidencia que es cada vez más difícil administrar esa colisión y en ello reside el problema, en la dificultad de concretar el principio jurídico *Ubi societas ibi ius*, es decir, allí donde hay sociedad hay derecho.

Es preciso dar cuenta de la naturaleza del problema; este consiste en que, ante la ausencia de instrumentos eficaces de orden normativo que protejan tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como las libertades informativas en el caso de las interceptaciones ilegales de las comunicaciones privadas difundidas en los medios de comunicación, las respuestas desde el Estado han sido desordenadas y a menudo contradictorias, en cuyo contexto el concepto de interés público surge como un principio que puede permitir de modo útil la ponderación de la colisión de los derechos y libertades comprometidos. Para el Derecho Penal es relevante el contenido que es capaz de adoptar este concepto, a la luz de la jurisprudencia y la evolución de las libertades informativas.

Siendo que nuestra investigación tiene como propósito abordar la relación entre la ilegal interceptación y difusión de las comunicaciones y el ejercicio de las libertades informativas en el proceso de judicialización peruano, es preciso establecer los vínculos entre los bienes jurídicos protegidos, las características de los tipos penales, la ponderación en su protección, y los límites y las excepciones, tomando en consideración las iniciativas legislativas propuestas en los últimos años, la jurisprudencia nacional e internacional, y el debate mundial actual en el que se muestran insuficientes las tesis que privilegian *prima facie* una de las partes de esta colisión.

¹⁰ La ley fue aprobada por 97 votos a favor y 2 en contra, y fue observada por el presidente Ollanta Humala el 12 de enero del año 2012.

2.- MARCO TEÓRICO

2.1 Aspectos generales referidos a la interceptación de las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas en el Derecho Penal.

2.1.1 La intimidad personal

La palabra intimidad proviene de la acepción latina *intimus*, entendida como interior, aunque Grecia y Roma desconocían los usos actuales del concepto de intimidad en razón a que sus modelos estatales establecían una dependencia extrema de las personas frente al espacio público. Aun así, en Roma se registra la primera separación entre lo *publicus* y lo *privatus*, entre el derecho público y el derecho privado, a pesar de que estas distinciones se referían a los roles sociales, es decir, a la participación de las personas en el espacio público o a su actividad fuera de él. No obstante, en Roma se ejercían algunas manifestaciones jurídicas de la seguridad asociadas a la intimidad, como la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia.

La intimidad personal como derecho positivo es relativamente nuevo y es común mencionar como un antecedente doctrinario las referencias del parlamentario liberal francés Roger Collard en los debates sobre los delitos de prensa a inicio del siglo XIX, específicamente en un discurso en el que señala que la vida privada debería estar protegida.

La idea de intimidad en su componente cultural es más antigua y ha sido objeto de estudio antes del derecho por la filosofía, la sociología y la antropología. Aristóteles afirmaba que no debería permitirse que un hombre se pertenezca a sí mismo, sino que a toda la ciudad, destacando la existencia de una individualidad que debía subordinarse al Estado.

Del mismo modo, tiene importancia histórica para el registro de la intimidad el Edicto de Milán del año 313 DC que concedía a los cristianos y a otras confesiones la potestad de practicar la religión que elijan, y las reflexiones de San

Agustín en el siglo IV, una de las primeras en abordar la intimidad en el sentido que luego recogería el mundo moderno, expresado en el método de reflexión en tres fases: *noli fores ire* (no quieras derramarte fuera); *in te ipsu redi* (entra dentro de ti mismo); y *trascende te ipsum* (trasciende, no te quedes en ti). Finalmente, ya en el siglo XX, es clásica la tipología de la intimidad señalada por Ortega y Gasset, diferenciando en ella la vitalidad, el alma y el espíritu, bajo el argumento de que la intimidad es un fenómeno y no un hecho metafísico. (ORTEGA Y GASSET, 1968).

Es también extendida la idea de que la intimidad en su acepción de *privacy* se expresa en varias dimensiones: soledad, intimidad propiamente dicha (*intimacy*), anonimato y reserva, (WESTIN, 1970) aunque el derecho aun procesa dificultades para precisar las diferencias entre la intimidad y la vida privada.

Las revoluciones liberales que impulsaron los derechos civiles y políticos, y entre ellos la seguridad personal y la libertad, fueron movimientos que colocaron la intimidad en la agenda pública. Como concepto y con cierto desarrollo, se sitúa su origen en Estados Unidos, en un artículo publicado en el Harvard Law Review, en 1890 por Charles Warren y Louis D. Brandeis, titulado *The Right to Privacy*, en el que abogaban por el derecho a la intimidad (MONTANI, 2010). No obstante, como derecho positivo empezó a generalizarse luego de la Segunda Guerra Mundial.

La definición de la intimidad personal es compleja por las premisas señaladas líneas arriba. En nuestro caso, recogemos una caracterización que lleva a cabo el TC cuando señala que es un espacio en el que “la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en la que uno tiene derecho a impedir intrusiones, y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o al aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el

hombre al margen y antes de lo social” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 17/10/05, P, FJ.39)¹¹.

En la definición de este derecho debe tenerse en cuenta que en su contenido “cabe la distinción entre la esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden, es decir, el contenido esencial del derecho, y aquella otra que permite restricciones o limitaciones en tanto sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, llamado también el contenido *no esencial*” (TC, EXP. N.º 2004-2004-AI, 21/09/04, P, FJ.36). Esta precisión será crucial para la determinación de las limitaciones en el ejercicio del derecho.

2.1.2 La intimidad personal y el derecho a la vida privada.

Nuestro TC ha abordado la relación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada, señalando que este último es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad y que entre ambos opera una dinámica que consiste en que, mientras el “derecho a la intimidad tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona, la vida privada la engloba e incluye un ámbito que admite algunas intervenciones que tendrán que ser consideradas como legítimas” (IDEM).

La relación entre estos dos derechos es crucial porque de la determinación de la relación que sostienen dependen los límites de la intimidad. De hecho, la definición de la vida privada es aún más compleja al extremo que algunos consideran que es un concepto jurídico indeterminado.

Algunas tesis consideran la vida privada como una zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella; en cambio, otros le dan un

¹¹ El TC también abordó con detalle la intimidad personal en sentencias anteriores, como en el caso Wilo Rodríguez Gutiérrez (TC, EXP N.º 01797-2002-HD/TC), aunque en la sentencia N.º 6712-2005-HC en el caso Adaro/Medina, tomada para esta investigación, la consideramos más completa.

sentido positivo sobre la base del *right to be alone*, el derecho a estar en soledad, desarrollar las capacidades y fomentar libremente la personalidad. En esa dirección del concepto, “la vida privada está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño” (FERREIRA, 1982).

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en tratados e instrumentos internacionales y en esa medida ha alcanzado un estándar similar al de otros derechos considerados esenciales, como el derecho a la vida y a la libertad y seguridad personal. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consigna en su artículo 12° una visión que garantiza la intimidad desde la perspectiva de impedir injerencias más que invasiones arbitrarias:

Artículo 12. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reconoce el derecho a la intimidad en el artículo 11°, en el sentido clásico que relaciona la dignidad y la honra:

Artículo 11. “Protección de la honra y de la dignidad

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.*

La Corte IDH ha calificado este concepto como no susceptible de definiciones exhaustivas precisando que no se refiere exclusivamente a la protección de la honra o de la reputación sino también al derecho a la vida privada y la intimidad (CORTE IDH, Sentencia Serie N.º 215 párrafo 129, 2010). Coincidentemente, la versión en inglés de este artículo se titula *Right to privacy* y no protección de la honra y de la dignidad.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 preconiza esta visión, aun cuando incorpora en su texto además de lo señalado, un ámbito de intimidad relacionado a la vida privada y al derecho a no ser molestado. El artículo 17º señala lo siguiente:

Artículo 17.

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Otras normas internacionales aprobadas en los últimos años desarrollan este principio aplicado a circunstancias o actividades específicas. Es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 cuyo artículo 16º se traduce como protección de las disposiciones de los tratados internacionales, del modo siguiente:

Artículo 16. “Tienen derecho a una vida privada propia, a que se respete la vida privada de su familia y a la intimidad de su domicilio; a que no abran su correspondencia y a que nadie ataque su imagen”.

La Constitución de 1979 trata por primera vez el derecho a la intimidad de un modo orgánico. Esto no significa desconocer en la Constitución Histórica peruana varios textos que consagran algunas dimensiones del derecho a la intimidad, como el derecho a la buena reputación y la inviolabilidad de la correspondencia. En el texto de 1979 se reproduce la corriente internacional de asociar la intimidad

personal y familiar a un derecho a la imagen propia, y al honor y la buena reputación (artículo 2° Inciso 5).

Este tratamiento es recogido en la Constitución de 1993 cuyo artículo 2° inciso 7 reproduce el texto anterior sin mayor variación:

Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona

“Toda persona tiene derecho:

(...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Asimismo, en otros artículos del texto vigente se reconocen derechos conexos o congruentes como la inviolabilidad de domicilio (artículo 2° inciso 9), la reserva sobre las convicciones íntimas (artículo 2° inciso 18), y el derecho al secreto de las comunicaciones y documentos privados (artículo 2° inciso 10). Debe precisarse, no obstante, que en la Constitución de 1979 la protección del derecho al secreto de las comunicaciones incluye una prohibición expresa de las interceptaciones telefónicas.

Entre las novedades vinculadas a la intimidad personal que trajo la Constitución de 1993 se encuentra la autodeterminación informativa señalada en el artículo 2° inciso 6) de la siguiente manera:

Artículo 2. “Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

Este derecho también protege el bien jurídico de la intimidad personal y familiar, la imagen y la identidad a través de la facultad de las personas para regular las bases de datos que contienen información personal, aunque no se debe confundir esta protección de los datos personales con el derecho a la intimidad personal del inciso siguiente que protege la intromisión en la vida íntima.

La autodeterminación informativa fue reconocida en 1983 por la Corte Constitucional Federal de Alemania con esa denominación, aunque en el proceso de extensión a otros países ha sido llamada por su verdadera esencia, es decir, la libertad informática. “El derecho a la autodeterminación informativa involucra la protección y el control del titular del derecho frente al registro utilización y transmisión informática de sus datos personales sean los de carácter íntimo o sensible como los que, a pesar de no tener estrictamente esa condición, merecen igualmente ser objeto de control y reserva” (ABAD, 2004).

En el Código Penal vigente el derecho a la intimidad se regula de modo expreso en el Título IV, Capítulo II denominado Delitos contra la Libertad. Desde la doctrina penal la protección del derecho a la intimidad se justifica por dos circunstancias: se pretende evitar intromisiones de terceros en hechos y conductas que de ser reveladas alteran la tranquilidad de la persona agraviada debido a que estas deben permanecer en su fuero interno o en su conocimiento privado; y porque las agresiones a la intimidad resultan altamente perjudiciales e intolerables para el que las sufre y a veces para la sociedad misma. Para el profesor Salinas Siccha, autor de esta tesis, la razón de la protección reside en la libertad del hombre, y se entiende más que la intimidad misma, porque la reserva de aspectos de nuestra personalidad debe permanecer en nuestro dominio exclusivo. En esta visión, el contenido del derecho a la intimidad también reside en el control que tengamos sobre ella (SALINAS, 2013).

El tratamiento de la intimidad personal por el Código Penal se inspira precisamente en la defensa de la libertad a cuyo efecto se reprimen conductas delictivas como los actos indebidos de observar, escuchar o registrar, usando instrumentos o procesos, o revelar estos contenidos, u organizar archivos íntimos entre otros.

El legislador, al considerar estos ilícitos pretende al mismo tiempo impedir la intrusión y la divulgación de la vida privada, el eje inexcusable de la defensa de la intimidad y el secreto. Esta consideración es crucial porque en el primer caso se impide la realización de conductas que, sin llegar al intrusismo propiamente dicho, indaguen y se entrometan en la intimidad de las personas en una indebida búsqueda de información sobre ellas. En el segundo caso, la revelación aparece como una consecuencia de la intrusión, pero como un acto independiente que hipotéticamente podría corresponder a alguien distinto del intruso.

La separación del agente intruso y del agente divulgador resulta indispensable para efectos de la presente investigación debido a que en la hipótesis de la violación de la intimidad alguno de cuyos contenidos son difundidos por los medios de comunicación, es preciso diferenciar entre las figuras de la intrusión y de la divulgación. Incluso, en la posibilidad no sancionatoria de lo segundo, es imposible tolerar lo primero.

También es importante señalar que tanto en la Constitución como en la jurisprudencia del TC y en el Código Penal, los límites del derecho a la intimidad son el consentimiento propio y el interés social entendido en una de sus partes como interés público, la clave conceptual de la presente investigación.

El artículo 154° del Código Penal señala lo siguiente:

“El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros

medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa”.

La tipicidad objetiva en este artículo se define cuando el autor vulnera, lesiona o pone en peligro la intimidad personal o familiar mediante actos de observación escucha o registro, con lo que el tipo penal considera tres supuestos delictivos, que pueden aparecer de forma separada o conjunta (SALINAS, 2013).

Es importante concentrarse en el contenido de los verbos que incluye el artículo 154°, tomando en consideración las nuevas formas de acceso legal e ilegal a los datos debido al desarrollo de las comunicaciones. El verbo observar para efecto de esta conducta, se refiere a visualizar la actividad privada del sujeto pasivo (ZAPATA, 2014), lo que puede hacerse a través de una cámara de vídeo o fotografía, accediendo a las conductas íntimas que realiza este con el propósito de conocer sus actividades (VILLA STEIN, 1988), o a través de aplicaciones informáticas.

El verbo escuchar incluye obligatoriamente el uso de instrumentos o medios técnicos habilitados para ese propósito, en tanto que el verbo registrar puede parecerse a escuchar, aunque también existe la posibilidad de que se trate de otras formas de registro que permitan captar actos, palabras, escritos o datos del sujeto pasivo a través de aplicaciones.

Los agravantes que señala el artículo 154° se refiere a cuando el agente además de violar la intimidad difunde el producto de este ilícito, es decir revela las manifestaciones íntimas del sujeto pasivo. También es un agravante el que el

agente activo haga de conocimiento público el objeto del ilícito utilizando para ello algún medio de comunicación social, o que los venda (Art. 154°-A).

Un caso que significó la aplicación plena de los supuestos del artículo 154° fue Adaro/Medina, donde los sujetos activos fueron la periodista Magaly Medina y otros, y el sujeto pasivo la vedette Mónica Adaro. Como se recuerda, Adaro fue filmada en un hotel de Lima sosteniendo relaciones sexuales luego de ser objeto de una trampa tendida por un miembro del equipo de producción del programa televisivo que dirigía Medina. En este caso, la ejecutoria suprema del 28 de abril de 2005 de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señaló que se produjo una injerencia ilegítima en la intimidad de Adaro y que las filmaciones de las que fue objeto la víctima constituyen formas de penetración del entorno íntimo de cada persona y que evidentemente no se trataba de una información de interés público, siendo aún más reprobable que el encuentro fuera provocado instruyendo al “contacto” para que la perjudicada caiga víctima de un instigador¹².

En esta sentencia se recuerda que la jurisprudencia constitucional española establece que “la imputación de un hecho verdadero ausente de todo interés público supone la intromisión en la intimidad de una persona privada por no estar amparada por el derecho a la libertad de información veraz sobre hechos noticiables con relevancia pública, por lo que los magistrados declararon improcedente la denuncia por una supuesta violación a la libertad de información y al principio de legalidad que plantearon los procesados”¹³.

En este punto conviene recordar los argumentos del profesor Pérez Royo cuando señala que no es preciso que exista una conexión entre la intrusión y la divulgación, pues la obtención de información de manera ilegítima aunque no se divulgue después, constituye una violación *per se* del derecho a la intimidad, en tanto que la divulgación de información sobre la intimidad de una persona sin su

¹² Primera Sala Penal Transitoria R.N. N° 3301-2004

¹³ IDEM.

consentimiento también vulnera el derecho a la intimidad, aunque la información se obtenga de manera legítima. En este caso se presumen dos tipos de intromisiones distintas, aunque puedan estar conectadas con un hecho concreto (PÉREZ, 2005).

De lo dicho se entiende que en este tipo penal debe apreciarse la existencia del dolo, lo que obliga a que en el análisis de los hechos se demuestre que el sujeto activo sepa perfectamente el objeto de su observación, escucha o registro; que no tenga el consentimiento del sujeto pasivo; y, al mismo tiempo, que decida voluntariamente actuar contra este. Durante el proceso se demostrará el factor de culpabilidad, es decir, si el sujeto activo conocía la condición de ilícito del acto que realizaba. Estas condiciones impiden considerar la posibilidad de imputación culposa como también la violación circunstancial o casual de la intimidad, incluyendo el caso de la divulgación de elementos de la intimidad observados, escuchados o registrados con conocimiento de la persona objeto de estos actos y que luego se hacen públicos.

Es más compleja la determinación del sujeto pasivo; es cierto que, en general, este es cualquier persona o un grupo de personas y se considera que también puede serlo un personaje público; lo debatible se patentiza en el hecho que muchos personajes que ejercen cargos públicos son objeto de intromisión en su intimidad personal sin consecuencias penales, precisamente porque la relevancia pública del afectado inhibió la acción penal o porque el contenido de lo divulgado podía ser clasificado como de interés público.

Al respecto, y a pesar de la evidencia empírica, debe tenerse en cuenta que “ningún personaje público pierde totalmente su derecho a la intimidad, salvo que haga una renuncia expresa a determinados acontecimientos que voluntariamente los pone en conocimiento del público o admite la intromisión” (MORALES, 1999).

En resumen, en relación al tipo general de la violación de la intimidad personal y familiar se tiene que el bien jurídico protegido lo constituye la intimidad

entendida en su acepción interna (“espacio espiritual únicamente asequible al titular”) y la intimidad externa (“el espacio espiritual asequible a quienes el titular desee”) (SALINAS , 2013) . Del mismo modo, el sujeto activo es cualquier persona que observe, escuche o registre aspectos de la intimidad personal y familiar, y el sujeto pasivo cualquier persona que se ve afectada en su intimidad por acción dolosa del sujeto activo (IDEM).

El artículo 154-A referido al tráfico ilegal de datos personales es relativamente reciente; fue incluido en el Código Penal por la Ley N° 30171 que modificó la Ley de Delitos Informáticos, Ley del año 2013. Señala lo siguiente:

Artículo 154-A. “El que ilegítimamente comercializa o vende información no pública relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”.

“Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en el párrafo anterior”.

En setiembre del 2018, mediante el D. Leg. N° 1410 se dispuso la incorporación del artículo 154-B al Código Penal sancionando al que *“difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que obtuvo con su anuencia”*, reprimiendo la difundida práctica de transmisión de videos sexuales conocida como *“Pack”*.

La promulgación de la Ley N° 30096, Ley de Delitos Informáticos, generó críticas en el sentido de que sus disposiciones no eran totalmente compatibles con los estándares planteados por el Convenio de Budapest, instrumento internacional sobre cibercriminalidad, y que contenía figuras imprecisas. Las modificaciones a esta norma aprobadas por el Congreso derogaron su artículo 6° con el objeto de

trasladarlo al Código Penal debido a que se versa sobre el tráfico ilegal de datos personales relacionados a la esfera privada de las personas naturales. lo que devino en el nuevo artículo 154-A. La redacción de este nuevo artículo permite apreciar que este tipo de tráfico de información no se trata propiamente de un delito informático sino de una vulneración de la intimidad personal¹⁴.

Aparte de lo señalado, los siguientes artículos del Código Penal establecen agravantes a los delitos de violación de la intimidad personal: por razón de la función (artículo 155°), revelación de la intimidad personal y familiar que se conoce por motivo de trabajo (artículo 156°), y el uso indebido de archivos computarizados (artículo 157°). Luego, el artículo 158° dispone que los delitos previstos en este capítulo son perseguibles por acción privada, salvo el caso del delito previsto en el artículo 154-A.

Este sistema de sanciones confirma la línea sistemática de nuestra legislación penal que sanciona de modo agravado los ilícitos cometidos por funcionarios públicos. En esa dirección, se penaliza el quiebre de la confianza cuando el autor del ilícito abusa de las condiciones de acceso a la información que le ha brindado el sujeto pasivo y se opta por sancionar a las personas que indebidamente organizan archivos que contengan datos sobre la vida íntima de las personas incluyendo a quien realiza estas actividades siendo funcionario o servidor público. Esto reitera el espíritu democrático del Estado y advierte que es un objetivo público combatir la elaboración de expedientes y files personales a cargo de instituciones de inteligencia entre cuyas labores no se consideran obviamente el espionaje y el seguimiento de los ciudadanos.

La intimidad personal también está protegida por el Código Civil cuyo artículo 14° señala lo siguiente:

¹⁴ El año 2018 se presentó en el Congreso el proyecto de ley N.º 02460-2017CR que proponía añadir un párrafo a los artículos 154° y 177° del Código Penal para incrementar las penas en los casos en que se revelen partes íntimas de una persona o el acto sexual y estos sean difundidos por medios de comunicación, redes sociales, Internet, entre otros.

Artículo 14.- “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden”.

Como señala el profesor Fernández Sessarego, esta mención permite que la intimidad sea civilmente protegida a fin de que la persona tenga las condiciones elementales y los instrumentos inmediatos para su realización como ser libre, además de la mención del interés social de la intimidad.

Finalmente, la intimidad personal y familiar tiene una doble protección jurisdiccional; una de ellas, por la vía ordinaria en defensa de los bienes jurídicos señalados en los incisos 4, 7 y 10 del artículo 2° de la Constitución, vía que debe ser agotada; y la otra, ejerciendo el Amparo en los casos de vulneración de los derechos a la libertad de información, opinión y expresión; de la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones; y del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes, de acuerdo a lo que dispone el Código Procesal Constitucional.

Al mismo tiempo, el Hábeas Data permite que acuda a este proceso quien quiera “conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros y, asimismo, para hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales”¹⁵.

¹⁵ Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237.

2.1.3 El secreto de las comunicaciones

El derecho a la intimidad personal es uno de los más dinámicos y se encuentra en una etapa de reconfiguración como lo señala el planteamiento de esta investigación. La tendencia, sin embargo, sigue consistiendo en negar o excluir a los demás el conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona. En esa medida, se vincula a otros derechos específicos que también se proponen evitar la intrusión extraña, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho sobre la palabra hablada, el derecho a la imagen propia, el derecho al honor, el derecho a no participar en la vida colectiva y a aislarse de modo voluntario, el derecho a no ser molestado, el reciente derecho a la privacidad informática, y el derecho al secreto de las comunicaciones.

Debe tenerse presente el debate sobre el secreto de las comunicaciones como expresión de la intimidad personal. Un sector de la doctrina considera que se trata de una libertad, la libertad de las comunicaciones, relacionada a la intimidad pero distinta a esta y que opera como una garantía para el ejercicio de otros derechos como la libertad ideológica o la propiedad. Un ejemplo clásico de esta aseveración es la interceptación del teléfono a un ejecutivo para conocer sus próximos movimientos comerciales, en cuyo caso no se violará la intimidad sino el secreto de las comunicaciones. En el Código Penal, los delitos contra este derecho se ubican en el título de Delitos contra la Libertad.

El secreto de las comunicaciones adquiere un significado propio que deviene de su condición de “secreto” como lo expresó el Tribunal Constitucional de España en una sentencia clásica para los defensores de esta tesis, que además de reiterar que es una libertad, señala lo siguiente:

“... el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (ECLI:ES:TC:1984:114)

El reconocimiento de la inviolabilidad de las comunicaciones en instrumentos internacionales es detallado. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12° señala:

Artículo 12. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Es también reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 17° señala:

1. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

2. “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Del mismo modo, es reconocido por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos cuyo artículo 11° inciso 2) señala:

2) “Nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusos en su vida privada en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

También es recogido en el texto constitucional vigente, cuyo inciso 10) del artículo 2° señala:

Artículo 2. “Toda persona tiene derecho a:

10) Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por

mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal”.

El tratamiento del secreto de las comunicaciones en el Derecho Penal se lleva a cabo en el capítulo Violación del Secreto de las Comunicaciones, en el que se anota los tipos penales de la violación de la correspondencia, la interferencia telefónica, la supresión o extravío indebido de correspondencia y la publicación indebida de correspondencia.

El artículo 161° señala como injusto penal la apertura o apoderamiento indebido de correspondencia cuya tipicidad objetiva establece tanto la acción de abrir indebidamente la correspondencia como la de apoderarse indebidamente de ella; en el primer caso, se trata del acceso al contenido de una comunicación que puede ser un despacho telefónico, una carta, un radiograma, o modernamente un documento electrónico y no solo físico.

Debe entenderse, a la luz del desarrollo de las comunicaciones, que el concepto abrir no se asocia solo al de despegar, rasgar o romper un sobre sino también al acceso a archivos, cuentas de correos electrónicos, Facebook, Twitter y todas aquellas aplicaciones que operan como redes sociales y que requieren un código de acceso (*password*) y funcionan como vehículos de comunicación.

En la tipicidad objetiva de este tipo penal es preciso que concurren algunas condiciones: que quien abra o acceda no esté autorizado a ello; que el objeto de la apertura o apoderamiento se encuentre previamente cerrado, o que no esté abierto para terceros; y que exista la intención de abrir o acceder y la voluntad de acceder al contenido de los documentos. No obstante, para constituir el tipo penal no se requiere que el sujeto activo conozca el contenido de la correspondencia, siendo

para efectos de la imputación irrelevante que el autor haya leído o no la correspondencia (SALINAS, 2013).

En relación al acto de apoderarse de la correspondencia este consiste en apropiarse de la correspondencia ajena no importando para este efecto que se encuentre abierta o cerrada y si se realiza estando en poder del emisor o el receptor. Más allá del contenido, el derecho protege la información sobre el destino, origen, duración de la comunicación o la fecha, lo que se conoce como el *Cooling Data Records* (CDR). La Corte CIDH ha establecido que esos datos, metadatos, forman parte del secreto de las comunicaciones.

El objeto material de este ilícito puede ser una carta, un formulario que transcribe una comunicación o algún documento que transcriba una comunicación recibida previamente, incluso si esta es telefónica, via fax o Internet. En relación a la tipicidad subjetiva, se requiere que el acto sea doloso con lo que se excluye la imputación por culpa o imprudencia.

El Código Penal también sanciona la interferencia telefónica cuyo artículo 162° señala lo siguiente:

“Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años, cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.

Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores”.

Según el profesor Salinas Siccha, la “interferencia telefónica puede perfeccionarse por dos conductas totalmente diferentes aun cuando su finalidad sea la misma, es decir, interceptar una conversación telefónica indebidamente. Estos supuestos son importantes porque el comportamiento del sujeto activo puede consistir en interferir o escuchar una conversación telefónica o similar, indebidamente” (SALINAS, 2013).

El ilícito que sanciona este artículo se refiere a los actos indebidos denominados interceptación u obstrucción de una comunicación telefónica de personas distintas al sujeto activo con el objeto de interponerse (interferir) entre ellos, conocer la conversación o evitar que la comunicación se concrete, sea mediante la tecnología analógica o digital.

La escucha indebida de una conversación se produce cuando el sujeto activo no realiza los actos de interferencia u obstrucción sino accede al contenido de la conversación de otras personas, es decir cuando accede al contenido de los mensajes que se producen entre el emisor y el receptor. Se entiende que si un tercero escucha una conversación con conocimiento del emisor o el receptor o de los dos no se configura el tipo penal (IDEM).

Tomando en cuenta la tecnología que ahora permite comunicaciones más fluidas y directas, este tipo penal no cambia su naturaleza tradicional que consiste en sancionar al que escucha una comunicación telefónica al margen de los medios de los que se valga. Basta que el acto sea indebido, sin consentimiento de los actores de la comunicación o si se realiza sin una orden judicial. Una conducta

agravada de este tipo se produce cuando quienes realizan el acto de escucha son funcionarios públicos.

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema que condujo el proceso al ex presidente Alberto Fujimori valoró la realización del delito precisamente en razón de que quien lo había cometido tenía la obligación constitucional de respetar la intimidad de los ciudadanos y sus comunicaciones.

Según la mencionada Sala, “Fujimori, con el fin de tener el control de la actividad política del país, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con la activa participación de los comandantes generales de los institutos castrenses, de los ministros de Defensa e Interior y del jefe del Servicio de Inteligencia Nacional, idearon y aplicaron el denominado *Plan Emilio*. Este Plan de operaciones comprendía acciones de interceptación telefónica contra diversos ciudadanos adversos a su régimen político, entre ellos, periodistas y políticos” (SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA, Exp. N° AV-33, 2003). En dicha sentencia, el colegiado establece que se trata de conductas ilícitas que afectan al mismo tiempo el secreto de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad de las personas.

En ambos artículos, 161° y 162°, se aprecia que el bien jurídico protegido es el secreto de las comunicaciones, una actividad que implica compartir el secreto, que algunos denominan intimidad compartida. El secreto es el elemento central del tipo penal y en esa medida es relevante el juicio de la jurisprudencia española que le adjudica un carácter “formal”. Desde ese punto de vista, queda establecido que el secreto no solo se refiere al contenido de la comunicación sino a la identidad subjetiva de los interlocutores. Por lo tanto, la protección se refiere no solo a la comunicación en su conjunto, es decir en su parte exterior, sino también a su contenido, a la parte interior.

Estas precisiones adquieren importancia en la medida que algunos medios tecnológicos sin registrar el contenido de una conversación registran en cambio el número de los teléfonos, la hora de las llamadas y la duración de estas. En estos casos estamos frente a conductas ilícitas porque se trata no solo de proteger el secreto de las comunicaciones sino todos los datos relativos a esta que forman parte del secreto (MARTIN, 1995).

La aparición de nuevas tecnologías que trajo nuevas modalidades llevó a que el año 2015 se expidiera el D. Leg. N° 1234 que incorporó al Código Penal el artículo 162° -B, que señala lo siguiente:

“Artículo 162-B. Interferencia de comunicaciones electrónicas, de mensajería instantánea y similares

El que, indebidamente, interviene o interfiere comunicaciones electrónicas o de mensajería instantánea o similares, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años, cuando:

1. El agente tenga la condición de funcionario o servidor público, y se impondrá además la inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

2. El delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la ley n° 27806, ley de transparencia y acceso a la información pública.

3. El delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales.

Si el agente comete el delito como integrante de una organización criminal, la pena se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores.”

El Código Civil también protege el secreto de las comunicaciones en su artículo 16° cuando señala:

Art. 16. “La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter

confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal o familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso del destinatario”.

2.1.4 Las libertades comunicativas o informativas

Las libertades informativas o comunicativas son también objeto de un reconocimiento extendido en los tratados e instrumentos internacionales, de un modo similar al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, a pesar que la mención no siempre sea uniforme y coherente. Con acierto el profesor Abad Yupanqui señala que el reconocimiento de la libertad de expresión en los documentos internacionales sobre derechos humanos no adopta una concepción dual en el sentido “que no establecen una expresa diferencia con la libertad de información sino más bien comprende este último derecho como parte del contenido de la libertad de expresión, acogiendo una tesis que algunos han denominado unificadora” (ABAD, 2013).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se decanta más por la libertad de opinión y de expresión que por la libertad de prensa en sí misma. El artículo 19° señala:

Artículo 19.

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos aborda las libertades informativas de un modo más amplio, con énfasis en la libertad de prensa, pensamiento y expresión. El artículo 13° señala:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y 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 a 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”.*

Este instrumento internacional también consiga las limitaciones a las libertades informativas. El artículo 14° señala:

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. *“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.*

2. *“En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido”.*

3. *“Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye en su artículo 19° una parte de lo señalado en la Convención, entendiéndose que aquella, debatida y aprobada luego del Pacto, tiene mayor alcance y visión:

Artículo 19.

1. *“Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”.*

2. *“Toda persona tiene derecho a la libertad 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”.*

3. *“El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*

b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*

Sobre los instrumentos internacionales debe tenerse en cuenta que desde el inicio de los trabajos de las Naciones Unidas fue especialmente difícil alcanzar consensos sobre la relación entre la intimidad personal y las libertades informativas. En su primer periodo de sesiones, el 14 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas abordó la libertad de información y en razón a ello aprobó la Resolución N° 59 que acordaba solicitar al Consejo Económico y Social que convoque a una conferencia internacional que debata los contenidos de la mencionada libertad. En efecto, la Conferencia de la Naciones Unidas sobre la Libertad de Información se realizó en Ginebra en 1948, elaborando tres proyectos uno de los cuales, el tercero, abordaba los derechos y deberes, las responsabilidades y limitaciones que conllevan a la libertad de información. Lamentablemente este proyecto no fue aprobado hasta ahora (NOVOA, 1997).

El contenido de este proyecto es importante sobre las obligaciones de los estados para garantizar que las personas tengan a su disposición diversas fuentes de información, evitar la injerencia gubernamental en la generación de información y la discriminación por razones políticas, razas, religión o sexo. Este proyecto señalaba tempranamente que las libertades informativas pueden ser objeto de limitaciones siempre que se encuentren claramente definidas en la ley para la seguridad nacional o el orden público. El proyecto también proponía prohibir la difusión sistemática de falsas informaciones, perjudiciales para las relaciones entre las naciones y las expresiones que inciten a la guerra o al odio nacional, racial o religioso, que vulnere el honor y la reputación de las personas, también propone prohibir toda censura previa (NOVOA, 1997).

El profesor Novoa refiere que luego de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, las Naciones Unidas no se ocuparon del derecho a la vida privada hasta 1968; esto se puede constatar a través de los informes presentados hasta esa fecha sobre derechos humanos en los que no se hace ninguna mención al derecho en cuestión, y solo la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Terán en 1968 hizo una referencia implícita

a la vida privada amenazada por otros derechos fundamentales y por descubrimientos científicos y tecnológicos (NOVOA, 1997).

Entre los instrumentos internacionales sobre libertades informativas y teniendo en consideración la laxitud de alguno de los instrumentos revisados, adquiere importancia la Declaración de Chapultepec de 1994 aprobada cuando las sociedades ya eran objeto de un gigantesco impacto por el desarrollo de la comunicación digital.

La Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión llevada a cabo en México en marzo de ese año adoptó la mencionada declaración suscrita por jefes de Estado del hemisferio americano en el que se reconoce la necesidad de defender el ejercicio de una prensa libre y rechazar imposiciones que la prohíban, postulando asimismo un ejercicio de la libertad de expresión responsable, compenetrada y convencida de los compromisos que supone su ejercicio.

Esta declaración consta de un preámbulo y de diez principios, de los cuales, para efectos del tema que nos ocupa, son relevantes los siguientes:

- *“No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo”.*
- *“Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos”.*
- *“Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información”.*
- *“La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las*

limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa”.

- *“Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan”.*

- *“La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales. El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga”.*

- *“Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público”.*

La visión que expresa la Declaración de Chapultepec es decisiva; en primer término, obliga a los Estados a desarrollar mecanismos de transparencia informativa y asegurar un acceso a la información del sector público en condiciones de oportunidad y equidad, de modo que se reduzca la frecuencia de lo que ahora aparece como una ofensiva intrusista, especialmente de *hackers* que liberan información de interés público, como ha sucedido en el Perú en el caso de los “Cornejoleaks”, bajo la previsión de que habría menos interés en violar los códigos de seguridad de las bases de datos de los estados si hubiese más información disponible¹⁶.

Esta declaración también es importante porque se opone a procesos en curso que limitan las libertades informativas como la autocensura, la restricción de la circulación de los mensajes y de los periodistas para cubrir las fuentes de información. Finalmente, es también destacable que abogue por un ejercicio

¹⁶ Esta discusión se actualizó a raíz de la expedición del D. Leg. N.º 1353, el año 2017, que creó la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que se proponía la regulación de la gestión de intereses, criticada por su debilidad de origen.

periodístico que diferencia la información periodística y los intereses comerciales, considerando que, en el Perú, por ejemplo, se registran casos en los que es difícil desentrañar la verdad precisamente por la dependencia de algunos medios informativos de los poderes económicos.

La revisión de los tratados e instrumentos internacionales permiten apreciar la dimensión que han alcanzado las libertades informativas:

a) El derecho a difundir el pensamiento, la información y la opinión. La garantía consiste en que el sujeto portador de la información o las ideas, pueda difundirla libremente.

b) El derecho de buscar la información y difundirla incluyendo las indagaciones que profundizan las informaciones recabadas, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informado en forma veraz e imparcial, protegiéndose el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información¹⁷.

c) El derecho de recibir información sin censura previa y sin la interferencia del libre flujo informativo o imposiciones arbitrarias para la divulgación de los mensajes.

d) La obligación divulgar el pensamiento, la información y la opinión respetando los derechos a la honra, a la buena reputación y a la intimidad de los demás.

e) La obligación de rectificar inexactitudes o agravios emitidos.

f) El derecho a no ser molestado, acosado y procesado a causa de la divulgación de su pensamiento, información y opinión.

g) El derecho a acceder a la información pública en condiciones de oportunidad, transparencia y equidad.

¹⁷ TC Exp. N° 0905-2001-AA/TC, FJ 11.

Como se advierte, las libertades informativas no son exclusivas de las personas, sino que comportan derechos y obligaciones de las empresas periodísticas bajo el criterio de que estas libertades no reflejan exclusivamente los intereses del emisor sino también de los que reciben la información.

La violación de las libertades informativas no se produce exclusivamente por acción del Estado sino también cuando los medios organizan la gestión periodística bajo parámetros violatorios de los principios que se comentan líneas arriba. En esa medida conviene precisar la opinión de la Corte IDH en el sentido de que la libertad de expresión no se agota en el derecho de hablar o escribir, sino que comprende además el derecho a utilizar los medios apropiados para difundir el pensamiento a un mayor número de destinatarios. La Corte también considera que la expresión, difusión del pensamiento y de la información son indivisibles y que estos derechos también implican el derecho a conocer las opiniones y las noticias provenientes de otros¹⁸.

A partir de estas consideraciones debe entenderse el contenido del artículo 2° inciso 4) de la Constitución, objeto a su vez de múltiples comentarios, especialmente sobre sus limitaciones y confusiones. Esta disposición señala lo siguiente:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho

4. “A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-5-85 de noviembre de 1985

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

En su momento, el TC ha interpretado esta redacción con propósitos de una mejor comprensión de los bienes jurídicos protegidos y su tratamiento jurisdiccional más ordenado. Por ejemplo, ha señalado que en realidad existen solo dos derechos fundamentales en juego, de expresión e información, en tanto que el derecho de opinión es un bien jurídico tutelado de la libertad de expresión, y el derecho a la difusión de pensamiento es en un grado superlativo la realización de la comunicación al llegar al público¹⁹.

Una de las contribuciones del TC a la interpretación de estos derechos se refiere a su consolidación como libertades informativas concebidas al mismo tiempo como derechos subjetivos y garantías institucionales del sistema democrático constitucional, en tanto permite la realización de la democracia y, en tal condición, se consideran libertades preferidas porque su ejercicio permite el debate de la cosa pública²⁰.

El TC ha insistió en esta visión señalando que las libertades informativas requieren de un margen de optimización más intenso aun cuando con ello se puedan afectar otros derechos constitucionales. Esto no significa que tengan que considerarse absolutas y que no estén sujetas a límites, o que sus excesos no sean punibles, sino que, como todos los derechos, deben ser objeto de limitaciones y restricciones, quedando establecido que esos límites no pueden afectar el contenido esencial²¹.

¹⁹ Exp. N° 2262-2004-HC, 17/10/05, P, FJ.13.

²⁰ Exp. N° 0905-2001-AA, 14/08/02, P, FJ.13.

²¹ Exp. N° 0905-2001-AA, 14/08/02, P, FJ.14.

En relación a la colisión entre las libertades informativas y otros derechos o libertades, el TC ha precisado luego que si bien no existe un orden jerárquico entre los derechos fundamentales, las libertades preferidas o preferentes deben ser manejadas de modo que en supuestos casos de colisión no se haga prevalecer unos sobre otros, sino resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de la concordancia práctica²². De esta visión, ha pasado a asumir las tesis de la ponderación, dejando de lado la preferencia de derechos.

Las libertades informativas son garantizadas por la Constitución y sobre ellas existe cierta confusión. Ya se anotó que el artículo 2° inciso 4) de la carta vigente nombra a las libertades de información, opinión, expresión del pensamiento, aunque como se ha señalado líneas arriba, el TC considera que aluden a dos libertades comunicativas, la expresión y la información, debido a que la opinión es un bien jurídico tutelado por la expresión, y la difusión un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público²³.

La protección de las libertades informativas, aun en sus expresiones más básicas, es temprana en la medida que formaba parte de los derechos de imprenta, crucial en la colisión de los pueblos contra las monarquías absolutas. La Constitución de Cádiz señalaba en su artículo 371° sobre la libertad de expresión, que “Todos los españoles, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.

Por su parte, el Estatuto Provisional del General San Martín, del 8 de octubre de 1821 y las Bases de la Constitución Peruana de 1822 consagraban la libertad de imprenta. El primero señalaba que “Queda sancionada la libertad de imprenta bajo las reglas que se prescribirán por separado” y la segunda solo mencionaba la libertad de imprenta en un grupo de 12 derechos y principios objeto de protección.

²² Exp. N° 1219-2003-HD, 21/01/04, S1, FJ.6.

²³ TC. Exp 2262-2004-HC

Respecto de la vida privada, el Estatuto Provisorio señalaba que “la casa de un ciudadano es sagrada, que nadie podrá allanar sin una orden expresa del Gobierno, dada con conocimiento de causa” y que fuera de la capital será potestad de las autoridades locales.

En las Bases de la Constitución Política del Perú de 1822 se señalaba que la Constitución debe proteger la “seguridad personal, el domicilio y el secreto de las cartas; y en la primera Constitución, la de 1823, además de reconocer la libertad de imprenta, se consideraban inviolables la seguridad personal, el domicilio, el secreto de las cartas y la fama del individuo mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes”²⁴.

La prohibición de la censura previa y la libertad de imprenta y opinión aparecen en la Constitución Vitalicia de 1826. En este documento se encuentra también la primera concepción moderna sobre la inviolabilidad del domicilio: “de noche no se podrá entrar en ella, solo por su consentimiento; y de día solo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley”.

En la Constitución de 1828 estas disposiciones permanecieron en general inalterables, agregándose sobre el secreto de la correspondencia que la administración de correos tiene la responsabilidad de garantizarla, en tanto que en la Constitución de 1834 se encuentra la primera versión de la prueba prohibida cuando señalaba que las cartas que se sustraigan de la oficina de correos o de sus conductores no producen efecto legal.

En el Estatuto Provisorio de 1855 se añadió al reconocimiento de la inviolabilidad del domicilio, y que solo se franqueará la entrada a un extraño en virtud de orden escrita de un juez competente. La Constitución de 1856, si bien estableció que ese mandato debe ser por escrito, se relativizó el derecho cuando dispuso que

²⁴ De la Puente, Juan. Rafo León y el odio de varios siglos, Diario “La Republica”, 03 de mayo del 2016.

una “autoridad encargada del orden público” podrá también ordenar un allanamiento.

Luego, en la Constitución de 1867, de efímera vida, se disponía “que todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general, que en las publicaciones sobre asuntos personales se hará efectiva la responsabilidad de los autores y editores y que toda publicación que ataque la vida privada de los individuos será firmada por su autor”. Estas precisiones, hacen presumir que para el legislador si habría responsabilidad del que publica sobre un asunto de interés privado y que, por esa razón, al estar firmados, el autor puede ser procesado.

El Estatuto Provisorio de 1879 de Nicolás de Piérola se decantó por la sanción del pasquín, entendiendo que es el que no lleva firma, ordenando además que los delitos cometidos por medio de la imprenta sean juzgados por los tribunales respectivos. En este documento se reconoció el derecho al honor.

En la Constitución de 1920, que impuso Augusto B. Leguía, se reconoció por primera vez un concepto amplio del derecho de opinión al señalar que nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni por razón de sus creencias, a pesar de que el suyo fue un gobierno persecutor del Apra y del socialismo.

Las visiones más completas sobre las libertades informativas y el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones aparecen desde la Constitución de 1933. Este texto establecía que el “*Estado garantiza la libertad de prensa, que todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley, y que la responsabilidad concierne al autor y al editor de la publicación punible, quienes responderán solidariamente de la indemnización que corresponda a la persona damnificada*”. También reconoce la libertad de

conciencia, de creencia y dispone que nadie será perseguido por razón de sus ideas.

Esta Carta exhibe una redacción moderna del secreto de las comunicaciones al señalar que “la correspondencia es inviolable, que las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados sino por la autoridad judicial en los casos y en la forma establecidos por la ley, y que no producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos”.(Art. 66)

En la Carta de 1979, según el profesor Perla Anaya, se amplía notablemente esta visión, al incluirse 19 menciones a las comunicaciones: libertad de prensa, rectificación gratuita en los medios de comunicación social, libertad de creación artística, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones, derecho a guardar silencio, esto es, a no comunicarse, la libertad de opinión, libertad de cátedra, responsabilidad educativa de los medios de comunicación, acceso gratuito y permanente de los partidos políticos a los medios de comunicación del Estado -y el mismo acceso durante las campañas electorales- publicidad de las normas legales como exigencia formal para su vigencia, dominio del Estado en tierra mar y aire con relación a las comunicaciones, defensa del consumidor, derechos de autor, desconcentración de la propiedad en empresas de comunicación social, publicidad obligatoria de los juicios contra funcionarios públicos por delitos de prensa, derecho a expresar críticas a las resoluciones judiciales, derecho a uso del propio idioma en el proceso judicial, y destino municipal de los tributos provenientes de la propaganda comercial y de espectáculos (PERLA, 1990).

Además, la Constitución de 1979 consagra de modo más sistemático y abarcador las libertades informativas al consignar el texto que en gran medida reproduce la Carta vigente.

2.2 Formulación de preguntas

En base a lo señalado, la investigación se plantea las siguientes preguntas:

Preguntas generales

2.2.1 ¿Cómo y en qué dirección debería evolucionar la protección del derecho al secreto de las comunicaciones y de las libertades informativas en caso de colisión, de modo que no implique una disminución gravosa de ambos, y que menoscabe su vigencia efectiva?

2.2.2 ¿Afecta a la deliberación de los asuntos públicos la penalización de la difusión por los medios de comunicación de aquellas comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente pero que revisten interés público?

Preguntas específicas

2.2.3 ¿En qué medida la penalización de la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente cumple con el propósito de disuadir el ejercicio ilegal de las libertades informativas?

2.2.4 ¿Es posible y con qué instrumentos normativos o procesales ponderar adecuadamente los bienes jurídicos de la inviolabilidad de las comunicaciones y las libertades comunicativas o informativas?

2.3 Metodología

La metodología que se ha utilizado en la elaboración de esta tesis tiene las características descriptiva-interpretativa y de revisión bibliográfica, documental y entrevistas.

2.3.1 Actividades descriptivas-interpretativas.

Ocupó el 60% del trabajo de elaboración de la tesis y a su vez implicó las siguientes actividades:

- 1) Investigación de las teorías relacionadas a la inviolabilidad de las comunicaciones, que denoten su evolución y su incorporación del Derecho Penal peruano.
- 2) Investigación de las teorías relacionadas a las libertades comunicativas y su incorporación al sistema jurídico peruano y al Derecho Penal en el caso de las infracciones que se cometan en su ejercicio.
- 3) Investigación sobre cuatro casos de interceptaciones ilegales de comunicaciones y en el que se incluya la referencia a la difusión de los contenidos.
- 4) Análisis de las normas vigentes, de contenido constitucional y penal relacionadas a la interceptación de las comunicaciones privadas.
- 5) Análisis de las sentencias del TC y de la jurisprudencia penal relacionadas con la interceptación de las comunicaciones privadas.
- 6) Análisis de las iniciativas legislativas sobre la interceptación y difusión de las comunicaciones privadas.
- 7) Formulación de preguntas, hipótesis y conclusiones relacionadas con el objeto de la presente tesis.

2.3.2 Actividades de revisión bibliográfica, documental y entrevistas.

Ocupó el 40% del trabajo de elaboración de la tesis y a su vez implicaron las siguientes actividades:

1. Consulta de fuentes bibliográficas, textos, revistas, apuntes, documentos, sentencias de tribunales internacionales y de legislación comparada, incluyendo recursos informáticos e Internet.

2. Entrevistas con los Drs. César San Martín, presidente del Poder Judicial cuando se elaboró el proyecto de ley de modificación del artículo 162º del Código Penal, y Erick Iriarte, especialista en Derecho Digital; y con los Srs. Ricardo Uceda, directivo del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), la institución de defensa de la libertad de expresión que participó en las consultas del Poder Judicial para la elaboración del proyecto de ley de reforma del artículo 162º del Código Penal, y Ángel Páez, editor responsable de la Unidad de Investigación del diario La República.

3. Visionado y análisis de los videos relacionados con el objeto de la investigación, *Collateral Murder* (Asesinato colateral) de *WikiLeaks*; y el programa *Magaly TV* del 31 de enero del año 2000; análisis y audición de los audios denominados “Potoaudio” y “Petroaudios”; análisis y revisión de los correos electrónicos del caso “Cornejoleaks”; análisis de las 31 entregas del portal Ojo Público del Perú sobre los documentos denominados “Panama Papers”; y análisis del documental “Panama Papers”.

3. OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN

3.1 Objetivos

Al responder las preguntas, nos planteamos algunas reflexiones sobre las cuales debe fijarse una atención que recorre el análisis del tema, relacionadas con el “estado de la cuestión”, es decir, la irrupción de tres tendencias que corren a veces paralelas o superpuestas: 1) la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones y la intimidad personal y familiar; 2) las iniciativas desde el Derecho Penal para sancionar estas conductas; y 3) el incremento del valor social del interés público como una vía para administrar las tensiones entre los derecho y libertades mencionadas.

En ese contexto los objetivos son concurrentes con los métodos utilizados, es decir, el análisis y la síntesis. Respecto a lo primero, el análisis, hemos accedido a las fuentes, es decir, a normas, textos, artículos, sentencias, documentos de la Corte Suprema, estudiando por separado y relacionándolos; y respecto a lo segundo, la síntesis, hemos agrupando conceptos y conclusiones, reconstruyendo nuevamente la situación de este debate.

Objetivos generales:

3.1.1 Precisar los elementos de la evolución de las comunicaciones y a partir de ello la evolución de la protección jurídico penal del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones en relación a las comunicaciones interceptadas ilegalmente.

3.1.2 Establecer la importancia del uso del concepto de interés público como un parámetro objetivo para la protección de la libertades comunicativas, la intimidad y el secreto de las comunicaciones, en el caso de la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente.

Objetivos específicos

3.1.3 Analizar en base a los casos estudiados, los alcances y límites del ejercicio de las libertades comunicativas en su relación con las posibilidades intrusistas que plantea el desarrollo de las tecnologías de la información, y con los desafíos de una sociedad informada y una deliberación plena de los asuntos públicos.

3.1.4 Analizar el uso de los mecanismos de ponderación en la colisión del derecho a la intimidad y el secreto a las comunicaciones privadas y las libertades comunicativas, sus posibilidades y límites.

3.2 Justificación

No se encuentra en discusión el planteamiento dogmático sobre el derecho a la intimidad personal en sí mismo y en su componente del secreto de las comunicaciones, siendo obvio que el Derecho Penal se esfuerza por actualizar la protección de estos bienes jurídicos cuya vigencia es presionada por el desarrollo de las tecnologías de la información de uso privado, individual y corporativo, y por políticas intrusistas desarrolladas desde los mismos estados, lo que ha devenido en una alto grado de vulnerabilidad de las personas, resumida en la paradoja de Goodman²⁵.

Este desarrollo de las comunicaciones lleva consigo formas avanzadas de intrusismo y ha puesto en vigencia valores de uso que colisionan con bienes jurídicos existentes; es el caso de la difusión de las comunicaciones privadas que luego son difundidas principalmente por los medios de comunicación,

²⁵ El concepto que resume el ex agente del FBI de EEUU y especialista en los riesgos de la tecnología Marc Goodman, como una paradoja: todos estamos conectados, todos somos vulnerables (GOODMAN, 2015).

especialmente aquellas cuyo contenido reviste interés público o morbo, amparadas frecuentemente en el ejercicio de las libertades comunicativas o informativas.

En la última etapa, en el Perú, se han registrado casos que han permitido apreciar esa tensión y, al mismo tiempo la dificultad de resolver la relación conflictiva entre derechos y libertades, con resultados no siempre coherentes tanto en la vía penal como constitucional.

Algunas salidas ensayadas fuera de la jurisprudencia no se han concretado. Es el caso, por ejemplo, del intento de la judicialización y penalización de la difusión del contenido de las interceptaciones ilegales de las comunicaciones privadas vía cambios en el Código Penal.

En ese contexto, en la búsqueda del eje de esa relación conflictiva, para resolver la tensión o por lo menos reducir su impacto se ha experimentado la separación de los contenidos de interés público como excepción de penalización, aunque subsiste el problema cuando la industria de la interceptación de las comunicaciones atrapa contenidos no diferenciados.

Por esa razón, la investigación se propone relevar y profundizar en el interés público como un parámetro útil para superar esa tensión, de modo que ninguno de los derechos y libertades en juego en este caso deje de cumplir su papel de protección jurídica o sea sacrificado, considerando como muy necesario que se optimice el derecho de la sociedad a estar informada de los asuntos públicos.

4. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 La perspectiva penal de la inviolabilidad de las comunicaciones, la interceptación ilegal y difusión de las comunicaciones privadas. Los usos legales e ilegales, límites, móviles y fines.

Es necesario resaltar la existencia de un nuevo momento del derecho al secreto de las comunicaciones debido al incremento de las modalidades de su afectación por nuevas formas de criminalidad.

Es probable que este nuevo momento sea tensionado por dos procesos que están dejando de transcurrir en paralelo: 1) por un lado, la necesidad de precisar los delitos, las modalidades y los tipos penales; y 2) por el otro, la tendencia a establecer excepciones a la ilicitud de las pruebas obtenidas mediante la interceptación indebida de las comunicaciones, por razones de interés público o de la lucha contra el delito. De esa tensión podría resultar perjudicado el propio derecho materia de protección.

En los últimos años, a razón de la lucha contra la criminalidad organizada, se ha legislado desde una óptica no siempre protectora de los derechos, como la Ley Nº 28774, Ley del Registro Nacional de Terminales de Telefonía Celular (2006); Ley Nº 29499; la Ley Nº 29733, Ley de Protección de Datos Personales (2011); la Ley Nº 30096, Ley de Delitos Informáticos (2013); el D. Leg. Nº 1218, Ley que Regula el Uso de las Cámaras de Videovigilancia (2015); y el D. Leg. Nº 1182, Ley de Geolocalización de Equipos de Comunicación (2015).

Las normas no han frenado la progresión de los delitos. Es en ese sentido, es pertinente preguntarse si no asistimos al inicio de la extinción de algunas formas privadas de comunicación y que debería concluirse que un propósito jurídico más eficaz sería combatir la industria de la interceptación más que la difusión.

Es cierto que el secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto y que a él se le aplica el principio de reglamentación que rige para todos los derechos. La misma Constitución adelanta que puede ser limitado por un mandato judicial motivado y con las garantías previstas en la ley. En aplicación de este principio, el año 2002 se promulgó la Ley N° 27697 que otorga facultades al fiscal para la intervención y control de las comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales: “secuestro, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional o traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos tributarios y aduaneros y lavado de activos”.

Lo sucedido en los últimos años con la aplicación de la citada ley indica que la ponderación de los derechos no es una garantía suficiente en el caso de colisión entre el secreto de las comunicaciones y otros derechos.

Esta ley fue modificada en un contexto complejo, deformando en parte su sentido inicial. El D. Leg. N° 991, fue dictado el año 2007 al amparo de una delegación de facultades por el Congreso, en un grupo de 11 decretos sobre los cuales en su momento la Defensoría del Pueblo sostuvo que eran inconstitucionales por haber excedido el marco de la delegación de facultades para legislar sobre el crimen organizado.

La Defensoría señaló que dos de las reformas a la Ley N° 27697 que el mencionado decreto legislativo incluía no correspondían a la materia delegada. Se refería a las nuevas reglas respecto a la labor del Fiscal Recolector y al apoyo que le deben brindar diversos funcionarios y empresas operadoras de comunicaciones (artículo 2° inciso 5), y que en los supuestos de urgencia el juez emitirá la resolución dentro de las 24 horas de recibida la solicitud y los medios de comunicación al Fiscal Recolector de la resolución judicial de intervención (artículo 2° inciso 12). En un

nuevo cambio, la Ley N° 30096 amplió la lista de control de comunicaciones a documentos privados en los casos de delitos informáticos.

Esta limitación del secreto de las comunicaciones debería ser desarrollado de mejor modo para impedir abusos o su colisión con otros delitos, especialmente con el derecho al secreto profesional o al de no ser obligado a declarar contra sí mismo.

La Constitución invalida pruebas expresamente prohibidas. El inciso 10) del artículo 2° señala que no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado. En sentido similar, el literal h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas con: 1) violencia moral, psíquica o física; 2) tortura; y 3) tratos humillantes o denigrantes.

La protección penal es regulada a través del Código Penal que tipifica el delito de la interferencia telefónica en una connotación amplia que el artículo 162° extiende a otras modalidades de interceptación cuando señala:

Artículo 162. Interferencia telefónica

El que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con las normas de la materia.

La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años cuando el delito comprometa la defensa, la seguridad o la soberanía nacionales.

En el proceso penal, la prueba prohibida es reconocida por el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto señala que el juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

La tipicidad del delito es sustantiva para efectos de la protección. A las interceptaciones clásicas como el apoderamiento de documentos físicos y las comunicaciones telefónicas se suma la de comunicaciones propias de las nuevas tecnologías como el correo electrónico, conversaciones grabadas en audio o video, y la ejecución de otros procedimientos de captación de sonido, imagen u otra señal de comunicación.

El comportamiento típico se configura con cualquiera de las acciones de interceptar, interferir usando cualquier medio las comunicaciones, conversaciones o imágenes privadas. A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 162°-B respecto a la prohibición de interferencia de las comunicaciones electrónicas, de mensajería instantánea y similares.

La Corte Suprema (RN N°05-02-2008, Primera Sala Penal Transitoria), en el caso de los congresistas procesados por cohecho pasivo impropio y receptación para pasarse de la oposición al oficialismo, define la prueba prohibida como aquella prueba cuya obtención o actuaciones lesionan derechos fundamentales o se violan normas constitucionales de modo que la misma deviene procesalmente en inefectiva e inutilizable.

4.2 El interés público como parámetro de la difusión de comunicaciones privadas, la distinción entre intimidad y secreto de las

comunicaciones. Relativización de derechos en función del personaje y libertad de expresión.

No puede desconocerse que el aumento de la interceptación de las comunicaciones privadas es favorecida por las posibilidades de su difusión, en aplicación de las libertades informativas, consideradas con frecuencia como libertades preferentes, en la medida que su regulación debe ser cuidadosa a causa de la tensión entre estas y el Estado, históricamente interesado en limitar su ejercicio.

Por esa razón, es indispensable precisar las condiciones que impiden la difusión de las comunicaciones privadas. De hecho, los tipos penales vigentes que reprimen la violación de la intimidad no son objeto frecuente de aplicación, de modo que conviene señalar las razones que operan en la difusión una comunicación obtenida ilícitamente.

Para establecer la ponderación y los límites es preciso distinguir entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, que son figuras propias, aunque persiste el debate si la primera deviene de la segunda, a pesar de que al afectarse la primera se afecta también la segunda. Esta distinción es fundamental para las decisiones sobre si es pertinente proponer exclusivamente una reforma del artículo 162° del Código Penal en vías de agregar nuevas prohibiciones.

Una discusión mayor gira en torno a que si las interceptaciones son ilícitas, lo es también su difusión. Es cierto que la respuesta a esta pregunta ya fue ofrecida por el Derecho Penal Peruano en más de una vez, empezando por los llamados "Vladvideos", sobre los cuales, el año 2001 la Corte Suprema señaló que las pruebas no son lícitas o ilícitas, "estas valen o no valen, son eficaces o no son eficaces, son pertinentes o no lo son; por lo tanto, es incorrecto sostener que existen pruebas ilícitas por ser obtenidas sin consentimiento de quien las posee, lo que es

ilícito o lícito son las conductas; en consecuencia si las pruebas reproducen hechos realmente acontecidos, tienen legalmente perfecto valor; este fundamento se sostiene en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales que establece que los jueces penales evalúan las pruebas con el criterio de conciencia”.²⁶

Sin embargo, no existiendo una relación directa entre la interceptación ilegal y la difusión ilegal por los medios de comunicación, se convierte en compleja la determinación de cuándo una difusión es legal y cuando no, un problema que el concepto de interés público ayudaría a resolver, esencialmente porque en nuestra actualidad jurídica, y en el marco de las crisis institucionales, lo estrictamente privado puede ser, al mismo tiempo, de interés público, como lo evidenciaron los casos denominados “Potoaudio” (2010), “López Meneses” (2013), “Chavinaudios” (2013), “Luz Verde” (2013), “Cornejoleaks” (2014), “Panama Papers” (2016) y recientemente los “Mamanivideos” (2018), entre otros.

Este tópico no se reduce al Derecho Penal por la vía de las violaciones al secreto de las comunicaciones. Plantea una discusión que si bien parte del Derecho Penal, se irradia a otras disciplinas en la medida que inciden en los límites de la libertad de expresión, es decir, en el hecho de que la decisión de difundir una comunicación interceptada no obedece necesaria o exclusivamente al ejercicio de esta libertad, sino a objetivos concurrentes a esta, relativizando la misma libertad citada.

Es probable que el origen de las prácticas de interceptación y difusión en auge se tenga que buscar no en el ejercicio de las libertades informativas sino en la deformación del ejercicio de otras libertades como la de empresa, y que las alternativas no sean siempre y necesariamente legales y penales. No obstante, el ejercicio de las libertades informativas no puede concretarse mirando hacia otro lado. Al contrario, el concepto del interés público puede servir, en toda su amplitud

²⁶ Corte Suprema. Sala Penal Especial Exp. N° 06-2001. Caso: Kouri Bumachar. Enriquecimiento ilícito. Lima. Considerando N° Siete.

“dentro” y “fuera” de los medios. De hecho, una de estas alternativas es la Defensoría del Lector, radioescucha o televidente en los medios de comunicación, una práctica adoptada pioneramente por un diario de la capital, sin considerar el modelo de la autorregulación, todavía incompleto y complejo en el caso peruano.

Del mismo modo, es concurrente la relación entre el interés público y el juicio mediático, una dinámica en la que el primero impulsa al segundo cuando se trata de casos que comprometen decisiones de Estado, personajes públicos -del Estado o privados- o decisiones que afectan intereses privados y que se originan en el espacio público. En esta relación, suele ocurrir que el juicio mediático protege las revelaciones de los medios de comunicación, actuando como un referente judicial que presiona a los jueces, y como suministrador de evidencias y pruebas.

La relación entre la justicia y el juicio mediático es compleja porque está relacionado con “lo que le gusta la gente”. Sobre el punto, los profesores Escalante, Caicedo y Maldonado listan tres preguntas iniciales: “1) ¿Qué dicen los medios sobre las conductas desviadas, cómo reaccionan frente a las mismas y cómo las presentan ante la sociedad?; 2) ¿Cómo los medios presentan y valoran el proceso penal?; y 3) ¿Cómo se relacionan los medios con la política criminal y el populismo penal?” (ESCALANTE, 2018).

4.3 Evolución del debate. El movimiento de penalización de la difusión de las comunicaciones privadas, los deberes de los estados y la Teoría de la Prueba Prohibida.

Las restricciones al uso público de los datos personales y las comunicaciones se encuentran en progreso. El 18 de diciembre de 2013, la Asamblea General de las NNUU aprobó la resolución denominada *El derecho a la privacidad en la era digital*, en la que se recoge el Informe del Relator Especial de las NNUU sobre la vigilancia de las comunicaciones realizada por los estados.

Esta declaración reitera que la vigilancia y la interceptación ilícita o arbitraria de las comunicaciones, así como la recopilación ilícita o arbitraria de datos personales violan los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión y pueden ser contrarios a los preceptos de una sociedad democrática.

La resolución reconoce la naturaleza global y abierta de Internet y el rápido avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, afirmando al mismo tiempo que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, incluido el derecho a la privacidad.

En el caso peruano, la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales del año 2011 señala escasas excepciones a dicha protección, entre ellas los datos cuyo “tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por la ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, la seguridad pública y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito” (Art. 17°).

Nuestra jurisprudencia establece la reserva de la información referida a la intimidad personal en entidades estatales. En ese caso, determinados datos íntimos no se conservan en poder exclusivo del titular de la información, sino que existe “un ámbito objetivo de reserva que, sirviendo aun a los fines de la intimidad en tanto derecho subjetivo, permiten mantener esa información en poder de la entidad estatal que corresponda a fin de que sea útil a valores supremos en el orden constitucional, dentro de márgenes de razonabilidad y proporcionalidad”(TC, EXP. N.° 0004-2004-AI/TC-FJ. .38, 2004).

Una de las excepciones se refiere al orden público. Sobre ello, la jurisprudencia peruana señala “que el derecho a la intimidad no implica *per se* el derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a ella que pueden

mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público, por ejemplo, las historias clínicas. De allí que los accesos a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución” (TC, EXP. N.° 0004-2004-AI/TC-FJ. 36, 2004).

Sobre la difusión de las comunicaciones obtenidas ilícitamente, la jurisprudencia ha señalado cuatro elementos que podrían significar un punto de partida: 1) igualdad de derechos; 2) optimización de contenidos; 3) veracidad como contenido de valor; y 4) ponderación. Estas consideraciones fueron establecidas a propósito del caso Adaro/Medina tanto en el ámbito penal como cuando el TC ventiló el recurso extraordinario interpuesto por Magaly Medina y Ney Guerrero contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005.

Igualdad de derechos. El primero de estos elementos consiste en cuestionar como poco idónea la aplicación de la Teoría de los Derechos Preferentes al sistema penal, que relativiza la intimidad personal colocándola en condición desventajosa respecto al derecho a la información, una postura doctrinal que propondría una jerarquía entre los derechos fundamentales sustentada en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Nuestro TC anotó luego de varias opiniones en favor de la preferencia que no se debería olvidar que los derechos fundamentales, todos, sin excluir ninguno, están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución (TC, EXP. N° 6712-2005-HC/TC-FJ.40, 2005).

Optimización de contenidos. El segundo elemento consiste en considerar como necesaria la optimización de los contenidos, actuando a partir del principio interpretativo de la unidad de la Constitución en el sentido que el ejercicio del derecho a la información no podrá realizarse vulnerando la vida privada de las personas, tomando en cuenta la naturaleza de derecho/principio de ambos (TC, EXP. N° 6712-2005-HC/TC-FJ.36, 2005).

Esta optimización, en el sentido atribuido por el TC, se orienta a que sin “sacrificar” ninguno de los valores concernidos -y teniendo presente que en última instancia todo precepto constitucional opta por garantizar el principio de concordancia práctica- ninguno de los derechos fundamentales se quede sin protección. La aplicación de este principio exige que la interpretación no se agote en los criterios clásicos de carácter normativo, es decir, literal, teleológico, sistemático e histórico (TC, EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, FJ 35, 2005).

Veracidad como contenido de valor. El tercer elemento, quizás el más importante, consiste en definir los contenidos de las libertades informativas, entre los que se encuentra la veracidad de lo que se manifiesta, un parámetro ineludible que no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa y busca la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia. También obliga a contextualizar la información de manera conveniente, es decir, amparar la verosimilitud de la información. En el caso conocido Adaro/Medina, al rechazar la pretensión de probar el error de prohibición en los actos de los periodistas recurrentes, el TC consideró que “solamente se debió ingresar a analizar la afectación de la vida privada de la querellante, la vedete Mónica Adaro, si se comprobaba la veracidad de la información. Caso contrario, ni se debería mencionar la existencia de un ejercicio del derecho a la información. Según el TC, si bien no había dudas respecto a la autenticidad de las imágenes presentadas, la veracidad del reportaje emitido en el programa Magaly TV no se podía considerar como una parte del derecho a la defensa, sino simplemente el cumplimiento de lo mínimo que se le podría exigir a un programa de índole periodística” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 35, 2005).

Esta previsión es igualmente crucial por otra razón; los querellados alegaban que “la prostitución clandestina es un acto no aceptado en el Derecho, por lo que habría que considerarlo como un ilícito o injusto administrativo y que por ello debía analizarse en primer término si existía dicha red para que, en segundo lugar, se

pueda desconocer una protección superlativa de la vida privada”. El TC razonó señalando que “la prostitución clandestina es un hecho que amerita ser conocido por la sociedad, máxime si a través de su conocimiento podría llegar a protegerse convenientemente la salud en tanto derecho social previsto en el artículo 7° de la Constitución, pero que una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere ilícitamente los derechos fundamentales de las personas, en este caso el derecho a la vida privada”. Para el TC es necesario informar pero “no traspasar los límites externos de la vida privada lo que en este caso: 1) bastaba hacer un seguimiento de la persona investigada o mostrar el momento en que se hacía el trato; 2) que no puede ser aceptable en un Estado democrático y social de derecho que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona; y 3) que con la propia transmisión del mensaje se había terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo, la presumible prostitución clandestina” (TC, EXP. N.° 6712-2005-HC, FJ 35, 2005).

De ese modo, el TC ratificó la apreciación del juez penal del caso cuando señaló que “no importa, que lo que realizó la señora Adaro en aquel cuarto de hotel, sea un acto de prostitución o no, no importa que haya estado libando licor con el señor Arancibia o que hayan estado jugando a las escondidas porque no es materia del proceso penal; lo que importa es que existió una violación flagrante de su derecho a la intimidad”²⁷.

Ponderación. El cuarto elemento consiste en la ponderación. El TC relativiza la protección del derecho a la intimidad en el sentido de que “si se presenta un ilícito, la investigación periodística que se realice no puede estar también protegida, disminuyendo la protección del contenido accidental del derecho a la vida privada de la persona” (TC, EXP. N.° 6712-2005-HC, FJ 39, 2005). En esa dirección, sobre

²⁷ Declaración del Procurador Público del Poder Judicial, Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005.

la base objetiva del contenido esencial de cada uno de los derechos en juego, la vida privada y las libertades informativas, se debe efectuar un análisis ponderativo. “El método de ponderación consiste en una utilización mixta de los criterios de razonabilidad propios de cualquier relación entre derechos fundamentales y de desarrollo colectivo, exclusivo de los derechos de respeto de la persona y las libertades comunicativas” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 40, 2005).

En el método de ponderación, para efectos de reivindicar las libertades comunicativas en la difusión de un acto que viola la intimidad personal, resulta significativo lo siguiente: 1) el respeto de la persona humana; 2) la utilidad para la democracia; 3) el ejercicio del derecho fundamental a la información sin excesos; 4) la acreditación del objetivo de informar; 5) la evidencia de la voluntad de poner en conocimiento de las autoridades los supuestos ilícitos penales; 6) que se aprecie con facilidad el interés por el mejoramiento social y personal de la sociedad; y 7) que se acredite que el asunto reviste un interés público y no solo por la proyección pública del personaje sujeto del acto.

Sobre lo señalado, en el caso Adaro/Medina, el juez penal dejó claro que “aun cuando admitamos de manera forzada que la agraviada Mónica Adaro es líder o corriente de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ella nada tienen que ver con la actividad por la cual es públicamente conocida: su labor como cantante y bailarina” (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Trigésimo Noveno, Juzgado en lo Penal de Lima, N.º 396-2001).

En tanto, la Corte Suprema señaló en este mismo expediente, “que en el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad, pues el reportaje televisado *Las prostivedettes* exhibe a Mónica Adaro Rueda manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público. Más reprobable y desvalorada resulta la

conducta sub examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado *contacto* para que oficie de instigador” (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima, N.º 396-2001, fs. 96, 2001).

El TC, sobre el mismo caso señaló: “No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 58, 2005).

El método de ponderación es contrario a la Teoría de los Derechos Preferentes. No obstante, siendo útil, la ponderación es de compleja aplicación en el caso de la colisión de los derechos a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones para garantizar una protección adecuada de los derechos y libertades en juego. Sus crítico señalan que, además, no sirve para el propósito de disuadir conductas lesivas al derecho a la intimidad por su naturaleza procedimental.

El Test de Razonabilidad. Este test pretende un estándar de control de la acción informativa que incide sobre la vida privada, incluyendo tres juicios: 1) de adecuación; 2) de necesidad; y 3) de proporcionalidad.

La adecuación. En el juicio de adecuación, la conclusión a la que se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente en lo jurídico “y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada si la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1º, que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que se materializa

en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona por más pública que ésta sea” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 42, 2005).

Juicio de necesidad. En el juicio de necesidad, ante “la ausencia de una solución más efectiva y adecuada, se busca elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista para evitar afectar la vida privada de una persona y para que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 44, 2005), es decir, determinar si la difusión de la información es necesaria para cumplir con el objetivo de informar, y si la forma en que esta se realiza es congruente con la protección de la intimidad personal. En ese caso, junto a la veracidad se incorpora el elemento de necesidad (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 44, 2005).

Juicio de proporcionalidad. En relación al juicio de proporcionalidad, “se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad de la información emitida” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 50, 2005).

A diferencia de la doctrina norteamericana de los derechos preferentes, la jurisprudencia peruana se propone “determinar correctamente” la formación de esta opinión, considerándola “desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte o a todo el público, en el sentido de presentarse en el ámbito ético-político como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 57, 2005). Bajo esta concepción, “la información sobre la manera como se maneja la *res pública* se convierte en un auténtico bien

público o colectivo que ha de estar al alcance de cualquier individuo, precisando cuando una información no cumple ese fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 57, 2005).

4.4 Análisis de casos. Manning-WikiLeaks, Snowden, Quimper y “Potoaudio”.

Cuatro casos, dos de origen internacional y dos de origen interno, resumen la realidad de un problema jurídico que se complejiza aceleradamente y obliga a la búsqueda de salidas que permitan la defensa del derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y, al mismo tiempo, permita la vigencia de otros derechos y libertades que enriquecen la democracia.

Caso Manning-WikiLeaks

El 5 de abril de 2010, la plataforma WikiLeaks publicó un video en el que se aprecia que, en un ataque en Irak, el 12 de julio de 2007, un helicóptero Apache del Ejército de EEUU mataba a 11 civiles entre ellos al reportero de la agencia Reuters, Namir Noor-Eldeen y a su ayudante. Luego, la misma plataforma filtró más documentos militares estadounidenses sobre las guerras en Irak y Afganistán y más de 700 mil cables diplomáticos clasificados.

El autor de la filtración fue el soldado norteamericano Bradley Manning, y la información que difundió es a la que accedió en su condición de analista de informaciones en Irak. En mayo de ese año, Manning fue detenido, delatado por el periodista Adrián Lamo. El soldado estuvo retenido dos meses en Kuwait y luego trasladado a la base militar de Quantico (Virginia, EEUU) donde fue puesto en una celda bajo régimen de aislamiento en prevención de suicidio. En abril del año 2011 fue derivado a la prisión militar en Fort Leavenworth (Kansas, EEUU) y de allí a Fort

Meade, una base militar en Washington (EEUU) para que comparezca en el proceso.

En febrero del 2012, el Ejército anunció que el Departamento de Justicia estadounidense juzgaría a Manning bajo la Ley de Espionaje de 1917 que había sido usada en el pasado en otros casos y que sería llevado ante un tribunal militar “por ayudar al enemigo”, el cargo más grave entre varios, penado con cadena perpetua. El antecedente era un caso en la Guerra de Secesión (1861-1865) cuando un soldado fue condenado por filtrar información a un periódico de Alexandria (Virginia).

El caso se centró dos figuras opuestas, la ayuda del acusado a los enemigos de EEUU, un caso de traición a la patria, y sus deseos altruistas en favor de los valores de la democracia y la libertad.

“Manning admitió ante la juez militar Denise Lind, haber filtrado la información para abrir un *debate público* sobre el papel de Estados Unidos en conflictos como los de Irak o Afganistán” –un delicado asunto de interés público- y que creía que las informaciones “no dañarían a Estados Unidos, pero que sí serían embarazosas, y que si el público tenía acceso a la información podía abrir un debate en casa sobre el papel del Ejército y la política exterior en general”²⁸. De hecho, su defensa asumía el interés público como motivo central de sus acciones.

También señaló que eligió a WikiLeaks “por sus campañas contra la opacidad de los gobiernos y en favor de la divulgación pública de documentos de denuncia de la corrupción, sobre abusos contra los derechos humanos y otros actos ilegales, y porque pensaba que la documentación estaría en un sitio seguro”²⁹. Agregó que luego de entregar la información a WikiLeaks sintió que había hecho algo que le permitiría tener la conciencia limpia.

²⁸ Rescatado de:

https://elpais.com/internacional/2013/02/28/actualidad/1362065146_760033.html

²⁹ Agencia AFP, 28 de febrero 2013.

Manning aceptó 10 de las 22 acusaciones en su contra. La acusación del fiscal Ashden Fein señaló: “este es el caso de un soldado que sistemáticamente obtuvo cientos de miles de documentos clasificados y los subió a Internet a manos del enemigo, material que conocía basado en su entrenamiento, y que puso en riesgo las vidas de sus compañeros”³⁰. La defensa respondió que las acciones de Manning “fueron bien intencionadas y que se había asegurado de que los archivos filtrados no causaran daño, y que tenía acceso a, literalmente, cientos de millones de documentos por ser un analista de todas las fuentes, y estos fueron los documentos que eligió filtrar”.

El delator de Manning, Adrián Lamo, testimonió que durante los seis días en los que intercambiaron conversaciones, Manning no había mostrado querer causar daño a EEUU, menos denigrar la bandera estadounidense o ayudar al enemigo. Creía (Manning) que “los cables diplomáticos revelaban cómo los países del primer mundo explotan a los del tercer mundo, que a nadie parece importarles, que la apatía era mucho peor que la participación activa y que prefería una verdad dolorosa a una dichosa fantasía”. Y que al haberle preguntado cuál era su fin, Manning respondió: “Ojalá que haya debates mundiales. “La reacción al video Apache le daba inmensas esperanzas. Quería que la gente viera la verdad y que la gente tal vez cambiaría si veía la información”³¹.

Finalmente testimonió que pudo apreciar que “Manning daba la impresión de ser un desastre emocional, con conflictos de género, que sentía que su vida se caía a pedazos y tenía pensamientos suicidas, que no tenía en quien confiar y que necesitaba ayuda, incluso se disculpó por decirle todo a pesar de no conocerle”.

³⁰ Rescatado de:

https://elpais.com/internacional/2012/11/30/actualidad/1354298159_782246.html

³¹ Rescatado de: <https://www.infobae.com/america/tecno/2019/04/23/quien-fue-adrian-lamo-el-hacker-vagabundo-que-delato-al-informante-de-wikileaks-chelsea-manning/>

El 21 de agosto de 2013 Manning fue sentenciado a 35 años de prisión y expulsado del Ejército con deshonor. Se declaró inocente de 12 cargos, entre ellos de la mayor acusación que pesa sobre él, de “ayudar al enemigo”. La jueza lo exoneró de este cargo por el que podría haber cumplido cadena perpetua, pero lo declaró culpable de otros 20 por violaciones a la Ley sobre espionaje, robo de información gubernamental y abuso de su posición de analista en Irak, entre otros.

El desenlace ilustra que el gobierno no presentó pruebas convincentes de que el soldado ayudó a los enemigos de EEUU. Respecto a la acusación, el profesor de Harvard, Laurence Tribe, dijo al diario The Guardian que “acusar a cualquier individuo de cometer el extremadamente grave delito de ayudar al enemigo sin base alguna más allá del hecho de que el individuo subió información filtrada a Internet y, por lo tanto, con conocimiento de causa le dió información de inteligencia a quien sea que pudiera ahí tener acceso a ella, abre un peligroso terreno nuevo”. Además, “que el juicio podría tener consecuencias de amplio alcance en desalentar la libertad de expresión”.

La jueza Lind consideró que no era un joven idealista, que era culpable de robar documentación confidencial, pero no de que su publicación en Internet ayudara a las naciones y grupos hostiles a EEUU porque dejaría un precedente para el periodismo de investigación al aplicarse a cualquier otra información secreta difundida públicamente.

En abril del año 2014, el Ejército de EEUU confirmó la condena contra Manning, que para entonces se había cambiado de nombre y de sexo pasando a llamarse Chelsea. El 17 de enero, el entonces presidente de EEUU Barack Obama lo indultó.

En el análisis, no es objetable que fiscal tuviese un caso fundamentado para acusar a Manning y que la justicia aceptara la mayor parte de los delitos por lo que

fue sentenciado, obviando el de favorecer a los enemigos de EEUU porque no fue acreditado el elemento subjetivo o tendencial de la filtración de documentos.

Lo que es debatible, es la versión de que Manning filtró la información para abrir un “debate público” sobre el papel de Estados Unidos en Irak o Afganistán porque creía que las informaciones “no dañarían a Estados Unidos, pero que sí serían embarazosas” y “que si el público tenía acceso a la información podía abrir un debate en casa sobre el papel del Ejército y la política exterior en general”. Las motivaciones de Manning podrían ser individualmente discutibles; lo distinto es el papel desempeñado por el medio que difundió esas filtraciones, WikiLeaks, en cuyo caso existen pocas dudas respecto de sus objetivos políticos de denunciar asuntos de interés público y defender el ejercicio de la libertades informativas.

En efecto, desde que el 5 abril del 2010 WikiLeaks publicó el video que cuestionaba la versión del ejército de EEUU sobre la muerte de 11 iraquíes, el caso se trasladó a las responsabilidades de Julian Assange, un *hacker* y activista australiano fundador del portal WikiLeaks años atrás³².

Desde esa fecha, tanto Assange como WikiLeaks experimentaron un via crucis legal, político y tecnológico hasta la expulsión de Assange de la embajada ecuatoriana en Londres en abril del año 2019. Luego de esta expulsión/arresto, por no entregarse ante un tribunal por una orden emitida en junio del 2012 -una orden judicial de detención por no haberse presentado ante la corte de Westminster, Gran Bretaña- EEUU lo denunció por 18 cargos, entre ellos conspirar con Chelsea Manning para obtener acceso a la red del Pentágono. Hasta su expulsión, Assange

³² Compuesto por la palabra hawaiana “wiki”, rápido, e inglesa “leak”, fuga, WikiLeaks es un medio que opera como un portal de noticias anónimas, especialmente documentos oficiales secretos, políticos, militares y financieros. Se autodefine como un servicio público internacional. Fue fundada el año 2006 y fuera de su principal creador, Julian Assange, se desconoce la identidad de sus otros creadores y financistas. Está alojada en un servidor sueco. Su sitio es: <https://wikileaks.org/>

estuvo asilado en dicha delegación diplomática desde agosto del 2012, luego de que Suecia le abriese una causa por violación sexual y solicitara su extradición.

Antes, en febrero del año 2011, un juez británico aprobó la extradición de Assange a Suecia en medio de nuevas informaciones que WikiLeaks difundía, planteándose al mismo tiempo una batalla jurídica respecto al asilo y la extradición.

Las presiones de EEUU llevaron a que las empresas MasterCard, Visa, PayPal y Amazon rompiesen sus vínculos con Assange y WikiLeaks. En este punto se puede afirmar que antes de que EEUU actuara penalmente contra Assange y Wikileaks, ya había desplegado acciones para restringir la capacidad informativa de esta plataforma.

En febrero del año 2016, un dictamen del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU que demandaba que Assange sea liberado fue rechazado tanto por Gran Bretaña como por Suecia. En mayo del año 2017 la Fiscalía de Suecia decidió cerrar la causa por violación contra Assange, pero Gran Bretaña dejó claro que lo detendría si abandonaba la embajada ecuatoriana. En enero del año 2018, Ecuador le concedió una cédula de identidad, pero Gran Bretaña denegó el pedido ecuatoriano de conceder a Assange el estatuto diplomático, impidiendo su salida. Con la llegada de Lenin Moreno al gobierno de Ecuador, las relaciones con Assange se agrietaron al punto que Ecuador le quitó el acceso a Internet y luego el asilo.

Disuelto el caso de violación en Suecia, sobrevivía para Assange la figura legal objeto de debate, que es el espionaje, donde el bien jurídico protegido es el derecho del Estado a mantener en reserva los secretos militares. Sin embargo, una importante cantidad de esas filtraciones también se refieren a comunicaciones entre personas, civiles y militares, por lo que también está sobre la mesa el debate sobre la violación del secreto de las comunicaciones y la intimidad familiar que habrían cometido funcionarios públicos al recolectar información.

En este caso se reitera la tensión entre las libertades informativas, el derecho de los ciudadanos a saber cómo se manejan los asuntos de Estado, y las prerrogativas de este sobre sus asuntos reservados. Si este asunto se solventara en el Perú, no habría mayor debate en el encausamiento de quien interceptó y filtró, pero sí respecto de quién difundió esas informaciones, como se evidenció el año 2016 en el caso de la denuncia del Ministerio de Defensa contra los periodistas del programa *Panorama* de Panamericana TV por supuesta traición a la patria, por haber revelado actos de corrupción en el VRAEM³³.

En mayo del año 2017 medios de prensa de EEUU informaron que ese país estaba “investigando si Assange proporcionó ayuda técnica a Manning para robar secretos, lo que fue el fundamento de una de las 18 acusaciones, y que también sería acusado de conspiración en el robo de correos electrónicos del Partido Demócrata por parte de *hackers* rusos durante la campaña electoral presidencial del 2016. Frente a ello, Kennet Roth, director ejecutivo de Human Rights Watch, dijo que Assange no debería ser acusado con las pruebas existentes y que el gobierno de EEUU jamás ha demostrado que Assange hiciera ninguna otra cosa más que publicar informaciones filtradas. Puede que no les guste lo que filtró, pero, a juzgar por la evidencia pública, se encuentra en la misma posición que un sinnúmero de periodistas, y no deberían amenazarlo con un posible arresto y extradición a Estados Unidos” (ERLANGER y ANDERSON, 2017).

Entre los cargos de EEUU contra Assange, siete son “por obtener información, nueve por revelarla y uno por conspirar para acceder a una computadora. Las acusaciones señalan que en repetidas ocasiones, Assange alentó a fuentes con acceso a información clasificada a que la robaran y la entregaran a WikiLeaks para su divulgación, y que una vez que Manning comenzó

³³ Los periodistas encabezados por Rosana Cueva fueron denunciados por el Ministerio de Defensa, la fiscalía acogió la denuncia, pero el caso derivó en un proceso contra la corrupción militar en el VRAEM.

a compartir dicho material, Assange lo alentó a continuar con el robo de documentos clasificados y acordó ayudarle a descifrar una contraseña de una computadora militar”³⁴.

Caso Snowden

De todos los casos estudiados, el más paradigmático y paradójico es el de las revelaciones de Edward Snowden, cuyo objetivo directo e inmediato fue la defensa de la privacidad contra la vigilancia y espionaje universal a cargo del Gobierno de EEUU.

En junio del año 2013, los diarios *The Guardian* y *The Washington Post* publicaron información clasificada del gobierno de EEUU en la que se evidenciaba que la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) de ese país tenía acceso a registros telefónicos y en Internet de millones de usuarios de la compañía telefónica Verizon. Las revelaciones fueron realizadas por el ex empleado de la CIA Edward Snowden.

Según la información, una orden judicial secreta del United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de EEUU, creado y autorizado por la Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera (1978), le permitió a la NSA el acceso a registros telefónicos y en Internet de millones de usuarios de la operadora de telefonía Verizon en EEUU. Las operaciones implicaban dos programas de espionaje, el registro datos de llamadas en EEUU y el acceso a servidores de las principales compañías de Internet.

El gobierno de EEUU denunció a Snowden por espionaje y robo de propiedad gubernamental. Luego, el periodista del diario *The Guardian* que recibió las filtraciones, Glenn Greenwald, fue hostigado y amenazado, y un miembro de su equipo, David Miranda, fue retenido en agosto del año 2013 en un aeropuerto de

³⁴ Rescatado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48391860>

Gran Bretaña en una escala técnica en ruta a Brasil. Snowden fue objeto de asilo político temporal por parte de Rusia, que luego se ha extendido hasta el año 2023.

En este caso, se aprecia el acopio de datos por parte del Estado y que previamente fueron objeto de una interceptación cuya legalidad se encontraba por lo menos en duda, inclusive a pesar de que fuese autorizado por un tribunal especial. Al inicio del escándalo, el gobierno de EEUU defendió la necesidad de acceder a las llamadas telefónicas de ciudadanos por considerarlo una herramienta para combatir al terrorismo. Luego de que avanzaran las filtraciones y se supiera que la NSA espió las llamadas telefónicas de 35 líderes mundiales, y la Unión Europea (UE) exigiera a EEUU “transparencia sobre la aplicación de los acuerdos que mantiene con Europa para el control de datos en la lucha contra el terrorismo” –so pena de reconsiderar los convenios- el gobierno de ese país adoptó algunas decisiones como: 1) reconocer que la NSA violó las normas de seguridad o se extralimitó en la aplicación de los programas de vigilancia “miles de veces” desde el año 2008; 2) reconocer que la NSA investigó indebidamente miles de llamadas telefónicas de ciudadanos estadounidenses, violando sus propias reglas; y 3) desclasificar documentos sobre el programa de espionaje, que evidenciaba que la NSA se excedió en la tarea de recoger información inicialmente autorizada³⁵.

Desde la lógica de los medios de comunicación, los argumentos en favor de la filtración los expuso el diario *Washington Post* cuando señaló que esta tenía como propósito hacer público el “Estado de vigilancia” a los ciudadanos en EEUU³⁶.

³⁵ El principal software acopiador es *XKeyscore* y según la misma NSA puede acceder a todo lo que una persona hace en Internet, es decir, leer las bandejas de entrada y salida de los correos electrónicos y acceder a la actividad en las redes sociales, teléfonos fijos y móviles. *The Guardian* reveló que “un informe del 2007 de la NSA calculó que había capturado 850 billones de llamadas y 150 mil millones de registros de Internet”.

³⁶ Rescatado de: https://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html

Por su parte, el protagonista de la filtración, Snowden, señaló que sabiendo de la información en cuestión, actuó motivado por lo siguiente: 1) no podía permitir que el gobierno de su país “destruya la privacidad, la libertad en Internet y en general las libertades básicas mediante una gigantesca máquina de vigilancia” que operaba en secreto; 2) que estaba movido por la convicción de no querer vivir en un país donde se registra todo lo que hace la gente (esa convicción hizo que los dos diarios que publicaron la filtración revelasen su identidad a petición suya); y 3) que deben ser los ciudadanos “los que decidan sobre el poder de le conceden al Estado y no un burócrata” (SNOWDEN, 2019).

Al publicar una especie de autobiografía años después, Swoden sistematizó con más profundidad sus razones. Señaló que el Internet de ahora es irreconocible, que ha cambiado el que se conocía inicialmente y operaba como un amigo y un padre, “una comunidad sin barreras y sin límites, una voz y millones de voces, una frontera común que había colonizado -pero no explotado- tribus diversas que habían vivido amistosamente unas junto a otras, y cuyos miembros, todos, eran libres de elegir un nombre, su historia y sus costumbres” (SNOWDEN, 2019).

Para él, Internet ha derivado en una burbuja y un colapso, luego de que las empresas se dieran cuenta de que la conexión humana podía monetizarse, de modo que las grandes corporaciones solo tenían que meterse en la mitad del intercambio social para convertirlo en beneficio, dando inicio al “capitalismo de vigilancia”. (IDEM). Snowden sostiene que el Gobierno de EEUU cayó víctima de una obsesión que implica un total desacato a su Constitución, asumiendo la vigilancia masiva y afligiendo más al inocente que al culpable (IDEM).

En su visión, “el pueblo nunca fue consultado acerca de ese proceso” y ni siquiera ha tenido voz en él. El sistema de vigilancia social se ha establecido no solo sin opinión de la gente sino también de modo secreto. Fue ocultado inclusive a los legisladores. En ese contexto, Snowden refiere que solo cabía recurrir a los

periodistas como una vuelta a los ideales del Gobierno, “en defensa de la privacidad, un valor que a inicios de EEUU se llamaba libertad” (IDEM).

En el debate respecto a la legalidad de la orden dada a la NSA para espiar a los ciudadanos se fue conociendo la reacción del Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de EEUU, designado en marco de la aplicación de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera, que fue limitando a la NSA de sus funciones al punto que en agosto de ese año (2013) el mismo tribunal desclasificó una sentencia jurídica que revelaba que la NSA interceptó durante tres años 56 mil comunicaciones electrónicas por año de ciudadanos de EEUU que no eran sospechosos de terrorismo, calificando estas actividades de inconstitucionales.

Finalmente, en mayo del año 2015, un tribunal federal de apelaciones de Nueva York “declaró ilegal el programa de recopilación de llamadas telefónicas de la NSA al considerar que no fue aprobado por el Congreso. Tres jueces del Segundo Circuito del Tribunal Federal de Apelaciones determinaron que la Patriot Act —la ley aprobada tras los atentados del 11-S de 2001— que permitía al FBI recopilar datos con fines antiterroristas no se puede interpretar como una autorización a la NSA para un almacenamiento masivo de metadatos (información sobre a quién se llama, dónde y cuánto tiempo) de todas las llamadas telefónicas en EEUU. No obstante, los jueces rechazaron dilucidar si estas prácticas vulneran la Constitución y devolvieron el caso al tribunal anterior que había considerado legal el programa” (FAUS, 2015).

Eso fue luego de que el gobierno de Obama, en enero del año 2014, anunciara una reforma del espionaje en EEUU en un esfuerzo por conciliar la protección de la seguridad y los intereses nacionales con el derecho a la privacidad de los ciudadanos. “La reforma implicó la progresiva eliminación del programa de almacenamiento masivo de datos telefónicos y la prohibición de la vigilancia de las comunicaciones de los jefes de Estado y de Gobierno de países amigos y aliados. Obama ordenó la revisión de los métodos de recopilación de información por parte

de la NSA con el fin de garantizar un mayor control judicial y reducir los riesgos del uso inapropiado de una actividad que debe estar exclusivamente dedicada a la persecución de los enemigos y la prevención de las amenazas ciertas de un ataque terrorista, reconociendo que, tal como se ejecutaban, pueden suponer un peligro para las libertades civiles y entrar en contradicción con los derechos constitucionales de los norteamericanos o de los extranjeros que viven en este país” (CAÑO, 2014).

En el desenlace de este caso se puede advertir que en varios momentos estuvo presente el contenido del interés público: 1) en la decisión de Snowden de revelar los datos; 2) en la decisión del 2015 del Segundo Circuito del Tribunal Federal de Apelaciones que determinó que la Patriot Act del 2001 no puede interpretarse como una autorización a la NSA para un almacenamiento masivo de metadatos; y 3) en la decisión del gobierno de Obama el año 2014 de eliminar el programa de almacenamiento masivo de datos telefónicos.

Caso Quimper

Este caso representa la concurrencia completa de los elementos que motivan esta investigación, es decir, la interceptación con fines comerciales, la difusión con propósitos de transparencia pública, el juicio mediático como expresión del interés público y la respuesta del Estado compleja y contradictoria. Como en ningún otro, en este caso fueron apreciadas las tensiones entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

En octubre de 2008, el programa Cuarto Poder de *América Televisión* difundió cuatro audios proporcionados por el ex ministro del interior, Fernando Rospigliosi. Días después, los diarios *Perú 21* y *La República* también presentaron audios referidos a conversaciones telefónicas interceptadas entre Alberto Quimper Herrera, miembro del directorio de la empresa estatal Perupetro y Rómulo León Alegría ex ministro del Apra y lobista. Según la grabación, ellos discutían

secretamente el presunto cobro de comisiones y regalías por la adjudicación de cuatro lotes para la exploración de hidrocarburos concesionados con favoritismo a la empresa noruega Discover Petroleum.

La denuncia generó una severa crisis en el gobierno de entonces; León Alegría fue expulsado del Apra, y el presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo fue obligado a renunciar debido a que su nombre y el de otros ministros fueron mencionados en las conversaciones interceptadas.

Luego, la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios denunció penalmente a Rómulo León Alegría, Alberto Quimper y Rafael Fortunato Canaán, entre otros, por los delitos de asociación ilícita para delinquir, tráfico de influencias, negociación incompatible y otros delitos. El juez del Tercer Juzgado Penal Especial de Lima resolvió abrir instrucción a los mencionados como presuntos autores de los delitos de patrocinio ilegal, cohecho pasivo propio y tráfico de influencias, así como a los presuntos cómplices primarios del delito de negociación incompatible.

En ese contexto, en junio del año 2009, Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper interpuso una demanda de hábeas corpus a favor de Alberto Quimper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alegó que el auto de apertura violaba el derecho al debido proceso, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen “se fundamentan en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones”³⁷.

El procurador público del Poder Judicial contestó la demanda señalando que el auto de apertura ha sido emitido sin contravenir algún derecho constitucional, por cuanto el juez emplazado había valorado las pruebas al momento de dictarlo.

³⁷ Rescatado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>

Añadió que en el proceso penal “se puede cuestionar la razonabilidad de los elementos de prueba que sustentan el auto de apertura cuestionado”³⁸. “El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, el 21 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que lo que se pretende es que el juez del Hábeas Corpus se arrogue las facultades reservadas al juez ordinario y proceda al reexamen o revaloración de los elementos probatorios que sirvieron de base para el dictado del auto de apertura de instrucción. La sala revisora, revocando la apelación, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento” (TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, 2008).

Luego, en enero de 2010, la Quinta Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda de autos, sentencia contra la que Castro Barrera de Quimper interpuso ante el Tribunal Constitucional el Recurso de Agravio Constitucional, el que en sesión de Pleno Jurisdiccional resolvió declararlo improcedente (TC, EXP. N.º 00655- 2010-PHC/TC).

Dicha sentencia desató un debate, especialmente por el fundamento jurídico 23, que señaló: *“Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente”*.

Sobre este punto, el magistrado Beaumont Callirgos en su voto discordante señaló que: *“En cuanto al segundo párrafo del fundamento 23, estimo que si bien existen límites a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información que ejercen los medios de comunicación, pues no pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, también considero que no resulta*

³⁸ Rescatado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>

pertinente lo expresado en dicho párrafo, pues en mi concepto, el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del Derecho Penal, debe exhortarse a la materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto” (TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, 2008).

A su vez, el magistrado Vergara Gotelli en su voto discordante señaló: *“Finalmente me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 del proyecto que se pone a mi vista por hacer referencia a la prohibición impuesta a los medios de comunicación respecto a difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin que previamente se haya verificado por sentencia si lo que se pretende difundir es de interés público o no, debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada información constituye una intromisión ilegítima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho a de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario apoya en cierta forma la impunidad, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables. Además, aceptar dicha limitación a los medios de comunicación implicaría la figura vedada por la Constitución de censura previa, situación por la que manifiesto mi total desacuerdo con dichos fundamentos de la resolución puesta a mi vista. Claro que esta postura no significa un cheque en*

blanco para el abuso cuando éste sólo está destinado al escándalo” (TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, 2008).

Frente a la polémica producida, el TC publicó rápidamente una resolución aclaratoria del fundamento N.º 23 en el que señaló que (TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, 2008): 1) “en relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibida la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación”; 2) “en caso de exceso, tanto el periodista, como los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente”; 3) “el fundamento N.º 23 de la sentencia de autos no es una censura previa y con la finalidad de que dicho fundamento no sea malinterpretado, se precisa que lo que debe ser sancionable es la conducta de quienes promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicadas a las telecomunicaciones”; 4) no debe olvidarse que la propia Constitución establece en el artículo 2º inciso 10 que “Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”; 5) “que a la altura de estos tiempos, la intimidad personal o familiar, o la vida privada puede verse amenazada muy fácilmente como consecuencia del desarrollo tecnológico; sin embargo es un error pretender equiparar la libertad de prensa y expresión como garantía institucional del Estado Social y Democrático de Derecho, con el uso indiscriminado y caótico de Internet”; 6) “la prensa tiene una responsabilidad constitucional y ética con los Derechos Fundamentales de la Persona y el Principio de Dignidad consagrado en el artículo 1º de la Constitución”; y 7) “quien realiza la interceptación, incluso si es periodista, comete delito; quien fomenta dichas interceptaciones, incluso si es periodista, también comete delito. Asimismo, quien tiene acceso a tal información y pretende su difusión, sea porque es periodista,

editor o dueño de un medio de comunicación, debe evaluar si con ello se afecta la intimidad personal o familiar o la vida privada de los interceptados, familiares o terceros. Es en este último caso que el control es posterior, en la medida que la Constitución garantiza que no hay censura previa”.

En este punto, debe considerarse la relación entre el interés público en el momento de la difusión de una comunicación ilegalmente interceptada con el motivo inicial del acto, para ponderar los efectos tanto de la difusión como de la interceptación, considerando la existencia de una industria de la interceptación con fines comerciales y no siempre con propósitos de transparencia. En un caso que deviene de los “Petraudios”, el caso “BussinesTrack”, o “BTR” el fiscal Walter Milla señaló que durante la investigación pudo identificar a 374 nuevas víctimas: 318 por hackeo de su correspondencia electrónica, 5 de “chuponeo” telefónico, y 51 de seguimiento y reglaje, que se sumaron a las 200 identificadas anteriormente, por lo que la suma total de víctimas de las actividades de la empresa Bussines Track superaba el medio millar, aunque en algunos casos, al no aparecer ni ser evidentes los titulares de los correos interceptados, no pudieron ser identificadas y consideradas como agraviadas (MILLA, 2010).

Sobre el caso, debe precisarse sin embargo, que en febrero del año 2016, la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima absolvió a Rómulo León Alegría y a los otros procesados de los cargos formulados en su contra (en el caso de Quimper aceptó la prescripción). La sentencia esgrime como argumento principal la invalidez probatoria de los llamados “Petroaudios” -por la violación del derecho al secreto de las comunicaciones- de los correos electrónicos que devienen directamente de los audios, y hasta de los informes de la Contraloría General de la República, consideradas como pruebas ilícitas derivadas³⁹. En agosto del 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, e hizo suyo el argumento de la prueba prohibida.

³⁹ Exp. N° 105-2008 Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Caso “Potoaudio”

En el programa televisivo *El Francotirador*, de *Frecuencia Latina*, en setiembre del 2010, durante la campaña electoral de las elecciones municipales de ese año, el periodista Jaime Bayly difundió un audio interceptado ilegalmente y que da cuenta de una conversación telefónica entre la entonces candidata a la alcaldía de Lima por el PPC, Lourdes Flores, y el dirigente de ese partido Xavier Barrón, en el que muestran su molestia por una encuesta de intención de voto para Flores.

En el audio se escucha que Barrón sugiere conversar con una empresa encuestadora para alterar los resultados de intención de voto (“mover las cifras estadísticas”) y expresiones de Flores sobre su falta de interés por la alcaldía de Lima (“a mí qué me importa la alcaldía, es lo que menos me importó en mi vida” a lo que se agregan otras expresiones (“métanse la alcaldía al poto. A mí qué me importa”) y (“mañana renuncio a esta candidatura, me interesa una porquería las elecciones estas, no me interesa en lo mínimo”)⁴⁰.

Al presentar el audio, el periodista Bayly señaló que existen ocasiones contadas “en las que el deber periodístico justifica propalar una conversación privada, si lo que allí se conversa, si lo que allí se habla, es de interés público y puede tener unas repercusiones graves en el interés público”.

Sobre el origen, la grabación no parece obedecer a un fin altruista. En enero del año 2011 se difundió el resultado a la “Operación Lorito”, llevada a cabo por la Dirección General de Inteligencia del Ministerio del Interior, que señaló la existencia de una red de escucha ilegal al mando del abogado Rodolfo Orellana Rengifo y el ex policía y abogado Benedicto Jiménez. Los aludidos negaron la imputación. Luego, el programa de TV *Cuarto Poder* acusó a funcionarios de la Municipalidad del Callao de realizar esa interceptación. La fiscalía archivó el caso.

⁴⁰ Rescatado de: <https://www.youtube.com/watch?v=z9zuKs9wLQo>

De los casos estudiados, es el que tiene menos sospechas de que la difusión de la interceptación ilegal tuviese como propósito el interés público sino la competencia electoral. En este punto, no habría que confundir el interés público con el interés político o electoral.

Este caso es crucial porque de él nace el primer proyecto de ley de modificación del artículo 162º del Código Penal para penalizar la difusión de las interceptaciones ilegales, cuyo autor, el entonces legislador Javier Bedoya de Vivanco, reconoció a la revista Caretas que “la perversa y miserable campaña de Jaime Bayly contra Lourdes Flores fue lo que gatilló la necesidad de presentar el proyecto”, porque en ese momento “no estaba penalizada la difusión”⁴¹.

⁴¹ Rescatado de: <http://cardech.blogspot.com/2011/12/la-ley-mordaza-intimidacion-y-vida-publica.html>

5. HIPÓTESIS

5.1 Hipótesis generales

5.1.1 El Derecho Penal se encuentra ante un nuevo momento debido al incremento de las infracciones al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, impulsado por la necesidad de precisar delitos, modalidades y tipos penales, y establecer excepciones a la difusión de estos contenidos, respetando las libertades informativas, en cuyo contexto, la aplicación del concepto del interés público puede resolver las tensiones, o atenuar su impacto.

5.1.2 Ante la imposibilidad actual de establecer legalmente el contenido del interés público a través de una norma expresa, desde la jurisprudencia y la doctrina, y a través de un dilucidación general, sobre la base de la ponderación y la razonabilidad, en los casos de difusión de interceptaciones obtenidas ilegalmente es posible establecer la diferencia entre el interés público y el morbo o la curiosidad pública, impidiendo prácticas sistemáticas invasivas, públicas o privadas.

5.2 Hipótesis específicas

5.2.1 La difusión de la interceptación ilegal de las comunicaciones privadas a través de los medios de comunicación no puede ser penalizada sin debilitar los derechos y libertades informativas o comunicativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo del poder para la comisión de ilícitos penales, de modo que la excepción de la sanción de la difusión de las interceptaciones ilegales con contenido de interés público no tiene como propósito fortalecer el juicio político mediático, sino la deliberación democrática en un país donde las libertades informativas desempeñan una función que contribuye a la transparencia pública.

5.2.2 Es adecuada la vía que ha adoptado la regulación pública fortaleciendo el marco de protección jurídico penal del derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones para sancionar las violaciones a la privacidad, con fines de morbo, competencia comercial/industrial y otros ilícitos que forman parte de la criminalidad informática, y el uso de otras vías legales para acceder a la información pública, de modo que el interés público no puede depositarse de modo preferente, obligatorio e irrestricto en los medios de comunicación.

5.2.3 La tendencia de los estados es a encontrar una relación directa entre la intrusión y la divulgación, como ha sucedido en los casos más conocidos internacionalmente, a pesar de lo cual, por lo menos en el Perú, se reconoce que la obtención ilegítima de información es sustanciada judicialmente sin consecuencias para quien lo difunde. Salvo algunos casos, los medios han alcanzado sus hallazgos a los responsables de las investigaciones, estableciéndose un circuito virtuoso donde el contenido de la interceptación se “normaliza”.

5.2.4 No constituye un asunto de interés público cuando la interceptación de las comunicaciones lo realizan funcionarios a cargo de las investigaciones de un caso, favorecen su difusión por los medios de comunicación con propósitos de mejorar su posición o desempeño, exentos de ponderación, cuando los comunicadores y medios llevan a cabo la interceptación ilegal, o cuando el Estado recurre a prácticas de recolección y/o archivamiento ilegal de datos privados frecuentemente asociadas a “cuestiones de Estado”.

6. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, TEORÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

6.1 La importancia del interés público como parámetro objetivo fundamental para la protección de la libertad de expresión, intimidad personal y secreto de las comunicaciones en los casos de difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente.

El TC ha desarrollado el concepto de interés público como un concepto/principio que fortalece el ejercicio de las libertades informativas. Tempranamente, el TC se adhirió a la teoría de las libertades preferentes en relación a las libertades de información y expresión, a las que bautizó el año 2001 como “libertades informativas”. Para el TC, la base de su concepto de interés público reside en que son, “al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”. (TC, EXP. Exp. N.º 0905-2001-AA, FJ 13).

En relación al acceso a la información del Estado, el TC señaló que “este tiene la obligación de probar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información pública solicitada y, a su vez, que sólo manteniendo tal reserva se puede servir efectivamente al interés constitucional que la justifica. De manera, si el Estado no justifica la existencia del apremiante interés público para negar el acceso a la información, la presunción que recae sobre la norma o acto debe efectivizarse y confirmarse su inconstitucionalidad. También significa que la carga de la prueba acerca de la necesidad de mantener en reserva el acceso a la información ha de estar, exclusivamente, en manos del Estado” (TC, EXP. N.º 1797-2002-HD, FJ 11).

Ha dejado sentado igualmente que, “en el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada, se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad porque solo de esta forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público)” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, FJ 52).

El TC ha desarrollado un elemento concurrente al interés público, la veracidad, indicando que “como todo derecho fundamental, la información posee un elemento constitutivo que le da sentido a su tutela constitucional, componente conocido como su contenido esencial, es decir, la veracidad de lo que se manifiesta, lo que no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información” (TC, EXP. 6712-2005-HC, 2005, FJ 35).

Sobre la vida privada de personajes públicos, el TC asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos “hace que la protección de su vida privada puede verse reducida, considerando diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil”. Según el grado de influencia en la sociedad, se puede proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación: “1) Personas cuya presencia social es gravitante, que determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular; 2) Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad, por lo que su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama; y 3)

Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad, sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos” (TC, EXP. 6712-2005-HC, 2005, FJ 54).

La jurisprudencia también ha precisado que “lo público es una garantía de respeto a lo privado si se asume el rol del Estado, y no debe olvidarse que la sociedad se preocupa también del respeto de sus miembros y de evitar la invasión en los ámbitos personales, de modo que no se puede argüir como válida, por más interés del público que exista, una intromisión ilegítima en el ámbito privado de las personas” (TC, EXP. 6712-2005-HC, 2005, FJ 54).

En la definición de estos parámetros ocupan un lugar importante la diferencia entre el interés del público y la mera curiosidad o morbo público, y la formación de la opinión pública. En relación a lo primero, “es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo. En ese caso estamos ante una información que no cumple un fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero; en ese caso se afecta la protección de la dignidad de las personas, establecida en el art. 1º de la Constitución” (TC, Exp. N° 6712-2005-HC, 2005, FJ. 58).

Sobre la importancia de la opinión pública y su correcta determinación, la jurisprudencia considera “pertinente apreciarla desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica,

como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 57).

Forma parte de este contenido esencial de las libertades informativas el derecho de acceso a la información pública, que constituye no solo una concreción del principio de dignidad de la persona humana, sino también un componente de las exigencias propias de una sociedad democrática, “ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública, bajo la convicción de que la democracia es por definición el gobierno del público en público” (TC, Exp. N.º 1797-2002-HD, 2003, FJ. 11).

Este derecho debe ser apreciado en toda su dimensión en la medida que las libertades informativas no se agotan en la posibilidad de difundir las noticias sino también de recibirlas. Sobre este derecho, el TC ha señalado que al igual que lo afirmado respecto de las libertades de información y expresión, que “cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida” (TC, EXP. N.º 1797-2002-HD, 2003, FJ. 11).

Es importante reparar en el proceso de ampliación de la libertad de expresión y de los conflictos que puedan generarse a causa de ello en el espacio público, y en los que no deja de ser un referente el interés público. Sobre este punto, se registra jurisprudencia sobre los actos de enaltecimiento del terrorismo, como el caso del rapero español Valtonyc, en cuyas canciones incluyó amenazas no condicionales. El Tribunal Supremo español ratificó en febrero del 2018 una condena de tres años contra este artista, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerza una mayor tolerancia ante estas expresiones, siguiendo la jurisprudencia de EEUU. (RIDAO, 2019).

6.2 Las limitaciones a la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales; la Teoría de los Derechos Preferentes y otras teorías.

Según ha señalado el profesor Huerta, la jurisprudencia del TC sobre los límites a la libertad de expresión no era muy extensa hasta el año 2010. En una investigación publicada ese año, de nueve sentencias relacionadas a la libertad de expresión, dos se emitieron en procesos de inconstitucionalidad, cinco en Amparo y dos en Hábeas Corpus, concluyendo que este reducido número de casos no era proporcional al número de situaciones y problemas referidos a los límites a la libertad de expresión que se presentan en el país, y que por lo tanto, no existía en el Perú una tendencia jurisprudencial sobre alguna controversia específica referida a los límites a la libertad de expresión (HUERTA, 2010) .

Según el autor, solo en tres de las nueve sentencias revisadas se puede apreciar la aplicación del Test de Proporcionalidad, aunque esta aplicación no fue adecuada, pues “no se aprecia un orden en el razonamiento, que se inicie con la determinación del contenido del derecho restringido y de la conducta no permitida, seguida de la identificación de una razón válida u objetivo legítimo que sustente una norma limitativa de la libertad de expresión y la evaluación sobre una relación entre la medida adoptada y el objetivo a alcanzar, para finalmente analizar si la medida era proporcional a dicho objetivo”. Agrega el autor que, en cuanto a la ponderación de los derechos o bienes jurídicos constitucionales que pudiesen estar en conflicto como consecuencia de una restricción a la libertad de expresión, en esta etapa del Test de Proporcionalidad no aparece en ninguno de los casos analizados (IDEM).

Esta realidad no ha cambiado sustantivamente, aunque debe destacarse dos movimientos realizados. En el ámbito penal, el Pleno Jurisdiccional Libertad de Expresión e Información de las Sales Penales Permanente y Transitorias del año 2006, y en lo constitucional la sentencia del TC referida al Caso Quimper del año

2010 (STC N.º 00655- 2010-PHC/TC) en respuesta al recurso al Recurso de Agravio Constitucional contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de ese año, incluida la aclaración.

La intromisión ilegítima es una barrera poderosa para los medios de comunicación y abarca, inclusive, las confidencias de los conyugues que no acaba ni cuando el vínculo matrimonial se ha disuelto, bajo el supuesto de que se originaron en base a una firme confianza. En la jurisprudencia francesa e inglesa, por ejemplo, se desarrollan los elementos de esta intromisión, que para ser tal exige que la información divulgada sea íntima, que fuese confiada en reserva al conyugue, y que la divulgación dañe al confidente.

Bajo este razonamiento se considera igualmente una intromisión ilegítima la publicación no autorizada de las cartas de una persona fallecida, aunque en este punto la línea de excepción no es nueva ni solo referida a la protección frente al intrusismo de las comunicaciones. Una frondosa jurisprudencia europea patentiza una búsqueda de soluciones jurisdiccionales que ponderan este derecho con otros en colisión.

Sobre la publicación de las cartas de una persona fallecida, en Italia, la Ley N° 633, Ley sobre la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, de abril de 1941, actualizada en 1994, establece que, en caso de muerte del autor o destinatario de las cartas, se requiere el consentimiento de su cónyuge, hijos o hermanos, ascendientes o descendientes, y que a falta de ellos decidirá el juez. En aplicación de dicho precepto la Sentencia del Tribunal de Milán, de marzo de 1998, consideró ilegítima la publicación de las cartas de Federico Fellini dirigidas a su “mujer secreta”, estimando favorablemente la demanda interpuesta por la hermana del famoso director de cine. La sentencia señaló que la publicación de correspondencia epistolar que tenga carácter confidencial o que se refiera a la intimidad de la vida privada, a falta del consentimiento del autor o, en caso de muerte

de éste, de sus familiares, constituye una violación del derecho a la “*riservatezza*” (reserva) a pesar de que la difusión tenga lugar con el consentimiento del destinatario de las mismas (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

La Teoría del Interés Cultural Prevalente no tiene aplicación uniforme en Europa. Así, en la jurisprudencia italiana, ante la inexistencia de un precepto que específicamente admita esta razón para limitar el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, se tienen resoluciones contradictorias. Por ejemplo, la Corte de Apelación de Milán negó en 1965 a la actriz Martha Abba el derecho a publicar las más de 500 cartas que le había dirigido el escritor Luigi Pirandello negando que estas misivas revistan un interés cultural prevalente que posibiliten un conocimiento más profundo de la personalidad del escritor (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

Por el contrario, en 1975, el Juzgado de Milán desestimó la medida cautelar solicitada por el escritor Alexander Solzhenitsyn para que se prohibiera la publicación de alrededor de 500 cartas que le había escrito a su primera esposa. El juzgado valoró el compromiso de la editorial de abstenerse de publicar las cartas que tuvieran carácter confidencial proponiendo el nombramiento de un experto que decidiera las que tuvieran dicha cualidad y que supusieran la violación de la intimidad y el secreto de las comunicaciones. En ese momento, la decisión causó sorpresa porque ignoraba la protección de la propiedad intelectual del autor que se encontraba en vida (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

Por otro lado, en la jurisprudencia francesa se establece que las memorias no pueden sobrepasar un límite luego del cual los ataques son manifiestamente intolerables para aquellos a quienes se refieren. Es el caso de la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 1965 sobre ciertos aspectos de la vida de Picasso en las memorias escritas por su amante y modelo, Françoise Gilot en el libro “Vivir con Picasso” (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

El tribunal desestimó la pretensión de Picasso de incautar el libro de memorias de su ex amante. En su demanda, el pintor sostenía que la obra era tendenciosa y que, con el pretexto de revelar detalles de su vida privada, lo mostraba sistemáticamente de una manera desfavorable, presentándolo como una persona supersticiosa, sádica y cruel, que se complacía en ver sufrir a todos los que le rodeaban, y que no amaba a nadie, excepto a sí mismo. La demanda fue desestimada por entenderse que la medida cautelar solicitada era de especial gravedad susceptible de lesionar las libertades de expresión y de información, por lo que sólo podía ser acogida en el caso en que la ofensa presentara un carácter intolerable, y que la medida tuviera un grado de eficacia suficiente para conseguir la finalidad que con ella se pretendía (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

El segundo supuesto no se producía porque en ese momento, luego de 10 meses de publicada la obra habían sido vendidos 240 mil ejemplares en lengua inglesa. La Corte consideró que tampoco concurría el requisito de que la ofensa supusiera una intromisión intolerable en la intimidad del demandante. Dijo que la extensión del derecho al respeto a la vida privada es distinta cuando se trata de una persona común que cuando se trata de un artista de renombre mundial como Picasso, sobre cuya vida y obra habían aparecido numerosas publicaciones. Picasso, además, jamás había evitado las exigencias imperiosas e indiscretas de la actualidad y de la prensa por lo que él mismo se había ofrecido “*en patüre au public*” (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012), una conducta incluida en los supuestos de la Teoría del Riesgo⁴².

La Corte amparó el interés cultural prelevante que justifica la intromisión, señalando que las memorias, lejos de dar la impresión de buscar el escándalo o de estar destinada a satisfacer sentimientos de rencor, revela un hombre cuya vida interior tiene una riqueza y complejidad intensas, a veces con aspectos desconcertantes que está indisolublemente ligada a su creación artística, que la condiciona y explica, concluyendo que la imagen que se presenta al lector es

⁴² *En patüre au public* podría significar para este caso “como comida al público”.

extraordinariamente “*attachante*” (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012), es decir entrañable.

En un caso parecido, el Tribunal de Gran Instancia de París, en una sentencia de 1997 sobre las memorias publicadas por la actriz Brigitte Bardot, en las que se refería a sus sucesivos amantes y maridos a veces en términos muy hirientes, consideró que ni las particularidades del género literario de la obra escrita por la demandada, ni su celebridad internacional, ni el carácter pretendidamente histórico de sus memorias, le autorizaban para suscitar la curiosidad del público con revelaciones íntimas e hirientes despreciando el derecho fundamental de los demandantes a la protección de su personalidad. Fue en el contexto de la demanda que su ex cónyuge, Jacques Charrier, y su hijo, le entablaron por haber relatado la repulsión que le había provocado su estado de embarazo, sus tentativas de aborto, así como por haber expresado en términos intolerables el desprecio y odio que había sentido hacía el niño que tenía que nacer. El tribunal le ordenó a Bardot el pago de 100 mil francos (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

En España, la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala que no se considerarán con carácter general “intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

Basados en esta previsión legal, en España la jurisprudencia dispone que las libertades comunicativas tienen una posición preferente a partir de dos consideraciones: que la materia verse sobre asuntos de interés general, y que se trate de personas de carácter público que se entienden están sujetas a un mayor nivel de lesión de su derecho a la intimidad. Así, la sentencia N° 185/2002 del Tribunal Constitucional señala que “cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es, en este caso, la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquéllos a quienes

afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento, general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad”. Del mismo modo, la sentencia 1448/2010 del Tribunal Supremo dispone que “cuando se trata de un personaje de proyección pública, la protección del honor disminuye porque la persona que acepta su carácter público acepta también los riesgos que ello conlleva, la intimidad se diluye no totalmente pero su círculo íntimo debe estar en parte al alcance del conocimiento público”.

En la jurisprudencia española, la obtención ilícita de una información no significa que la intromisión sea necesariamente ilegítima, si los hechos sobre los que versa son de interés general. Es el caso de un reportaje periodístico que consignaba dentro de una lista de operadores de lavado de activos procedentes del narcotráfico a un estudio de abogados, una información extraída de un expediente judicial. En este caso, el Tribunal Constitucional español consideró que la vinculación de la “información rectamente obtenida con el requisito de la veracidad, referida esta al deber de diligencia en el manejo de las fuentes de la información, no implica relacionar la exigencia de veracidad con la legítima obtención de la información, ni por tanto con el secreto de los expedientes judiciales”. En ese caso quedó acreditado que los autores del reportaje “cumplieron con el deber de diligencia al contrastar la información publicada, que fue elaborada a partir de los datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes, y no con la endeble base de simples rumores o más o menos fundadas sospechas impregnadas de subjetivismo”. Para el TC español, “razonar de un modo contrario sería negar limitar el derecho a la información veraz basados en el hecho de que una información provenga de un expediente en trámite” (ECLI:ES:TC:1984:114).

Un caso distinto se produjo a raíz de la publicación del libro “El gran secreto” de Claude Gubler, médico del ex presidente de Francia, Francois Mitterrand, libro escrito junto con el periodista Michel Gonod, aparecido nueve días después de la muerte de Mitterrand y en el que se narra las dificultades para ocultar el cáncer

que padecía el ex mandatario francés. La Sala 17 del Tribunal Correccional de París condenó en 1996 a Gulber a cuatro meses de prisión condicional por violación del secreto profesional, por revelar en el libro que Mitterrand ocultó su cáncer a la opinión pública. La familia de Mitterrand obtuvo una medida cautelar para prohibir la venta del libro el mismo día que salió a la luz (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

No obstante, años después, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 2004, razonó de un modo creativo; señaló que fue correcta la decisión de impedir la circulación del libro debido a que se publicaba a pocos días de la muerte de Mitterrand en un doloroso trance, lo que agregaba dolor a sus familiares, pero que era un exceso que se mantuviese esta prohibición porque en el transcurso del tiempo la emoción de los familiares disminuía y en cambio era más importante el interés público sobre el ex presidente. En este caso, nuevamente se aprecia la diferencia entre el interés público y el morbo público.

A diferencia del Perú, donde el derecho al secreto de las comunicaciones tiene un registro propio, en otras legislaciones este se encuentra dentro de apartados referidos a la intimidad personal, en el modo del *privacy* anglosajón. En el caso español, este derecho está integrado en las figuras inscritas en el artículo 18° de la Constitución referidas al honor, intimidad y propia imagen por lo que podría pensarse que las normas de dicho artículo no son más que manifestaciones de la protección de la intimidad. “Sin embargo, la protección del derecho de las comunicaciones tiene una entidad propia que trasciende esa protección, ya que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido, esto es, ya se trate de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género, aunque no se conozca el contenido de la comunicación” (DE VERDA Y VEAMONTE, 2012).

La doctrina y jurisprudencia españolas han desarrollado este derecho en sentencias no siempre lineales. No obstante, estas han tenido el propósito de autonomizar el sentido de la protección y ampliarla a tono con los avances de la tecnología. Así, han señalado que: 1) “el concepto de secreto tiene un carácter

formal al margen de su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”; 2) “la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional perfilado”; y 3) “la reserva de las comunicaciones se impone sólo frente a terceros de tal forma que el levantamiento del secreto por uno de los participantes no se consideraría violación del este derecho sino vulneración del derecho a la intimidad” (ECLI:ES:TC:1984:114).

Luego, el Código Penal español de 1995 tipificó en su artículo 197° de mejor modo los ilícitos en la interceptación, mencionando expresamente el correo electrónico, y estableciendo en otro artículo (Art. 201°) que estos delitos sólo serán perseguibles a instancia de parte, salvo que afecten a intereses generales o a una pluralidad de personas. La circunstancia de que este principio/derecho se reivindique de modo más frecuente ha llevado a que se plantee la posibilidad de que “retorne” al seno del derecho a la intimidad; de allí la que jurisprudencia establezca la eficacia *erga omnes*, aunque se realiza una intensa disputa cuando se trata, por ejemplo, del ámbito laboral.

En la norma española, el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha para el conocimiento de la vida íntima de las personas o para conocer el contenido de las cartas privadas no destinadas a quien haga uso de los medios, se tiene como una intromisión ilegítima de la intimidad y no la vulneración del secreto de las comunicaciones en sentido formal, como acontece cuando es imputable a los poderes públicos, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Del mismo modo, el Tribunal Supremo español ha concluido que “no se afecta el derecho a la intimidad cuando una persona particular lleva a cabo la intrusión para permitir el descubrimiento de un delito” (Tribunal Constitucional de España, Sentencia N° 883/1994, 1994). El Tribunal Constitucional español también ha dispuesto que la “protección del derecho al secreto de las comunicaciones

alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso, la protección constitucional de lo recibido se realiza a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos” (Tribunal Constitucional de España, STC N.º 70/2002, 2002).

La intromisión legítima. La jurisprudencia europea, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha avanzado en definir las garantías de los mecanismos de interceptación legal, señalando tres estadios del proceso: “cuando se ordena, mientras se lleva a cabo, y cuando ha cesado. En cuanto a las dos primeras fases, la naturaleza y la lógica misma de la vigilancia secreta mandan ejercer a espaldas del interesado la vigilancia como tal y el control que la acompaña, por lo que se revela indispensable que los procedimientos existentes procuren en sí garantías apropiadas y equivalentes, salvaguardando los derechos del individuo” (TEDH, Sentencia 6 de septiembre de 1978).

El derecho ha optado por racionalizar la intromisión legítima de las comunicaciones desde varias opciones: aprobando una lista de delitos cuya investigación lo ameritan (Alemania); estableciendo un parámetro en función de la gravedad de los ilícitos que se investigan (España y Francia); o combinando la pena y el tipo penal (Italia). También ha ponderado los grados de vulneración del secreto, es decir, intervención, grabación o recuento (Tribunal Constitucional de España, STC N.º 217/1989, 1989), teniendo en cuenta que más allá del contenido de la comunicación importan otros elementos no menos decisivos como con quién se comunica.

Finalmente, los atentados terroristas en Madrid y Londres luego del 11 de setiembre del año 2001 condujeron a la modificación de la normativa europea sobre la conservación de datos telefónicos y de correo electrónico. “El resultado fue la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación

de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones” (VILASAU, 2006)

Según la profesora Vilasau, esta reforma implicó un cambio profundo de los principios básicos de la protección de datos personales. “Estipulaba que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas conserven los datos que permitan identificar el origen, el destino, la fecha, hora y duración de una comunicación electrónica, el tipo de comunicación realizada, el equipo utilizado y la localización de dicho equipo”, es decir los metadatos (VILASAU, 2006).

“Con ello se pretendió garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Del mismo modo, “se concedió a los estados amplias facultades de control que supone contravenir los principios hasta el momento aceptados sobre esta materia. Además, la redacción de la directiva contenía imprecisiones que la hacían aún más criticable: la indeterminación de los delitos que permitirán usar los datos, la insuficiencia de las medidas de seguridad establecidas y la indefinición del procedimiento para tener acceso a los datos. Vilasau, sugiere que se trata de un instrumento que en aras de la seguridad sacrifica la privacidad de los ciudadanos sin que de entrada exista ningún indicio que permita sospechar de ellos” (VILASAU, 2006).

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en abril del año 2014, en respuesta a las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Superior de Irlanda la *High Court* y el Tribunal Constitucional de Austria, el *Verfassungsgerichtshof*, declaró inválida la mencionada Directiva 2006/24/CE por contravenir la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al constituir una injerencia en los derechos fundamentales de gran magnitud y especial gravedad en el ordenamiento jurídico de la UE.

Las razones de la sentencia señalan que la citada directiva “abarca de manera generalizada a todas las personas, medios de comunicación electrónica y

datos relativos al tráfico sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves; afecta a todas las personas que utilizan servicios de comunicaciones electrónicas, sin que las personas cuyos datos se conservan se encuentren, ni siquiera indirectamente, en una situación que pueda dar lugar a acciones penales; en tanto no exige ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública, con el agravante de que la conservación que propone no se limita a datos de un período temporal, zona determinada, o a un círculo de personas”. Para el Tribunal, es cuestionable que “la directiva no fije ningún criterio objetivo que permita delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos, ni establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de la autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario teniendo en cuenta el objetivo perseguido, y que por esa razón no contiene garantías suficientes que permitan asegurar una protección eficaz de los datos conservados contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y utilización ilícitos respecto de tales datos” (ECLI:EU:C:2014:238)⁴³.

6.3 Los presupuestos legales para la penalización de la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente. La ponderación de los intereses públicos y privados.

La difusión de las comunicaciones interceptadas ilegalmente es, en principio, una conducta no recogida por el artículo 162° del Código Penal. Ello motivó la presentación de iniciativas para sancionar esta conducta.

El año 2011 el Congreso aprobó una ley que modifica el artículo 162° del Código Penal que incluye dentro de las conductas típicas la difusión del contenido de la interceptación de comunicaciones privadas.

⁴³ Conocida también como la sentencia del TJUE sobre la Directiva 2006/24/CE

Una de las iniciativas de ley que originó el dictamen correspondió a la Corte Suprema. En julio de 2011, el entonces presidente de la Corte Suprema, César San Martín Castro, remitió al Congreso de la República un proyecto de ley que planteaba “sancionar con pena de cárcel la difusión de comunicaciones obtenidas a través de la interceptación telefónica ilegal. El proyecto proponía modificar el artículo 162° del Código Penal fijando una pena de prisión de entre tres a seis años a quienes intercepten, interfieran o difundan comunicaciones privadas, y entre seis y diez años si la difusión es a través de la prensa, lo que aplicaba a los periodistas responsables del medio de comunicación⁴⁴. Al momento de la presentación de este proyecto, se habían presentado en el Congreso otras nueve iniciativas referidas al tema⁴⁵.

En el proyecto de la Corte Suprema se afirma que el derecho comprometido no es solo el de la intimidad en su componente del secreto de las comunicaciones, sino un “nuevo” derecho, que es el honor de las personas involucradas en las comunicaciones, conversaciones o imágenes privadas.

Para los autores del proyecto, la conducta de difundir se realiza cuando el agente hace de conocimiento público el contenido de las comunicaciones, conversaciones o imágenes privadas, no interesando el medio que utilice, siendo un agravante que esta difusión se realice a través de medios de comunicación social. Se proponía un tipo penal de comisión dolosa.

El proyecto proponía la exención de la pena si el agente actúa “en interés de causa pública” para evitar o denunciar un delito perseguible de oficio, adoptando

⁴⁴ Se ha señalado que este proyecto de ley se origina en los “Chavinaudios”, los audios que registran las conversaciones de mayo del 2012 entre el presidente del Poder Judicial César San Martín, el premier Juan Jiménez Mayor, el ministro de Defensa Pedro Cateriano y la jueza Carmen Rojasí, a cargo del caso Chavín de Huántar en la Corte IDH, en que abordaron este caso, pero el proyecto fue presentado meses antes luego de varios meses de preparación. Los audios fueron difundidos en agosto del 2013.

⁴⁵ Proyectos de Ley N° s. 2203-2007-CR, 2979-2008-CR, 2993-2008-CR, 3068-2008-CR, 3221-2008-CR, 4362-2010-CR, 4376-2010-CR, 4397-2010-CR y 4560-2010-CR.

para el caso la opinión del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) expresada en las consultas llevadas a cabo por la Corte Suprema, que señalaba que únicamente el interés público en la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas indebidamente exonera de responsabilidades ulteriores a quien realiza dicha difusión, siempre que no se haya intervenido en las interceptaciones⁴⁶.

La ley aprobada en el Congreso en razón de estos proyectos, especialmente del Poder Judicial, modificaba el artículo 162° Código Penal en el siguiente sentido:

Artículo 162°.- Interferencia y difusión de comunicaciones privadas

“El que, indebidamente, interfiere, escucha o difunde una comunicación privada, independientemente del medio a través del cual haya tenido lugar, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario público, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Está exenta de responsabilidad la difusión de comunicaciones que tuvieran un contenido delictivo perseguible por acción penal pública”.

En resumen, la norma aprobada proponía dos modificaciones: la primera, incluir entre las conductas típicas del delito la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente; y la segunda, exceptuar de responsabilidad penal la difusión de una comunicación privada referida a un hecho delictivo o que contravenga el orden legal vigente.

El dictamen de la norma señalaba que el comportamiento típico en este delito consiste en la difusión de las comunicaciones privadas, basándose en disposiciones de distinta jerarquía en el sistema jurídico peruano.

⁴⁶ Proyecto de Ley N° 04899/2010-PJ.

La primera de estas normas que el legislador consideraba como parámetro del comportamiento típico es el inciso 10) artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Luego, adoptaba lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, abril de 1993, cuyo artículo 87° señala como *“infracciones muy graves la interceptación o interferencia no autorizadas de los servicios de telecomunicaciones no destinados al uso libre del público en general y la divulgación de la existencia o del contenido, o la publicación o cualquier otro uso de toda clase de información obtenida mediante la interceptación o interferencia de los servicios de telecomunicaciones no destinados al uso público general”*. Es preciso señalar que el citado DS no establece, ni tiene como establecer, sanciones penales sino multas de entre treinta (30) y cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Adicionalmente, en función de la gravedad, la autoridad administrativa puede ordenar el decomiso de los equipos y la revocación temporal o definitiva de la concesión o autorización.

También consideraba lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones cuyo artículo 13° señala que *“se atenta contra la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones, cuando deliberadamente una persona que no es quien origina ni es el destinatario de la comunicación, sustrae, intercepta, interfiere, cambia o altera su texto, desvía su curso, publica, divulga, utiliza, trata de conocer o facilitar que él mismo u otra persona, conozca la existencia o el contenido de cualquier comunicación”*.

Esta norma dispone que “las personas que en razón de su función tienen conocimiento o acceso al contenido de una comunicación cursada a través de los servicios públicos de telecomunicaciones, están obligadas a preservar la inviolabilidad y el secreto de la misma, y que los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a salvaguardar el secreto de las telecomunicaciones y la protección de datos personales y adoptar las medidas y procedimientos razonables para garantizar la inviolabilidad y el secreto de las

comunicaciones cursadas a través de tales servicios, así como mantener la confidencialidad de la información personal relativa a sus usuarios que se obtenga en el curso de sus negocios, salvo consentimiento previo, expreso y por escrito de sus usuarios y demás partes involucradas o por mandato judicial”⁴⁷.

La ley aprobada en el Congreso fue observada por el presidente de la República el 12 de enero del año 2012.

En la carta de observación del Jefe de Estado se señaló que independientemente de la difusión se debe penalizar los actos de interceptar o grabar las comunicaciones privadas. También se observó que la exención de la responsabilidad debería referirse a la de carácter penal.

Sin embargo, la observación más importante se refiere al uso del concepto de interés público, que ya se había propuesto en el proyecto del Poder Judicial de un modo general. El presidente de la República consideró que la exención de la pena debe proceder en el caso que el contenido sea perseguible por acción pública o de interés público, siempre y cuando el que difunde no haya participado en la interceptación, decir, independizando el interés público de la acción pública.

La posición expresada en la observación es concurrente con la que señalaron especialistas y medios de comunicación, especialmente el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) y el Consejo de la Prensa Peruana (CPP), en el sentido de que la iniciativa limitaba considerablemente la libertad de informar en lo siguiente: 1) “iba a impedir difundir comunicaciones que revelaran hechos de gran relevancia, como por ejemplo el compromiso de altos funcionarios públicos en conductas contrarias a la ética o moralmente reprochables, aunque no constituyan delito ni contravengan norma legal alguna”; 2) “las graves contradicciones entre el discurso público y privado de un gobernante en asuntos de alto interés nacional”; 3) “la falta de

⁴⁷ Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

idoneidad o capacidad de un funcionario público para el ejercicio de su cargo o en asuntos de alto interés público”; y 4) “las graves contradicciones entre el discurso público y privado de un gobernante en asuntos de alto interés nacional”.

La iniciativa pretendía que el periodismo realice un estudio jurídico antes de dar cuenta de un hecho de interés público para determinar si son delictivos o ilegales. La idea básica que subyacía en la crítica a la ley es que es legítimo proteger el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, como de hecho ya está regulado en el Código Penal, pero que los medios utilizados afectaban la libertad de expresión.

Con o sin una mención expresa en la ley penal, nuestra jurisprudencia ha desarrollado excepciones y limitaciones al secreto de las comunicaciones, y de modo más general a la intimidad personal. Ellas se alinean en la perspectiva de la ponderación en los casos de colisión entre derechos, aunque inicialmente se basaban en la preferencia de ciertos derechos.

El año 2001, el TC peruano estableció que las libertades informativas tenían la condición de preferidas por lo que se “requiere que cada vez que con su ejercicio se contribuya al debate sobre las cosas que interesan a todos, tengan que contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales”. El TC señaló que lo anterior “no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites, o que sus excesos no sean sancionables”. En la misma sentencia el TC aclaró, no obstante, que “con anterioridad señaló que con carácter general todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio, pero cuando ello se haga tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo” (TC, Exp. N.º 0905-2001-AA, 2002, FJ. 14).

Poco tiempo después, el 2003, el TC retrocedió respecto de los derechos preferentes señalando que es inadmisibile la afirmación de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales de manera que una colisión pueda resolverse en abstracto haciendo prevalecer al que tiene la condición de “libertad preferida”. Agregaba que todos los derechos constitucionales “tienen formalmente la misma jerarquía, de modo que, en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica” (TC, Exp. N.º 1219-2003-HD, 2004, FJ. 6).

Meses después, el TC peruano retornó a la idea de las libertades preferentes señalando que “tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no solo se sujeten a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad sino, además, que en ese control se considere que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, *prima facie*, de la presunción de constitucionalidad” (TC, Exp. N.º 2579-2003-HD, 06/04/04, S1, FJ. 6).

El año 2005, sin embargo, el TC reiteró la postura anterior de la igualdad de los derechos, en el caso Adaro/Medina. Al señalar que, “si bien la relación entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales”. Decía el TC que “también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos, aunque no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, P, FJ. 40).

De este proceso complejo debe rescatarse la determinación de los contenidos de los derechos involucrados para delimitar sus parámetros y ponderarlos a partir de la “utilización mixta de los criterios de razonabilidad, propios de cualquier relación entre derechos fundamentales, y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos)” (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, P, FJ. 40).

Del mismo modo, es importante que estableciera en base al “principio interpretativo de la unidad de la Constitución, que la vida privada de las personas es un límite al derecho a la información, en el sentido en que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro”. Por lo tanto, se considera que tomando en cuenta la naturaleza de derecho/principio de ambos, se buscará la optimización de sus contenidos (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, P, FJ. 36). En esa dirección, es pertinente fijar algunos contenidos básicos de las libertades con el fin de controlar jurisdiccionalmente el ejercicio de estos derechos.

No existe una doctrina eficaz que reivindique el secreto de las comunicaciones desligándolo de la intimidad; por la misma razón, las nuevas formas de violación del derecho al secreto de las comunicaciones solo pueden ser evitadas exitosamente en la medida en que se patentice su carácter de bien jurídico relacionado estrechamente a el derecho a la intimidad, y de ese modo ha sido encarado por la jurisprudencia. El cambio de la comunicación analógica por la digital y la transformación de esta por la inteligencia artificial promueven afectaciones mixtas de ambos derechos en un solo acto.

Coherente con ello, un problema a resolver es la definición misma de la intimidad, sobre lo que existe un debate abierto en el derecho comparado. El artículo 18º de la Constitución española lo menciona, pero no lo define y la misma omisión se echa de menos en la Ley Orgánica 1/1982 española. Algunas resoluciones de su Tribunal Supremo, por ejemplo, las sentencias 23/1988, 197/1991, 20/1992 y

98/2000, han avanzado a señalar que la intimidad es un ámbito propio o reducto de inmunidad y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y sin cuya preservación no es realizable ni concebible siquiera la existencia en dignidad.

En Italia no se registra un reconocimiento específico del derecho a la intimidad, aunque es un consenso que en base al artículo 2° de la Constitución se ampara el *diritto alla riservatezza* que alcanza al derecho a la imagen propia. En este país se cuenta como un hito de la jurisprudencia una sentencia de la Corte de Casación de 1975 que por vez primera reconoce el derecho a la *riservatezza*.

En Francia, el artículo 9° del Código Civil reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar del siguiente modo:

Artículo 9°.- Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada.

“Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia”.

Se trata de un supra concepto que, aunque no tenga mandato constitucional, permite que los jueces tengan un movimiento más amplio, protegiendo la vida privada, es decir *“droit a la vie privée”*.

La pregunta sobre si debe diferenciarse la intimidad personal de la vida privada para una mejor defensa del secreto de las comunicaciones, debería ser respondida afirmativamente en la medida que es posible adoptar nuevas limitaciones en la línea que registra la jurisprudencia.

No obstante, es necesario señalar los límites de una acción punitiva desde el interés público, considerando la formación del mismo a la luz del pluralismo

democrático. Para el profesor Jurgen Habermas, no todos los intereses pueden defenderse públicamente, y por ello, la ocultación de intereses no susceptibles de ser justificados públicamente bajo una capa pública de razones morales y éticas, obligan a quienes los tienen a comprometerse con los demás, teniendo en cuenta sus intereses, a riesgo de ser desenmascarados (HABERMAS, 2010).

Este es un punto clave de la discusión sobre el derecho al secreto de las comunicaciones y el interés público porque el aspecto crucial de esta tensión no necesariamente se resolvería con más regulaciones. En su enfoque de la política deliberativa, Habermas señala que “el Estado busca a través de sistemas de negociación y de trato de tipo no jerárquico, una sintonía frente a externalidades que obligan a tener en cuenta a los demás”. Esta “política de opciones” opera en favor de la autorregulación y autocontrol, de modo que el derecho no puede ni debe implementarse sentando de modo autoritario objetivos de control y regulación sino generando cambios “relacionales” en base a los riesgos, un consenso marco donde los miembros conocen y aceptan sus límites (IDEM).

Por ello, se debe tener cuidado con absolutizar el interés público como un conjunto de percepciones y valores inmutables, imputándole *per sé* un contenido democrático. Habermas alerta sobre que en el espacio de la opinión pública se forma la influencia y en él se lucha por ejercer influencia. En esa lucha no solo entra en juego el influjo político “ya adquirido y acumulado” por acreditados ocupantes de cargos públicos por partidos o grupos sociales, sino por expertos de espacios especializados. En ese sentido, el espacio público ya no tiene interacciones simples, sino que dentro de él caben organizadores, oradores y oyentes, “arena y galería”, entre “escenario y espacio de espectadores”, una dinámica en que se entiende en que el “público de los ciudadanos” ha de ser convencido por intervenciones que tengan interés para todos (IDEM). Ello supedita en gran medida al interés público a una opinión pública con actores diferenciados.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1 Conclusiones

UNO. Los movimientos en favor de la penalización de la difusión de la interceptación ilegal de las comunicaciones privadas a través de los medios de comunicación no se concretan debido a la consideración de que podrían debilitar los derechos y libertades informativas o comunicativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo e ilegal del poder cuando sobrepasa las prerrogativas que detentan los funcionarios del Estado. En ese sentido, es relevante el pronunciamiento del TC a propósito del caso Quimper⁴⁸, que en su fallo aclaratorio señaló que, “en relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibida la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación”. En este pronunciamiento, no siendo el primero pero sí el más preciso, el TC ha fijado una parte de los parámetros de ese interés de la sociedad en los casos de difusión por los medios de las interceptaciones ilegales, señalando que “en caso de exceso, tanto el periodista, como los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente; que es un error pretender equiparar la libertad de prensa y expresión como garantía institucional del Estado Social y Democrático de Derecho, con el uso indiscriminado y caótico de Internet; y que quien realiza la interceptación, incluso si es periodista, comete delito; quien fomenta dichas interceptaciones, incluso si es periodista, también comete delito”. En igual sentido, tiene el papel precursor de esta salvaguarda, la observación que hiciera el presidente de la República a la ley del año 2011 que intentaba penalizar esta difusión, al señalar que la exención de la pena debe proceder en el caso que el

⁴⁸ TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC, 2008. Aclaración.

contenido sea perseguible por acción pública o de interés público, siempre y cuando el que difunde no haya participado en la interceptación.

Situado en el interés público, el TC ha reconocido que este concepto se caracteriza por su indeterminación; sin embargo, desde entonces ha abordado el debate alrededor de ese concepto diferenciándolo del interés privado y dotándolo de mayores contenidos en el sentido que el primero “opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales” (TC, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, 2004), añadiendo que tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, “es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad” y su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa (IDEM).

DOS. La vía que ha tomado la regulación pública, en respuesta al incremento del intrusismo en las comunicaciones basado en el desarrollo de las comunicaciones no ha dejado de fortalecer el marco de protección jurídico penal del derecho al secreto de las comunicaciones, cautelando al mismo tiempo el derecho ciudadano de acceder a la información de interés público y separando este del morbo público, con lo que lo convierte en un concepto/principio. Nuestra jurisprudencia señala que el derecho a la intimidad no implica *per se* el derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pero ha señalado las condiciones que deben cumplirse para que la difusión de una información no colisione con la protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones, como la igualdad de derechos; optimización de contenidos; veracidad como contenido de valor; y ponderación; establecidos a propósito del caso Adaro/Medina. Así, el sistema de justicia peruano ha empezado a acotar y ordenar el ámbito del interés público aplicado a la difusión de las comunicaciones obtenidas ilegalmente.

TRES. La relación entre la interceptación y difusión de las comunicaciones privadas y las libertades informativas en el proceso de judicialización peruano es

directa, y ambos conceptos y realidades se relacionan a su vez con derechos y libertades expresamente reconocidos con ámbitos propios en el derecho positivo, legislación específica y control penal igualmente propios. Estos derechos y libertades son el derecho a la intimidad personal, en su componente del derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho al acceso transparente a la información del Estado, y la autodeterminación informativa.

Esta dependencia no es casual ni perjudicial; obedece a un continuo proceso de consagración y autonomización de derechos y libertades desarrollado como resultado del avance de las comunicaciones. Como se constata a lo largo de la investigación, la aparición de la intimidad como concepto de vida privada o *privacy* tuvo un propósito inicial de garantizar la soledad de las personas y su deseo de no ser importunados. Con el tiempo, la transformación de los riesgos invasivos ha generado que la intimidad tenga múltiples elementos incluyendo en ellos la garantía de que las comunicaciones no sean interceptadas.

Sucede lo mismo con dos novísimos derechos, al acceso a la información del Estado y la autodeterminación informativa, que siguen una línea similar, aunque en otro ámbito; en el primer caso, se trata de la liberación de la información en poder del Estado desde la lógica de la transparencia pública, y en el segundo, de garantizar que cada persona pueda manejar en lo posible los alcances y límites de la información referida a ella misma.

Paradójicamente, el sistema universal de obtención de datos de modo ilegal, lo que Snowden llama “capitalismo de vigilancia”, que viola la intimidad de las personas y su componente del secreto de las comunicaciones, solo puede ser enfrentado con y desde las libertades informativas, dando un giro a la tensión entre estas libertades y derechos en favor de una colaboración. En ese sentido, en el Perú es un pendiente los cambios al D. Leg. N° 1182, Ley de Geolocalización o “Ley Stalker” que obvia la autorización judicial para la recolección de metadatos y carece de control del proceso de eliminación de esos datos.

CUATRO. La colisión de derechos presiona al legislador que experimenta dificultades para tipificar y controlar las infracciones, de modo que los cambios legales se aplican a cada invento de la tecnología y no a las conductas infractoras, que es el propósito de la ley penal. Así, la creación de los tipos penales con detalle implica rangos sancionatorios desiguales para figuras parecidas. Por ejemplo, es un contrasentido que sean punibles varias formas de interceptación de comunicaciones privadas, pero no en todos los casos la difusión de ellas.

Esta realidad es estimulada por la irrupción de fenómenos de los que la ley penal es ajena. El primero de ellos es la llamada justicia mediática entendida como la “otra” justicia, abiertamente pública, popular, más entendible y aparentemente más democrática, un modelo de punición que es al mismo tiempo indetenible y peligrosa porque a fin de cuentas, no es justicia. En el caso peruano la justicia mediática se ha convertido en un género, se ha fusionado con el espectáculo y ha logrado establecer sus propios estándares, reglas, tribunales, fiscales, testigos y pruebas. En ese punto, no obstante, vale la pena diferenciar el crimen mediático o delito mediático en general, del crimen político mediático de modo específico, que tiene más relación con el interés público.

A pesar de esta distinción, el juicio mediático condena casi siempre a un grupo de inocentes; es un encuentro entre la palabra y la ley donde la segunda casi siempre pierde. Este modelo, que expresa una tensión entre el periodismo y la ley penal es mucho más complejo por la transcendencia de sus componentes. Por ejemplo, en el caso “Los Cuellos Blancos del Puerto”, revelados el 7 de julio del 2018, debe reconocerse el papel del periodismo de investigación como un actor crucial que impidió que la investigación aborte debido a que varios de los implicados, prevenidos de las interceptaciones legales de los que eran objeto, realizaban actividades para evitar que prosigan las indagaciones.

No obstante, en la misma línea de razonamiento, se tienen varias quejas sobre el papel de la prensa especializada, al señalarse que desde los despachos de operadores de justicia en el Estado se realizan filtraciones⁴⁹ a los medios para proyectar determinado sentido de la opinión pública, violando la reserva del proceso. Estas conductas no pueden ampararse en el concepto/principio del interés público o en la necesidad de una deliberación nacional sobre la corrupción

CINCO. La difusión de las interceptaciones de las comunicaciones privadas aparece en ese contexto como una forma de la justicia mediática en la que no se encuentra en juego, exclusivamente, la mediatización de la justicia sino el cuestionamiento de la justicia ordinaria. En ese sentido, la fuerza social de las conversaciones, documentos e imágenes interceptadas es mayor que las posibilidades de procesar a los responsables. Es cuando aparece la esfera extrajudicial como mecanismo contra la impunidad y como la garantía más importante con la que cuenta toda violación de las comunicaciones especialmente si los hallazgos se refie a asuntos conocidos, sea por morbo o interés público.

SEIS. En el derecho comparado y en la jurisprudencia nacional e internacional se registra un objetivo proceso de limitación creciente del ejercicio de determinados derechos. Estas limitaciones no constan generalmente en los textos constitucionales ni en la ley penal que más bien se preocupan por definiciones y tipificaciones. Sin embargo, cortes constitucionales, tribunales supranacionales y tribunales de la justicia ordinaria han dado paso a sentencias que aíslan un conjunto de razones que permiten la limitación del ejercicio de determinados derechos. Esto sucede de manera más frecuente con los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, un fenómeno que podría parecer injusto porque en la teoría se supone que, a mayor amenaza, mayor protección. Estas limitaciones no se aprecian en el caso de las libertades informativas donde la tendencia es a permitir mayores rangos de acción. De hecho, en el largo plazo de la colisión de los derechos

⁴⁹ Para el caso, se entiende la palabra filtración como el suministro oculto y no oficial de una información.

informativos y el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, los primeros han ganado un espacio sustantivo.

SIETE. En relación a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, se ha relativizado el principio de la prueba prohibida, en un proceso complejo de avances y retrocesos. De hecho, no puede afirmarse con rotundidad que en el Perú los audios, correos y videos obtenidos ilegalmente son pruebas prohibidas, y podría pensarse que la convicción judicial predominante es que las pruebas resultado de la violación del secreto de las comunicaciones tienen viabilidad en la medida que revistan interés público. Ese camino fue abonado por las sentencias relacionadas con los “Vladvideos”⁵⁰. Luego, la sentencia del TC en el caso Quimper avanzó un poco más en legitimar la violación del secreto de las comunicaciones desde la perspectiva del interés público, a tono con la frondosa jurisprudencia europea y americana que activa la limitación de estos derechos cuando se trata de la divulgación de aspectos claramente íntimos amparados en la relevancia pública de los personajes, el interés cultural prevalente, el interés público, el interés histórico, la proyección social del tema, entre otros.

La misma interceptación de las comunicaciones telefónicas denominada Mecanismo de Interceptación Telefónica (MIT) tiene un camino recorrido, de modo que se le considera normal, coercitivo y beneficioso, y parte de los mecanismos de defensa de la sociedad frente al delito. Los MIT tienen en la legislación peruana un carácter formal con efecto jurídico y demostrada utilidad en los procesos penales, puesto de relieve recientemente en el caso “Los Cuellos Blanco del Puerto”.

También es cierto que varias sentencias han precisado excepciones a la regla de la exclusión de la prueba prohibida, basadas en la ponderación de los bienes jurídicos en juego y el análisis de los fines constitucionalmente superiores o valores de mayor jerarquía a los derechos afectados. En ese sentido, es consistente

⁵⁰ Corte Suprema. Sala Penal Especial Exp. N° 06-2001. Caso: Kouri Bumachar. Enriquecimiento ilícito. Lima.

la visión temprana de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en el caso del ex miembro del TC García Marcelo cuando señaló que “los temas del conflicto entre los derechos a la intimidad y privacidad y la tranquilidad pública son solo aparentes y no sustanciales, por lo que corresponde resolverse a favor del bien jurídico denominado tranquilidad pública, en estricta pertinencia de la teoría de la ponderación de los intereses involucrados”⁵¹.

También es relevante la admisión de la Doctrina de la Ponderación de Intereses y la Teoría del Riesgo por la Corte Suprema⁵² o la precisión de que “no se viola el derecho a la intimidad en tanto la grabación de las conversaciones fue realizada en un lugar abierto al público y además revela la comisión de una conducta ilícita que reclama la intervención de la autoridad pública”⁵³. No obstante, esa ruta ha sido impactada por la sentencia en el caso “Petroaudios” del año 2016, ratificada luego por la Corte Suprema, por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que absolvió los acusados con el argumento de la prueba prohibida por violación del derecho al secreto de las comunicaciones⁵⁴.

OCHO. La oposición a la imputación de periodistas y medios que difunden comunicaciones privadas considera que el interés público debería ser razón de exclusión de la acción penal porque “lo contrario implicaría privar a la colectividad de conocer hechos relevantes que permitan formar una opinión plural y libre, base de toda sociedad democrática y sustento de todo Estado de Derecho que se respete” (RODRIGUEZ, 2011). También se cuestiona la proporcionalidad de las penas, es decir que el Código Penal castigue de igual forma hechos que afectan al mismo bien jurídico; porque no puede ser que la grabación de una conversación telefónica y su posterior difusión tenga más pena que una interceptación de un

⁵¹ Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. EXP. N.º 21-2001, 2003. Caso: José Ramos García Marcelo. Asociación ilícita para delinquir. Lima.

⁵² Plenario Jurisdiccional de los Vocales Superiores integrantes de las Salas Penales de la República del 11 de diciembre del 2004.

⁵³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, EXP. N.º 2995-2009, 2010. Caso Luis Alejandro Villareal Santillán. Cohecho impropio. Lima.

⁵⁴ Exp. N.º 105-2008 Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

correo privado, o que publicar un correo está taxativamente prohibido y difundir un audio captado ilegalmente no, de modo que es necesario reformar el Código Penal en relación a la intimidad y el secreto de las comunicaciones (IDEM).

No obstante, la tendencia a la penalización de la interceptación de las comunicaciones, aunque no necesariamente su difusión, se mantiene. Una de sus expresiones es la Ley de Delitos informáticos, Ley N° 30096. El artículo 7° de dicha ley dispone que quien, *“deliberada e ilegítimamente intercepta datos informáticos en transmisiones no públicas, dirigidos a un sistema informático, originados en un sistema informático o efectuado dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporte dichos datos informáticos, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”*. Agrega que *“La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años cuando el delito recaiga sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de diez cuando el delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacionales”*.

Esta disposición se orienta en un sentido distinto a las normas de acceso transparente a la información pública, generando una nueva tipicidad que por ahora no permite señalar, por ejemplo, qué tipo de información compromete a la defensa, seguridad o soberanías nacionales. Del mismo modo, al no señalarse la excepción de penalización de la difusión de la interceptación ilegal de los contenidos de interés público, queda abierta la posibilidad de penalizar a quienes lo difundan.

NUEVE. La revisión de las normas penales relacionadas con el derecho a la intimidad pone de manifiesto un retraso en la percepción de los ilícitos que violan o amenazan este derecho, de modo que, en una lógica interpretativa, la justicia debería esforzarse en adecuar al tipo penal las conductas más que las tecnologías siguiendo el estandar internacional. En ese sentido es relevante que el artículo 154°

del Código Penal carezca de una visión que permita una mejor tarea para los propósitos de imputación que lo que ofrece los conceptos actuales de observación, escucha y registro. No se entiende por ejemplo que, en lugar de producir cambios en este artículo, el legislador haya decidido desarrollar una norma especial desde el Derecho Penal Informático, que se plasma en la Ley N° 30096, Ley de Delitos Informáticos y su modificatoria la Ley N° 30171.

Para los operadores del derecho puede resultar complicado compatibilizar el artículo 2° de esta norma sobre acceso ilícito con el Código Penal, tanto por el lenguaje que contiene como por las figuras jurídicas que presentan. El artículo 2° de la mencionada Ley de Delitos Informáticos aborda el acceso ilícito castigando al que deliberada e ilegítimamente ingresa a todo o en parte de un sistema informático a condición de que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo; al mismo tiempo también castiga al que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado.

No es el propósito cuestionar el concepto de acceso ilícito que como figura jurídica se encuentra correctamente planteada relacionando el dolo y el objeto; no obstante, estas precisiones no se encuentran en el artículo 154° que, como se sabe, solo se refiere a la violación de la intimidad, en tanto que el artículo 154-A menciona la ilegitimidad, o el artículo 161° que se refiere a un acto indebido.

La misma Ley de Delitos Informáticos desarrolla en el mencionado artículo 7° la figura de la interceptación de datos informáticos señalando que quien deliberada e ilegítimamente intercepta estas transmisiones no públicas dirigidos a un sistema informático originados en un sistema informático o efectuado dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático, será sancionado. Un conjunto de programas, redes sociales y aplicaciones que tienen estas características son también vehículos por donde transita información que se consideran de la intimidad personal y familiar y que en esa medida se pueden incluir en el ámbito del secreto de las comunicaciones; es el caso de las llamadas a

través del Skype, que configura un ámbito superior al de una llamada telefónica, una conferencia, una teleconferencia, los correos electrónicos, los mensajes y vídeos que se transmiten a través de Facebook o Twitter, los mensajes que se transmiten a través de sistemas como el Whats App, las imágenes que se distribuyen en Flickr u otras comunicaciones on line; no obstante ello, la propuesta normativa de los artículos 154º y 161º aparecen absolutamente atrasadas y desfasadas.

Este desfase o brecha tecnológica que acusa un código en relación a una ley específica colocada en el mismo nivel del primero, grafica las dificultades del Derecho Penal para encarar el enorme desafío de la tecnología de las comunicaciones que ha impactado la intimidad personal y especialmente el secreto de las comunicaciones.

DIEZ. Podría afirmarse que, en lo concerniente a estos derechos, el Derecho Penal se encuentra a la búsqueda de un modelo de control y sanción que salvaguarde derechos y pondere su garantía y eficacia en caso de colisión. Este desafío es más acusado en el caso de la difusión de las interceptaciones de las comunicaciones difundidas por medios de comunicación. Frente a ellas, el Estado luce inerme y no procesa reacciones eficaces. En tanto, es creciente el fenómeno de las interceptaciones ilegales de comunicaciones que son difundidas, tanto aquellas que son de interés público como por morbo público, agrupándose en un todo un conjunto de ilícitos que deberían ser objeto de un ordenamiento legislativo. Eso no conduce a que se sugiera que se prohíba o penalice la difusión de comunicaciones que revisten interés público, sino que se precise las diferencias entre las de interés público y aquellas que no son, suprimiendo el desorden actual que opera como un paraguas bajo el cual se generaliza un intrusismo que no es judicializado.

7.2 Recomendaciones

UNO. Distinguir lo lícito de lo ilícito en relación al uso de las nuevas tecnologías para evitar la violación de derechos fundamentales, más aún cuando se realice a través del ejercicio de las libertades informativas, impone la necesidad de legislar sobre las conductas y no sobre cada tecnología que aparece, para precisar aún más el espacio de la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Sobre la primera caben convicciones, sentimientos, recuerdos, relaciones sexuales y familiares, el propio cuerpo y la salud e incluso la información genética, esto último a raíz de un caso en España, donde el Tribunal Supremo estimó que hubo una intromisión ilegítima por parte de la Federación Española de Atletismo cuando dio a conocer en una comunicación a la Agencia EFE la circunstancia en la que una atleta española fue sometida a análisis que detectaron una alteración cromosómica que determinaría su baja en un encuentro atlético. Es este caso, la pretendida colisión y prevalencia del derecho a la información, tal y como argüía la Federación, fue desestimada por el Tribunal Supremo al señalar que siempre existen términos hábiles para divulgar la exclusión o baja de un atleta sin dar publicidad de algo tan íntimo y arcano que afecta a la personalidad de una persona, como es su conformación cromosómica (Tribunal Supremo de España, RJ 1989, 2040, 1989). En esa dirección una opción es la derogatoria de la Ley de Delitos Informáticos y la inclusión de sus artículos en el Código Penal, completando el proceso iniciado con la Ley N° 30171.

DOS. Por otro lado, sobre la vida privada se tiene información que, aunque no deba ser conocida por terceros, no forma parte del reducto de inmunidad. En nuestro caso, la expedición de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales el año 2011, implicó un avance para concretar el derecho fundamental a la protección de los datos personales señalado en el artículo 2° inciso 6) de la Constitución. La ley diferencia entre los datos personales (*“información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, hábitos personales y otras concerniente a una persona natural que la identifique o la hace identificable a través de medios que*

puedan ser razonablemente utilizados) y datos sensibles (*“datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos puedan identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual”*)⁵⁵. Esta diferenciación merece ser analizada en la perspectiva de la separación precisa entre intimidad y privacidad para estimar el rango de afectaciones. De hecho, la Constitución de Bolivia diferencia ambos derechos, al igual que la Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal de México, del año 2006, y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. En este punto, llama la atención que la Ley de Protección de Datos Personales no tenga correlato penal para las infracciones que la misma norma señala como gravísimas.

TRES. El derecho a la intimidad involucra tanto la posibilidad del ejercicio de un poder jurídico sobre la información de su entorno personal, como el ejercicio de otro poder para resguardarlo. Este doble poder, el positivo de poseer como el negativo de resguardar, abarca actos comunicativos con una rigurosidad crecientemente más precisa. Por ejemplo, la jurisprudencia ha extendido este doble poder a la difusión de información señalando como una intromisión ilegítima que los medios revelen la filiación de un menor de edad, la ocupación de su madre como prostituta o la adicción del padre al sexo o alcohol.

Esta realidad debería motivar la creación de juzgados en materia informática y tecnológica con una fuerte dedicación a la violación de la intimidad en todas sus variantes, incluido el secreto de las comunicaciones, como ha sido propuesto en más de una oportunidad por el profesor Erick Iriarte. De ese modo se resolvería la brecha entre la comisión de infracciones, el escaso nivel de denuncia y la muy

⁵⁵ Rescatado de

<http://iriartelaw.com/sites/default/files/Handbook%20IA%20N%206%20ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales%20V1.1.pdf>

escasa efectividad administrativa y judicial. Por ejemplo, a mayo de 2019, luego de varios años de vigencia de la Ley de Protección de Datos Personales, la Dirección de Protección de Datos Personales había sancionado de oficio a 114 empresas y solo a 8 a pedido de parte⁵⁶. Del mismo modo, según el INEI, el año 2015 se recibieron 557 denuncias por delitos informáticos, el 0,2% del total de denuncias de delitos contra el patrimonio, y 666 el año 2016, el 0,3% del total. Es más, el 2015 se recibieron solo 14 denuncias sobre violación del secreto de las comunicaciones, el 0,1% del total de denuncias de delitos contra la libertad, cifra que bajó a 10 el año 2016. Entre el 2012 y 2016 solo fueron sentenciadas 12 personas por el delito de violación del secreto de las comunicaciones y 34 por delitos informáticos⁵⁷. El Perú necesita adecuar su legislación al estándar señalado por la Resolución 68/167 *El derecho a la privacidad en la era digital*, del año 2013⁵⁸.

CUATRO. Para el Derecho Penal es necesario garantizar la protección de la legalidad del uso de los vehículos de comunicación personal, creación, difusión y acceso a la información, cuyo desarrollo también ha generado nuevas formas de vulnerabilidad de las comunicaciones, una evolución que lleva consigo formas de interceptación avanzadas con base en la inteligencia artificial y que en el caso de la interceptación de las comunicaciones privadas y luego difundidas principalmente por los medios de comunicación, generan una colisión de derechos que puede ser administrada con el concepto/principio del interés público.

Sentencias del TC han legitimado la interceptación por razones de interés público; en respuesta a ello la Corte Suprema de Justicia presentó un proyecto de ley para modificar el artículo 162º del Código Penal para hacer más específica la punición de la violación del secreto de las comunicaciones y su difusión salvo en los

⁵⁶ Rescatado de <https://www.expresso.com.pe/opinion/colaborador/reflexiones-sobre-la-ley-de-proteccion-de-datos-personales/>

⁵⁷ Rescatado de https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1446/libro.pdf

⁵⁸ Rescatado de: <https://undocs.org/es/A/RES/68/167>

casos que revisten interés para la sociedad. Este proyecto fue concurrente con otros presentados por las bancadas parlamentarias, resultado del cual fue la ley aprobada el año 2011 que el presidente de la República observó. La observación del presidente de la República a esta norma ha dejado en suspenso el proceso de delimitar el interés público como una razón sustantiva que, al mismo tiempo, permita reprimir las interceptaciones resguardando aquellas que revistan interés público. Esta demora es perjudicial en el entendido que de las diversas formas de violación del secreto de las comunicaciones, una escasa parte se refiere a temas de interés público en tanto que otras tienen propósitos distintos como el espionaje industrial, comercial y financiero, entre otros.

Por esa razón, sería recomendable la reforma del artículo 162° del Código Penal para incorporar expresamente la exención a la difusión por razones de interés público, y la reforma del Capítulo II del Título IV, Violación de la Intimidad (Arts. 154° al 158°) y el Capítulo IV del mismo título, Violación del Secreto de las Comunicaciones (Arts. 161° al 164°) para una redacción más coherente.

CINCO. En tanto la definición de interés público no sea abordada por el derecho positivo corre el riesgo de continuar exclusivamente en el ámbito de la jurisprudencia. Sobre este punto, debe recordarse que el concepto carece de una comprensión generalmente aceptada; la Filosofía Política y Jurídica, la Ciencia Política y la Sociología, no pueden discernir un alcance único, contenidos y consecuencia del concepto de interés público debido a la perspectiva y metodología con la que operan; estas van desde una convicción sobre su centralidad hasta el rechazo categórico en la presunción de que constituye la fachada de intereses especiales (CORRESILLA, 2006). Existe no obstante un contenido aspiracional del interés público que se constituye desde la sociedad y que se impone como un sentido material en la ley penal.

No hay duda que en la represión de las conductas antijurídicas subyace un interés público que se expresa en *prima ratio*. Este “interés público penal” se

diferencia del interés público no necesariamente penal pero se relaciona con este en circunstancias especiales. El interés público ha empezado a recorrer esa ruta propia construyéndose con varias identidades, la más importante de ellas como límite de ciertos derechos. Esa es una dirección prometedora en la medida que los derechos tienen otras limitaciones.

No obstante, el interés público es apreciado también como un relámpago que ilumina a la sociedad y al Estado, una luz que al mismo tiempo enciende políticas y reprime arbitrariedades, un destello que modera conductas y alerta sobre ilegalidades. En una sociedad regulada por leyes y costumbres socialmente aceptadas, juega a menudo un papel habilitador como recortador, una lógica poco estable donde se da y se quita no siempre con coherencia, de modo que la jurisprudencia penal y constitucional deben abordar este concepto/principio al mismo tiempo como un parámetro, con señalados límites expresos.

SEIS. Siendo que la intrusión que vulnera el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones también proviene del Estado, es necesario reformar la legislación que implica tanto la conservación de la cultura del secreto, referido a la posesión del Estado de información que corresponde a la intimidad personal o que deviene de la violación del secreto de las comunicaciones, como la posibilidad del acopio masivo de datos de los ciudadanos por parte de los funcionarios del Estado, violando la ley o excediendo el cumplimiento de esta a través de puertas abiertas.

Por ello, debe procurarse el fortalecimiento de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, creada por el D. Leg. N° 1153 para establecer el régimen de protección de datos personales y la regulación de la gestión de intereses, y el Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TTAIP) que resuelve en la última instancia administrativa las controversias vinculadas a la transparencia y al derecho al acceso a la información pública, creado por la misma norma. Del mismo modo, se precisa la reforma del D. Leg. N° 1182,

Ley localización y geolocalización de equipos para luchar contra delincuencia y crimen organizado, que permite que la Policía acceda a datos vinculados al secreto de las comunicaciones, la geolocalización, sin autorización del fiscal y del juez, y sin saberse el uso posterior de esos metadatos en caso que el juez revoque este acopio de información. En ese punto habría que recordar el escándalo de los “Dinaleaks” del año 2015, que culminó con la censura de la entonces presidenta del Consejo de Ministros, Ana Jara, debido a que se reveló que la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI) organizó expedientes de congresistas, políticos, empresarios, periodistas y ciudadanos con información obtenida de los registros públicos, migraciones, policía, Poder Judicial, bancos y SUNAT.

También requiere ser reformado el D. Leg. N° 1218 que regula el uso de las cámaras de videovigilancia, del año 2015, y su Reglamento, en relación al tiempo de permanencia de los archivos, la imagen, el reconocimiento facial, los actos privados, la entrega de los archivos y la cadena de custodia, entre otros.

8. BIBLIOGRAFÍA

ABAD S. y otros (2004). Código Procesal Constitucional, comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico, Palestra Editores, Lima.

ALCÓCER, E. (2011). El caso quimper: comentarios a la STC EXP. N° 0655-2010-PHC/TC. Análisis desde una perspectiva penal. *Gaceta Penal*, Tomo 19.

ALONSO, F. (2001). *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*. Madrid: Dykinson.

ANTOLISEI, F. (1966). *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis.

ASENCIO, J. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.

BALAGUER, F. (1995). Prólogo al libro de MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.

BARRIO, M. (2018). *Delitos 2.0, aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer.

BERNAL, J. (1990). Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal. *Revista Universitaria de Derecho Penal, Madrid, UNED, nº 4*.

BUSTAMANTE, R. (2011). *El problema de la prueba ilícita, en PRIORI POSADA, Giovanni F. (editor), Proceso y Constitución*, Lima: ARA Editores.

CEBRIÁN, J. (1988). El secreto profesional de los periodistas. Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Nº 12*.

CHANAMÉ, R. (2010). *Diccionario de derecho constitucional*. Lima: Adrus.

CONTRERAS, S. (2012). *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Madrid: Thomson Reuter.

CORRESILLA, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*.

CORROTO, Paula (2019), *El crimen mediático*. Madrid: Foca Ediciones.

DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES, M. (2003). *La prueba ilícita en el proceso penal* Pamplona: Aranzadi.

DE VERDA Y VEAMONTE, J. (2012). *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*. Navarra España: Thomson Reuters Aranzadi.

DIAZ-MAROTO, J. (2006). *Relevancia jurídico-penal del conflicto entre el honor y libertades de expresión e información*. Navarra: Editorial Aranzadi.

DÍAZ, J. (2007). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 59, Lima PUCP*.

EGUIGUREN, F. (2004). *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*. Lima: Palestra.

ESCALANTE, E (2018). *Cultura mediática política penal punitiva y justicia penal: síntesis de un antiguo y permanente debate, en Política Criminal mediática*, ESCALANTE, Estanislao (editores). Bogotá: Ibañez.

FERREIRA, D. (1982). El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia.

Buenos Aires, Editorial Universidad. p. 52. Citado por el EXP. N.º 04573-2007-PHD/TC.

FERNANDEZ, J. (1998). *Derecho Penal Fundamental. Vol II. Teoría del Delito y Punibilidad*. Bogotá, Colombia: Temis.

FERNÁNDEZ, J. (2004). *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Madrid: Thomson Civitas.

FISS, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.

GIMENO V. (2011). *La intervención de las comunicaciones*, en Proceso y Constitución. Lima: ARA

GONZÁLEZ, J. (1993). Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid*.

GONZALES, M. (2016). A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional “caso quimper” y la libertad de información. *Revista Inakarri URP, Lima, n° 5*.

GOODMAN, M (2015). *Los delitos del futuro*. Barcelona: Ariel.

GRIMAL, P. (2007). *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen propia*. Madrid: lustel.

HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

HUERTA, A. (2010) Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio, en *Monografías Vol. 14 N° 14, Lima PUCP*.

KEANE, J. (1999). *Lo público en la era de la abundancia comunicativa, en Ciudadanos en la sociedad de la información*, GUISTI, Miguel y MERINO, María (editores). Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HABERMAS, J. (2010), *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

HURTADO, J. (2010). *Temas penales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: PUCP.

JIMÉNEZ DE AZUA, L. (2005). *Principios del derecho penal. La ley y el delito*. 4ta edición. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.

LANDA ARROYO, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Palestra.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal/lure.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.

MAGDALENO, A. (2006). *Los límites de las libertades de expresión e información en un Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Congreso de los Diputados.

MARCIANI, B. (2004). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra.

MARTÍN, R. (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ, E. (2005). *La evolución de la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tirant lo Blanch.

MONTANI, G. (2010). *La vida de los otros: intervenciones telefónicas y derecho penal*. Lima: Totem Print Perú.

MORALES, J. (2003). Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otras de cualquier género. *Gaceta Jurídica, Código Civil Comentado, Tomo I, Lima*.

MORALES, J. (1999). Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. *Revista Cátedra*. Año II. N° 5. Lima.

MUÑOZ, F. y GARCÍA, M. (2010). *Derecho penal* .8° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOVOA, E. (1997). *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información*. 5TA. Ed. México: Siglo XXI.

ORTEGA Y GASSET, José (1968), “*El Espectador*”, Tomo V y VI, Espasa Callpe, Madrid.

PASTOR, B. (1993). *La prueba ilegalmente obtenida en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

PATRÓN, P. (1999). *Lo viejo y lo nuevo de los espacios públicos en el Perú, en Ciudadanos en la sociedad de la información*. GIUSTI, Miguel y MERINO, María Isabel (editores), Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ, J. (2005). *Curso de Derecho Constitucional*. 10ma. Pons ed. Madrid: Ed. Marcial.

PERLA, J. (1990). *Realidad legal de las comunicaciones*. Lima: DEYCO.

PRADO, V. (1996). *Todo sobre el Código Penal*. vols. I y II, primera edición. Lima: editorial IDEMSA.

RIDAO, J (2019). *La libertad de expresión y sus conflictos en el espacio público*. Navarra: Thomson Reuters.

RINCON, O. (2010). *¿Por qué nos odian tanto? Estado y medios de comunicación en América Latina*. Bogotá: Centro de Competencia en Comunicación C3 FES.

RIVES, A. (2010). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.

RODRIGUEZ, E. (2000). *Justicia mediática, la administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

SAGAR, R. (2013). *Secrets and Leaks: The dilemma of state secrecy*. EEUU: Princeton University Press.

SAN MARTÍN, C. (2011). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano, en Proceso y Constitución*, PRIORI POSADA Giovanni F. (Editor), Lima: ARA Editores.

SALINAS R. (2013). *Derecho Penal, parte especial (5ta, Ed.)* Iustitia, Editorial Grijley. Lima.

SMOLLA, R. (1993). *Free speech in an open society*. New York: Random House.

SILVESTRONI, M. (2007). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

SNOWDEN, E (2019). *Vigilancia permanente*. Barcelona: Planeta.

TALAVERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: AMAG.

TEJERINA, O. (2014). *Seguridad del estado y privacidad*. Madrid: REUS.

VILLA STEIN J. (1988). *Derecho Penal. Parte especial Tomo I – B*. Lima: Ed. San Marcos.

WESTIN, Alan F. (1970). *Privacy and Freedom*, Nueva York: Atheneum.

ZAFFARONI, R., ALAGIA, A., SLOKAR, A. (2006). *Manual de Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 5ta.

ZAPATA L. (2014). *Derecho Penal parte especial Tomo I*. Lima: Grijley.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. (2001). Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 82 del Expediente).

SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA (2003). *Exp. N° AV-33-2003*. pag. 36. [Ponente Sr. Prado Saldarriaga].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (21 de Setiembre del 2004). EXPS. N.º 0004-2004-AI/TC. [Alva Orlandini].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (17 de Octubre del 2005). EXP. N° 6712-2005-HC/TC. [ALVA ORLANDINI y otros]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (08 de Octubre del 2005). EXP. N.° 5854-2005-PA/TC , P, FJ 12 .[ALVA ORLANDINI y otros]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (08 de Octubre del 2005). EXP. N.° 5854-2005-PA/TC , P, FJ 12.[ALVA ORLANDINI y otros]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (17 de Octubre del 2005). EXP. N.° 6712-2005-HC, P, FJ 35. [ALVA ORLANDINI y otros]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (21 de octubre de 2008). EXP. N.° 00655-2010-PHC/TC [VERGARA GOTELLI)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2003) STC N°158/2003. 15/9/2003

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1984). STC N° 114/1984. 29/11/1984.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1994). Sentencia N° 883/1994. 11/5/1994.

CORTE IDH (30 de agosto de 2010). Caso Fernández ortega y otros vs. México. Sentencia Serie N° 215 párrafo 129.

CAÑO, A.(2014). *Obama elimina la recopilación masiva de datos y el espionaje a líderes aliados.* Recuperado de https://elpais.com/internacional/2014/01/17/actualidad/1389984598_386819.html

CORREA, Jorge (2006), Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho, [artículo en línea]. Revista Española de Control Externo Vol. 8, Nº. 24. [Fecha de consulta: 7/8/2019]. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>

ERLANGER, S. y ANDERSON, (2017). Los problemas legales de Assange todavía continúan. Recuperado de <https://www.nytimes.com/es/2017/05/24/los-problemas-legales-de-assange-todavia-continuan/>

FAUS, J. (2015). *La justicia declara ilegal el espionaje masivo de la NSA*. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2015/05/07/actualidad/1431011491_487140.html

IBERICO, L. (2018). *La autorregulación en el periodismo peruano: el derecho a la información y sus conflictos con el derecho a la intimidad y la vida privada*. (Tesis de Maestría, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú). Recuperado de: <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/3961>

RODRIGUEZ, J. (2011). *A vueltas con la "ley mordaza"*. Recuperado de: <http://bitacora.jomra.es/2011/12/peru/ipys-ley-mordaza/>

VILASAU, Mónica (2006), La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad, [artículo en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. Nº. 3. UOC. [Fecha de consulta: 2/9/2014]. Recuperado de <http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/vilasau.pdf>