

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD PERSONAL EN LAS
REDES SOCIALES”**

TESIS

PRESENTADA POR:

LENIN LEONIR MUÑOZ QUISPE.

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2018

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“PROTECCIÓN PENAL DE LA INTIMIDAD PERSONAL EN LAS REDES
SOCIALES”**

TESIS PRESENTADA POR:

LENIN LEONIR MUÑOZ QUISPE

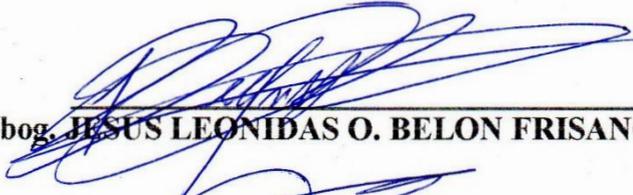
PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO



APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

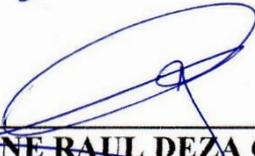
PRESIDENTE:


Abog. **JESUS LEONIDAS O. BELON FRISANCHO**

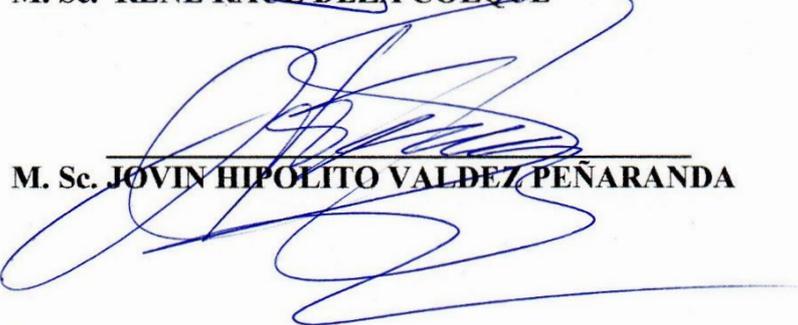
PRIMER MIEMBRO:


Abog. **JUAN JOSE BARRIOS ESTRADA**

SEGUNDO MIEMBRO:


M. Sc. **RENE RAUL DEZA COLQUE**

DIRECTOR / ASESOR:


M. Sc. **JOVIN HIPOLITO VALDEZ PEÑARANDA**

AREA : Ciencias Sociales.

LINEA : Derecho

SUB LINEA : Derecho Penal

TEMA : Delitos Contra la Libertad

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 30 DE NOVIEMBRE DEL 2018

DEDICATORIA

A mis padres Leonardo y Dominga, quienes con su amor y confianza me han permitido culminar mi carrera profesional y enseñado a enfrentar las adversidades con dignidad.

A toda mi familia, por estar siempre a mi lado apoyándome en todo momento.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por permitirme el día a día que con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia por estar siempre presentes en todo momento.

Mi profundo agradecimiento a los Dr. Jovin Hipolito Valdez Peñaranda, Dr. Krishna Espinoza Pérez, por su apoyo incondicional y amistad.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
ÍNDICE GENERAL	5
ÍNDICE DE ACRÓNIMOS	8
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
II. REVISIÓN DE LITERATURA	15
2.1 La intimidad personal.....	15
2.2 Evolución de la concepción de la intimidad personal como derecho.....	15
2.2.1 Las generaciones de los derechos humanos y la intimidad personal	18
2.2.2 El derecho a la intimidad a la protección de datos personales y sensibles	19
2.2.3 Fundamentos para proteger la intimidad personal, los datos personales y sensibles en internet.....	22
2.3 La Intimidad como bien jurídico protegido.....	24
2.3.1 Derecho a la intimidad personal.....	24
2.3.2 Diferencia entre el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad	25
2.4 Marco normativo aplicable a la protección de la intimidad personal en las redes sociales en el Perú.....	27
2.4.1 Ley de Protección de Datos Personales	28
2.4.2 El Código Penal peruano y la intimidad personal en el contexto de las nuevas tecnologías	30
2.4.3 Delito Informático y violación de la intimidad personal.....	36
2.4.4 La intimidad como bien jurídico tutelado en la Constitución del Perú	39
2.4.5 Tratamiento jurisprudencial de la intimidad personal por el Tribunal Constitucional peruano.....	41
2.5 Contenido y límites del derecho a la libertad de expresión en la sociedad de la información	46

2.5.1 La sociedad de la información	47
2.5.2 Libertad de expresión y sus límites	48
2.5.3 Derecho a la intimidad al buen nombre y la honra	51
2.5.4 Libertad de expresión y medios de comunicación masiva.....	52
2.5.5 Impacto de las redes sociales en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión	53
2.6 El uso de internet y redes sociales en el Perú.....	55
2.6.1 Internet en el Perú	55
2.6.2 Las redes sociales.....	56
2.7 Análisis comparado de la protección penal de la intimidad personal	64
2.7.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	65
2.7.2 Protección penal de la intimidad en Estados Unidos	73
2.7.3 Protección penal de la intimidad personal en los Estados Unidos de México	81
2.7.4 Protección penal de la intimidad en Chile.....	87
III. MATERIALES Y MÉTODOS.....	91
3.1 Enfoque cualitativo	91
3.2 Ámbito de estudio	91
3.3 Universo y muestra	92
3.4. Descripción de métodos por objetivos específicos	93
3.4.1 Para el Primer Objetivo Específico	94
3.4.2 Para el Segundo Objetivo Específico.....	95
3.4.3 Para el Tercer Objetivo Específico	96
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	98
5.1 El rol de las TICs en la configuración del derecho penal.....	98
5.2 Los delitos cometidos por internet y el bien jurídico que vulneran	100
5.3 Redimensionamiento de la intimidad personal	100
5.4 La estela de la información	102
5.5 El daño irreversible de la transmisión de información referida a la intimidad personal en redes sociales.....	102

5.6 La legislación penal no da el valor que merece al bien jurídicamente protegido de la intimidad personal	103
5.7 Deficiencias de los tipos penales.....	103
V. CONCLUSIONES	106
VI. RECOMENDACIONES	108
VII. REFERENCIAS	110

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

ARCO : Acceso, Rectificación, Cancelación, Oposición

APDP : La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales

CP : Código Penal

CETS 185: Convenio contra la cibercriminalidad del Consejo Europeo

D. Leg : Decreto Legislativo

ECPA : Electronic Communications Privacy Act

FOIA : Oficina de Servicios de Información Gubernamentales

LPDP : Ley de Protección de Datos Personales

LFPDPPP: Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares

TC : Tribunal Constitucional

TICs : Tecnologías de la Información y Comunicación

WWW : World Wide Web

RESUMEN

La llamada era digital representa un fenómeno de los nuevos tiempos que viene investigación aborda el problema de la falta de protección penal de la intimidad personal en el uso de las redes sociales en el Perú. **OBJETIVO:** Es determinar generando impacto en distintos ámbitos en los que se desarrollan los individuos. De alguna manera, todos los Estados y sociedades, en sus distintos niveles, se ven afectados por el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Esta si la protección penal en el Perú, para estos casos, es eficiente o no. Para ello, se plantearon tres objetivos específicos: Primero, desarrollar el concepto de intimidad personal, de acuerdo a la legislación nacional y su desarrollo jurisprudencial y doctrinario; segundo, se estableció, explicó y evaluó los supuestos de vulneración de la intimidad personal en las redes sociales que superan lo previsto por la legislación penal peruana y su análisis comparado; finalmente, se determinó la necesidad de desarrollar tipos penales que permitan una protección adecuada de la intimidad personal acorde a los avances tecnológicos. **METODOLOGIA:** La investigación es de tipo cualitativo. **RESULTADOS:** De acuerdo a ello, los principales hallazgos permitieron determinar que, efectivamente, la protección penal de la intimidad personal en las redes sociales en el Perú es deficiente. No se tiene en cuenta el redimensionamiento que tiene este bien jurídico protegido en el marco de la denominada era del conocimiento y el desarrollo de las TIC. Además, por la redacción de los tipos penales referidos a la intimidad personal que no protege la magnitud del daño al bien jurídico protegido, al extremo de configurarlo como perseguible por acción privada. Además de no considerar supuestos que también constituyen agravantes. En ese sentido, la investigación, permite proponer una modificatoria a la Ley de Delitos Informáticos, en el sentido de dotar a la norma penal, de una capacidad disuasiva mayor, además de incorporar atenuantes que incluyan supuestos como la vulneración de la intimidad por medio las redes sociales, estableciendo, explicando y evaluando los supuestos de vulneración de la intimidad personal en las redes sociales que superan lo previsto por la legislación penal peruana y su análisis comparado.

Palabras Clave: Protección Penal, Intimidad personal, TICs, Redes Sociales.

ABSTRACT

The so-called digital era represents a phenomenon of the new times that has been generating impact in different areas in which individuals develop. In a way, all States and societies, at their different levels, are affected by the use of Information and Communication Technologies. This research addresses the problem of the lack of criminal protection of personal privacy in the use of social networks in Peru. **OBJECTIVE:** is to determine if the criminal protection in Peru, for these cases, is efficient or not. To this end, three specific objectives were set: First, to develop the concept of personal privacy, in accordance with national legislation and its jurisprudential and doctrinal development; second, it was established, explained and evaluated the cases of breach of personal privacy in social networks that exceed the provisions of Peruvian criminal law and its comparative analysis; Finally, the need to develop criminal types that allow adequate protection of personal privacy according to technological advances. **METHODOLOGY:** the research is qualitative. **RESULTS:** was determined. According to this, the main findings allowed to determine that, indeed, the criminal protection of personal privacy in social networks in Peru is deficient. It does not take into account the redimensionamiento that has this protected legal good in the frame of the denominated era of the knowledge and the development of the TIC. In addition, for the drafting of the criminal types referring to personal privacy that does not protect the magnitude of the damage to the protected legal right, to the extreme of making it possible to be prosecuted by private action. In addition to not consider assumptions that also constitute aggravating. In this sense, the investigation allows proposing a modification to the Computer Crimes Law, in the sense of providing the criminal norm with a greater deterrent capacity, as well as incorporating mitigating factors that include assumptions such as the violation of privacy through social networks, establishing, explaining and evaluating the assumptions of violation of personal privacy in social networks that exceed the provisions of Peruvian criminal law and its comparative analysis.

Key Words: Criminal Protection, Personal privacy, ICTs, Social Networks.

I. INTRODUCCIÓN

La tecnología moderna viene revolucionando la vida diaria de millones de personas alrededor del mundo; la informática y el internet han penetrado en la vida cotidiana del ciudadano promedio en casi todos los países y, por supuesto, el Perú no es la excepción. Uno de los usos masivos, casi unánimes y más importantes que se da al internet es a través de las redes sociales, que “son sitios de Internet formados por comunidades de individuos con intereses o actividades en común y que permiten el contacto entre estos, de manera que se puedan comunicar e intercambiar información. Los individuos no necesariamente se tienen que conocer previo a tomar contacto a través de una red social, sino que pueden hacerlo a través de ella, y ese es uno de los mayores beneficios de las comunidades virtuales” (www.concepto.de, 2017).

En ese sentido, La tecnología y su aplicación a sistemas de comunicación cada vez más complejos y de uso masivo, como las redes sociales, hacen que la intimidad personal pueda ser vulnerada con facilidad y de diversas formas, por lo que es necesario evaluar la protección penal que se hace sobre este tema en el Perú. Cabe mencionar que en la presente investigación no se hace referencia a la información de carácter privado y/o íntimo que voluntariamente se hace pública usando como medio a las redes sociales, sino, aquella información que siendo de carácter privada y/o íntima es difundida dolosamente por terceros y por medio de las redes sociales.

La difusión y distribución de material multimedia (videos, fotos, audios y textos) es una de las características más importantes de las redes sociales y que explica en gran parte su uso masivo. Sin embargo, este material puede contener información de carácter íntimo y personal que no tiene impedimentos técnicos para ser difundido y distribuido. En este supuesto la intimidad personal es fácilmente violada, ya que sólo es necesario tener la información que pudo ser obtenida de formas diversas, como el hurto, hackeo de cuentas

informáticas, etc. y las redes sociales facilitan su difusión y distribución de forma masiva. “Es por ello que el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de toda aquella información relativa a su persona” (García, 2007).

La protección penal se da sobre los bienes jurídicos protegidos, como señala Urquizo: “Cumple funciones dogmáticas que quedan determinadas por la norma penal. La norma penal (mandatos y prohibiciones) dará sentido a lo protegido y la dirección de estos. La transgresión de la norma se explica cómo afección o puesta en peligro del bien jurídico. El dato de bien jurídico no es abstracto sino preciso y diferenciado, así el Derecho penal no ha de proteger el "valor vida" en cuanto tal valor, sino la vida concreta de los ciudadanos. Por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuantos meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad. La norma penal que recoge todos los elementos utilizados por el legislador en la determinación del injusto dará sentido al bien jurídico. El bien jurídico no es un dato cualquiera sino uno sustancial unido al principio de legalidad y como señala el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal se requiere siempre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” (1998).

Además, el bien jurídico cumple con una función sistemática, ya que ordena jerárquicamente todos los tipos penales de la parte especial, es así como el Código Penal sistematiza las diferentes infracciones penales, partiendo de los delitos contra la vida el cuerpo y la salud, el honor, buena fe en los negocios, etc. La sistematización utilizada por el legislador nacional indica el predominio de una tendencia liberal de nuestro Código

Penal que concuerda con lo previsto en la Constitución al referirse a la persona humana como fin supremo de la sociedad (Urquiza, 1998).

Es así que señala Ganoza (2012), que el bien jurídico de la intimidad personal está protegido desde la Constitución, en la que, mediante el inciso 7, del artículo 2, establece que: Art. 2°.- 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 propia.

Lo que presupone se expresa una articulación entre el ámbito privado y público, debido a que este forma parte indubitable de espacios inviolables, debido a su fuerte vínculo a la dignidad de la persona en su libre desarrollo social, formando parte del orden político y de la paz social.

En ese sentido, la legislación peruana tiende a una clarísima orientación a juzgar el Derecho a la intimidad en base a que se trata de personas naturales, debido a que son titulares de ésta, reconocidas como tal en la Constitución, por lo que el artículo 14 del código civil peruano menciona a su vez que:

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

Lo que es coherente con Art. 154° del Código Penal. Si bien la intimidad personal puede ser libremente expuesta la violación de la intimidad personal se da cuando la exposición de esta se da sin el consentimiento del titular de esta información.

En las redes sociales, los usuarios renuncian a parte de su intimidad personal, ya que es requisito para ser parte de estas exponer información de carácter íntimo como edad, orientación sexual, gustos, preferencias, imágenes, etc. Pero qué sucede cuando la intimidad personal es expuesta sin consentimiento, se entiende que tal vulneración al bien

jurídico exige una persecución penal. Por lo que el tipo penal debería tener la capacidad de aplicarse a los supuestos que exigen las redes sociales y el internet.

El **objetivo general** de la investigación es determinar si la protección penal de la intimidad en las redes sociales en el Perú es deficiente. Mientras que los **objetivos específicos** son: establecer el concepto de intimidad personal desarrollado por la legislación nacional, su desarrollo jurisprudencial y doctrinario; establecer, explicar y evaluar cuáles son los supuestos de vulneración de la intimidad personal en las redes sociales que superan lo previsto por la legislación penal peruana y su análisis comparado; determinar si existe la necesidad de desarrollar tipos penales que permitan una protección adecuada de la intimidad personal acorde a los avances tecnológicos y plantearlos de ser el caso.

Por lo expuesto, esta investigación pretende ser un aporte académico que evidencie la importancia de la protección penal de la intimidad personal en las redes sociales con el fin de proteger a las personas en la aplicación que estas hacen de sus preferencias, a través de las redes sociales.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1 La intimidad personal

Según la Real Academia de la Lengua Española, la palabra intimidad tiene dos acepciones:

1. f. Amistad íntima.
2. f. Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Es relevante para esta investigación el uso de la segunda acepción, que es además la que cuenta con relevancia jurídica. La palabra intimidad tiene origen etimológico en el latín y más exactamente del adverbio *intus* que significa “dentro”. Entonces la intimidad personal puede ser entendida como el área abstracta que una persona dispone reservar exclusivamente para sí mismo o para un grupo reducido de personas, generalmente su familia y amigos.

La relevancia jurídica vendría de la capacidad de disposición que tienen las personas sobre la información de carácter íntimo.

2.2 Evolución de la concepción de la intimidad personal como derecho

Los derechos humanos surgen en el siglo XVIII con la revolución francesa y posterior consagración como normas de carácter constitucional, con lo que se consolidaron y adquirieron universalidad, es decir su inherencia a todo ser humano. En este contexto los derechos personalísimos como la libertad, la propiedad, la identidad, entre otros hacen su aparición, las personas como sujeto de derechos pueden disponer de lo “propio” del que no pueden disponer otros así tengan condición de soberano.

García (2007) indica que “los derechos individuales y en especial, el reconocimiento de la libertad personal incorporó el derecho a la intimidad de la persona como una prerrogativa objeto de tutela en sede constitucional”.

Sin embargo, el contenido del derecho a la intimidad no ha permanecido inamovible. Actualmente este derecho ha variado por el avance tecnológico que ha transformado la forma de ser y relacionarse de las personas. Por lo que, el derecho a la intimidad tiene nuevas características. Esto permite que la información que antes era de carácter estrictamente íntimo pueda ser almacenada y difundida en medios electrónicos.

Es frecuente que existan confusiones conceptuales debido a que el concepto de intimidad personal se encuentra relacionado a otros, por lo que, es necesario hacer distinciones conceptuales respecto a vida pública, privada e íntima. La distinción que usamos para esta investigación es la realizada por Castilla (1988), la vida pública sería la que está formada por actuaciones realizadas por voluntad propia con conocimiento del resto sin prever ninguna restricción, porque son hechas en público y para él, público, es decir son de todos porque son observables; mientras que la vida privada es solo observable por un círculo de personas seleccionadas, por ejemplo el cónyuge, o no seleccionados, por ejemplo los padres, pero siempre un grupo pequeño y que tienen cerca relación con el titular o los titulares de esta vida privada; en tanto que, la vida íntima solo es pasible de conocerla su titular, no es libremente observable, y únicamente se las puede inferir por medio de lo que el titular expresa, incluso su inexpressión es una forma de su actuación. Finalmente concluye que cualquier caso, se trata de tres ámbitos perfectamente diferenciables.

Entonces, queda claro que vida privada e intimidad no son lo mismo, a pesar de que compartan un nexo y se apliquen en contextos parecidos, al respecto común Martínez

(1997) recalca e indica la relevancia de la definición de G. Duby en el prefacio de la obra “Historia de la vida privada”, que dicta:

«Hay un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, "en zapatillas", libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar, doméstico, secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda pública exige el honor».

Lo que motiva a Martínez a decir que “la vida privada y la intimidad son, ante todo, dos categorías históricas y, por tanto, sujetas al devenir de la cultura y de las opiniones e ideas de una comunidad que las usa con un significado específico u otro”. Para el mismo autor el concepto de intimidad es posindustrial y está conformado por un espacio intrasubjetivo, se restringe aún más la vida privada, a lo exclusivamente personal, por ejemplo: ideas tabú, pasiones, atracciones, etc. conformado por estrictamente intrasubjetivo, entonces no hay intimidad sin vida privada, y no hay privacidad sin intimidad. Es importante saber cuáles son los límites de estos tres ámbitos y entender que lo que se llama indiscreción es el uso público que en ocasiones se hace de lo privado e incluso de lo íntimo, a lo cual el sujeto de la privacidad o de la intimidad tiene perfecto derecho.

El derecho a la intimidad personal es por tanto un derecho humano, que es inherente a tal condición y que es indesligable del concepto moderno de persona, su evolución se encontraría en el hecho de que la denominada vida íntima es cada vez más vulnerable y por tanto su protección requiere más y novedosas medidas.

Es contundente González (1993) cuando ilustra:

“El eje de esta redefinición está en función directa a la propia evolución de la vida social. Es por ello que, en un primer momento, esto es, a fines del siglo pasado, el Derecho a la Intimidad, se definía como el "derecho a ser dejado a solas". Sin embargo, las nuevas dimensiones aportadas al problema de la defensa de la intimidad, en especial por la difusión del uso de los ordenadores obligan a una reformulación del concepto entendido ahora como "el Derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida quiere compartir con otros sus pensamientos y sentimientos, así como los hechos de su vida personal".

2.2.1 Las generaciones de los derechos humanos y la intimidad personal

Los derechos humanos han evolucionado históricamente dando lugar a las llamadas generaciones de derechos. Por lo que, las generaciones de derechos humanos están relacionadas con periodos históricos y tienen relación con determinados contextos sociales y económicos.

La aparición de nuevas generaciones de derecho ha constituido aumentarlos y fortalecerlos, no así sustituir los primeros, también ha significado redefinir derechos y actualizarlos en los nuevos contextos. Ordinariamente se reconocen tres generaciones de derechos humanos, cada cual corresponde a un ambiente ideológico, político y social en el que fueron concebidos.

Describe García (2007):

La primera generación de derechos corresponde a un ambiente precapitalista, con el ascenso de la clase burguesa del siglo XVIII y su confrontación con la monarquía, en esta generación resalta la importancia que se le da a las libertades individuales, consistente en la autodeterminación y respeto de la vida privada por parte del Estado y terceros; se reconocen también derechos como la vida, integridad personal, al honor, los mismos que hoy en día son necesarios repensar

en cuanto a su contenido y alcance por la nueva forma en que se ejercen y deben protegerse.

La segunda generación de derechos humanos surge por la crítica al carácter individualista de las libertades individuales en el marco de la lucha por el reconocimiento de necesidades sociales, en un marco de desarrollo industrial y la exclusión de beneficios del desarrollo a grandes sectores sociales, conocidas como el proletariado, esto en el siglo XIX. Lo que motivo que se ampliaran los derechos humanos, incluyendo algunos de carácter colectivo y social, se les conoce también como la generación de derechos económicos, sociales y culturales. Al reconocerse jurídicamente por los Estados se configuraría el Estado social de derecho.

La tercera generación de derechos humanos se constituye en una ampliación de las generaciones anteriores y son una respuesta a las vulneraciones causadas por fenómenos generados por el desarrollo tecnológico contemporáneo. Se destaca entre otros y justamente por el desarrollo tecnológico, la necesidad de proteger la intimidad y reconocer este derecho con rango constitucional.

En el caso del derecho a la intimidad personal, si bien es clásicamente considerado como un derecho de primera generación no podría limitarse a esta generación, ya que el concepto ha evolucionado y puede considerarse parte de los derechos culturales, como es el caso por ejemplo de la denominada autodeterminación cultural. Además, no puede verse a la persona humana fuera del marco tecnológico que hoy es su *modus vivendi*, por lo que también tiene implicancia en los derechos de tercera generación. Entonces el derecho a la intimidad personal es un derecho transgeneracional.

2.2.2 El derecho a la intimidad a la protección de datos personales y sensibles

La información registrada y transmitida en lenguajes informáticos, constituye a la par que un bien jurídico y económico, una nueva forma de poder.

Establece Gonzáles (1993):

“Como se sabe, el poder es un fenómeno general y común a todos los ámbitos de la sociedad, es la capacidad de acción, de obligar, de dirigir, de conducir. Y se habla del poder informático, reflejado en la posibilidad que tiene hoy el operador de computadoras de acumular información en cantidad ilimitada sobre cualquier aspecto de la vida cotidiana de cualquier individuo, salud, costumbres, hábitos sexuales, ideas políticas, fe religiosa, aspectos sociales, económicos, etc. y secreta acerca de una persona, en información organizada y difundida al exterior por parte de los detentadores del mencionado poder informático. Un poder cuyo ejercicio incontrolado, hace totalmente factible la destrucción de la esfera de reserva de un individuo”.

La intimidad es la información propia y oculta para uno mismo, información que con el avance de la tecnología se hace cada vez “más accesible” y por tanto vulnerable. La intimidad, estaba caracterizada por poseer un matiz individualista, a tener un área reservada fuera del alcance de terceros, lo que hoy es prácticamente imposible mantener, desde la concepción nuestra información íntima circula en bases de datos y redes de información, pongamos el ejemplo de las ecografías compartidas por las madres gestantes en la redes sociales.

García (2007) indica que, “el derecho a la intimidad ha tenido su historicidad y positividad, y se ha consagrado con la modernidad. Por lo que, desde escritos como el de Benjamín Constant, De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos, pasando por la obra On Liberty de J. Stuart Mill, seguido por The Right to Privacy de Samuel Warren y Louis Brandeis, la intimidad de la persona ha encontrado su justificación y fundamento en el derecho”.

Clásicamente se justificó el derecho a la intimidad por ser un medio por el cual se promocionaba la libertad individual. Liberales radicales como Stuart Mill consideraron que las características principales de las personas consistían en el derecho a una total

independencia para disponer de la parte física y espiritual que lo componen. Para otros como Warren y Brandeis, la privacidad fue entendida como un derecho a la soledad, a decidir estar solo y ser respetado en cuanto a esa decisión, esto justificado en la protección que debía tener la vida privada de las personas.

En 1890, el supremo juez Brandeis de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en una *dissenting opinion* consideró que frente al estado, el derecho a la soledad es el más amplio de los derechos y valorado por los hombres civilizados, por lo que, la protección de este derecho frente a cualquier intromisión injustificada del gobierno en la esfera privada del individuo, fueren cuales fueran los medios empleados, debía ser considerada una exigencia de la cuarta enmienda de la Constitución americana, por tanto, garantizó a los ciudadanos la seguridad de su persona, de su domicilio y de sus efectos frente a cualquier intromisión indebida (García, 2007).

Entonces, como indica García (2007), en la sociedad de la información, la intimidad debe ser considerada como un derecho garantista, que consiste en la defensa a cualquier intromisión no autorizada a las esferas más privadas de las personas, sin contemplarla al mismo tiempo, como un derecho activo de control sobre la difusión de información que puede afectar a cada persona. Contemporáneamente, el derecho a la intimidad es el más reciente derecho individual relativo a la libertad, que haya variado profundamente, producto de la revolución tecnológica., siendo una consecuencia previsible la ampliación de protección y la dación de nuevos instrumentos de tutela jurídica.

Por lo que, siendo el derecho a la intimidad personal, viable; su uso y almacenamiento tecnológico lo es también. Por ende, un derecho a la protección de sus datos personales en pleno siglo XXI, también debe implicar el reconocimiento de este último derecho como fundamental.

Los datos son una representación simbólica de un atributo o variable cuantitativa o cualitativa.

Los datos personales son aquellos que caracterizan únicamente a una persona y cuyo contenido es de exclusiva titularidad del que los genera. En el Perú la Ley de Datos Personales hace la siguiente definición: “Datos personales. Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”.

Pero hay un conjunto de datos personales que por su especial caracterización son de mayor importancia que otros como, por ejemplo, el nombre, la edad, el número de DNI, entre otros, no estamos refiriendo a los datos sensibles. En el Perú la Ley de Datos Personales hace la siguiente definición: “Datos sensibles. Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden 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”. Es evidente que los datos sensibles son los que más relacionados están con el contenido de intimidad personal que se maneja hoy en día.

Nuestra legislación sigue el criterio más o menos uniforme de las leyes que tratan sobre el mismo tema.

2.2.3 Fundamentos para proteger la intimidad personal, los datos personales y sensibles en internet

Dienheim (2001) sostiene que “ la protección a la vida privada se constituye en un criterio de carácter democrático de toda sociedad”, para el mencionado autor este derecho está estrechamente ligado al: derecho a la inviolabilidad del domicilio, correspondencia, comunicaciones, propia imagen, derecho al honor, privacidad informática, a no participar

en la vida colectiva y a aislarse voluntariamente, derecho a la no exteriorización del pensamiento e ideas como parte de la libertad de expresión, la libertad de religión y creencias, la libertad de procreación y de preferencia sexual, la libertad de pensamiento y de preferencia política, así como muchos otros derechos de índole familiar. Lo que actualmente conocemos como datos sensibles.

El problema fundamental lo encontramos cuando la intimidad personal o privacidad del ser humano, su honor o su imagen se ven vulnerados por otros particulares y concretamente por el exceso en el ejercicio de la libertad de expresión o del derecho a la información, como en el caso de las redes sociales, donde de forma voluntaria e involuntaria renunciamos al manejo exclusivo de este tipo de información. Es decir, cuando con motivo del ejercicio de la libre expresión de las ideas o de la actividad informativa y periodística se vulnera la esfera privada del individuo.

El Estado como garante del respeto y cumplimiento de los derechos en lo referido a la protección de la vida privada en sus variados aspectos no debería tener una conducta pasiva, es decir limitarse a no vulnerarlos y solo respetarlas como de manejo exclusivo de los particulares como en el caso de las garantías constitucionales, por el contrario la actitud estatal debe ser activa con el fin de evitar la vulneración de estos derechos por parte de agentes públicos y de los particulares.

El tema del respeto a las comunicaciones privadas es también un asunto importante, pues a últimas fechas y debido a los avances de la tecnología se han dado bastantes casos en los que comunicaciones de carácter privado entre dos personas han sido interceptadas y, lo que es peor, hechas públicas y dadas a conocer a través de medios de comunicación, afectando severamente la reputación e imagen de quienes en ellas participaron, sin que se hayan imputado responsabilidades por esos actos.

2.3 La Intimidad como bien jurídico protegido

2.3.1 Derecho a la intimidad personal

Como bien establece Rebollo (2000) “el derecho a la intimidad no surge de una concepción de un legislador iluminado que llega a la conclusión de que es conveniente para todos reconocer este derecho, sino que por el contrario, es la conquista a la que se llega tras muchas luchas sociales, conceptuales, doctrinales y de creación legislativa”, es decir es producto de transformaciones sociales que se han plasmado en el campo jurídico.

Vásquez (2017) indica que: “se le debe considerar como la garantía de que nadie puede sufrir intromisiones o investigaciones no deseadas sobre su vida privada y que, de ser investigado, estas investigaciones no pueden ser divulgadas; teniendo dos ámbitos, la facultad de impedir su acceso y oponerse a su divulgación ilegítima.

La facultad de impedir su acceso consistiría en la capacidad que tiene las personas de resguardar la información que seleccionen como íntima y sacarla del conocimiento público y mantenerla en la esfera íntima (Espinoza, 2018).

Oponerse a su divulgación ilegítima, al ser los únicos capaces de disponer de la información íntima las personas que puedan verse vulneradas en cuanto a la difusión o intromisión de terceros en su información íntima son los que cuentan con legitimidad y capacidad para obrar para oponerse a una divulgación ilegítima o no autorizada, sin embargo en el ámbito penal existe una discusión, tanto que el bien jurídicamente protegido solo podría ser percibido en su vulneración por la persona directamente afectada, pero si la vulneración a la intimidad es realizada a un menor de edad, incapaz o no es percibida directamente por la persona afectada, estaríamos ante un caso de impunidad.

Describe Vásquez (2017): “Para la teoría jurídica tradicional, la intimidad ha sido considerada, junto con el honor y la propia imagen, como manifestaciones de los derechos de la personalidad; y en el sistema actual de derechos fundamentales, como expresiones del valor de la dignidad humana”. Disponer de información privilegiada, en tanto que solo puede ser dispuesta por el titular de esta, es la sustancia de la intimidad, este espacio no puede ser invadido por terceros. (p.122)

Entonces el derecho a la intimidad es la facultad personalísima que reconoce la ley para que la información íntima sea respetada u que sus actos no sean objeto de observación a efectos de que nadie pueda entrometerse en esta. La violación a la intimidad se produce cuando divulgan información íntima y cuando intentan vulnerarla por cualquier medio.

2.3.2 Diferencia entre el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad

La vida privada puede entenderse como la peculiar y particular forma con que una persona se relaciona con sus semejantes cercanos, implicando que separemos una parte sensible de nuestra vida del dominio público. Es decir, la vida privada es la selección de información sobre ciertos temas sensibles que restringimos terceros extraños. En palabras de García (2013), esta concepción plantea aquel parámetro vivencial inexpugnable.

La Science and Technology of the Executive Office of the President, define que "el derecho a la vida privada es el derecho del individuo de decidir por sí mismo en qué medida compartirá con otros sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida privada".

Son parte de la información íntima: el secreto a las comunicaciones, documentos privados, inviolabilidad de domicilio, secreto bancario, reserva tributaria, edad, preferencias artísticas, consumo, orientación sexual, etc.

La intimidad es en resumen el núcleo duro de la vida privada, ya que, esta última contiene información menos sensible pero que también es protegida frente a terceros.

La privacidad como derecho fue planteada por primera vez en el caso Griswold vs. Connecticut (1965), en el que la Corte Suprema de EE.UU señaló que una ley estatal no puede contravenir el atributo de una pareja a decidir sobre el uso de anticonceptivos. (García, p.333, 2013)

En el Perú, en el expediente N° 06715-2005-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de la persona; la vida privada por su parte, la engloba y también incluye un ámbito en donde se admiten algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio ”.

Entonces, tenemos que:

- a) La Constitución Política del Estado, en el inciso 7 del Art. 2° de la Constitución, englobando tanto el derecho a la vida privada como el derecho a la intimidad.
- b) El derecho a la intimidad tiene una protección mayor que el derecho a la vida privada.

Al respecto La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su Art.º 12, establece que *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 y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su Art. 17°, establece las mismas disposiciones que el Art. 12° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en su Art. 19° al hablar de la libertad de expresión, señala que el ejercicio de ese derecho entraña deberes y responsabilidades especiales es por eso que es restringido.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) conocido también como Pacto de San José, en el Art.11°, se refiere a que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y que por tanto no deberá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, ni deberá sufrir ataques ilegales a su honra o reputación; también, establece el derecho de la persona a ser protegida por la ley contra esas injerencias o ataques. El Art.13° establece la libertad de pensamiento y expresión determinando que no deberá existir previa censura, pero que el ejercicio de esos derechos estará sujeto a responsabilidades ulteriores, mismas que deberán estar expresamente fijadas por la ley y que deberán tender a asegurar entre otras cuestiones, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su Art. 16°, menciona que ningún niño 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 o a su reputación; y que el niño tiene derecho también a la protección de la ley contra esas injerencias y ataques.

Queda claro que la protección de la vida íntima y por tanto a la intimidad personal es un bien jurídicamente protegido a todo nivel.

2.4 Marco normativo aplicable a la protección de la intimidad personal en las redes sociales en el Perú

La intimidad personal es considera técnicamente como datos sensibles. Estos datos requieren de especial protección y solamente pueden ser objeto de tratamiento con el

consentimiento expreso y por escrito del titular de los datos, así lo establece la normativa nacional vigente.

En ese orden de ideas, la Constitución Política del Perú en su Art. 2º, numeral 6, reconoce el derecho que toda persona tiene a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

2.4.1 Ley de Protección de Datos Personales

En coherencia del Art. 2º, numeral 6, de la Constitución Política del Perú fue aprobada la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP), que define al titular de los datos personales como la persona natural a quien corresponden los datos personales. La LPDP tiene por objeto garantizar una serie de derechos a las personas, titulares de los datos personales, por ejemplo: el derecho a ser informado sobre el tratamiento de los datos personales, y de ser requerido el derecho a la rectificación o cancelación de los datos o el derecho a la oposición al tratamiento de los mismos.

Escudero (2013) indica que: El derecho a la protección de los datos personales establece claramente que las personas pueden controlar su información personal. Para ello, la LPDP prevé derechos que permiten a las personas exigir que sus datos personales sean tratados adecuadamente, es tos son los conocidos derechos ARCO:

Acceso; Toda persona tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos de administración pública o privada, la forma en que sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quién se realizó la recopilación, así como las transferencias realizadas o que se prevén hacer de ellos.

Rectificación; Es el derecho del titular de datos personales que se modifiquen los datos que resulten ser parcial o totalmente inexactos, incompletos, erróneos o falsos.

Cancelación; El titular de los datos personales podrá solicitar la supresión o cancelación de sus datos personales de un banco de datos personales cuando éstos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hayan sido recopilados; hubiere vencido el plazo establecido para su tratamiento; se ha revocado su consentimiento para el tratamiento y en los demás casos en los que no están siendo tratados conforme a la Ley y al reglamento.

Oposición; Toda persona tiene la posibilidad de oponerse, por un motivo legítimo y fundado, referido a una situación personal concreta, a figurar en un banco de datos o al tratamiento de sus datos personales, siempre que por una ley no se disponga lo contrario.

2.4.1.1 El derecho a tutela dentro en el marco de la Ley de Protección de Datos Personales

Se establece el procedimiento de tutela en los Arts. 73° al 75° del Reglamento. El ciudadano podrá presentar ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (APDP) una solicitud de tutela de derechos ante la denegatoria o la respuesta insatisfactoria de la solicitud de derechos ARCO. La APDP hará de conocimiento del titular del banco de datos personales o encargado del tratamiento la inconformidad del ciudadano. Tendrá quince (15) días para presentar sus descargos. El plazo máximo para resolver será de treinta (30) días, contra la resolución de la APDP solo procede interponer el recurso de reconsideración.

Algunas fallas notables del D. Leg. N° 1182 es la de establecer erradamente que la información sobre la ubicación de un usuario, obtenida mediante la geolocalización de su teléfono móvil, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones. Lo que contradice abiertamente al desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre el contenido del derecho a la intimidad personal.

Se establece que el acceso a esta información podría ser ejecutado por la policía sin la necesidad de contar con una autorización judicial previa, estableciendo un mecanismo de aprobación judicial posterior para legitimar esta acción. El 2, inciso 10 de la Constitución contradice esto, al establecer que cualquier procedimiento que involucre el acceso a esta información por parte de un tercero debe de ser autorizado y motivado por un juez.

También esta Ley resta atribuciones al Ministerio Público de forma ilegítima e inválida de facto normas penales que ya disponían cómo debía ser la solicitud y el acceso a los datos de geolocalización.

Otro hecho grave es que el D. Leg N° 1182 también obliga a las empresas de telecomunicaciones a registrar y conservar los datos relacionados con las comunicaciones de sus usuarios, incluyendo registros de llamadas, navegación por Internet y ubicación geográfica.

En resumen, se expone nuestra intimidad personal en pos de conseguir mayor seguridad.

2.4.2 El Código Penal peruano y la intimidad personal en el contexto de las nuevas tecnologías

El Código Penal peruano en su exposición de motivos expone la inclusión de diversos delitos contra la libertad individual, entre ellos los delitos de violación de la intimidad. La justificación de la inclusión de la intimidad como bien jurídico a proteger es el reconocimiento de carácter universal de este derecho desde que la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los artículos 154° al 158° del Código Penal regulan el delito de “violación de la intimidad”, incluyendo ámbitos de otros derechos que son considerados en su sentido más lato como el derecho al secreto de las telecomunicaciones, el derecho al honor y el derecho a la imagen, cuando en estos se comprometan información íntima de la personal.

CAPITULO II

VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD

Violación de la intimidad

Artículo 154.- 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.

En los medios de comunicación, sobre todo en la difusión de la prensa escrita y televisiva, vemos las más variadas ocurrencias de violación a la intimidad en su forma agravada, especial y específicamente en situaciones en las que toman información disponible en esferas públicas y las exponen con información de carácter íntimo del sujeto exponiéndolo indebidamente, más aún cuando el agente puede considerar esta información como de “interés público”, sin serlo realmente.

“Artículo 154-A. Tráfico ilegal de datos personales

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.”¹

La reciente Ley N° 30171, Ley que modifica la Ley N° 30096, Ley de delitos informáticos, incorpora en el Código Penal el artículo 154-A (tráfico ilegal de datos personales), en el cual se presenta una reformulación del delito de “traficar” con información de las personas. La creación de este delito como un nuevo “delito informático” en la legislación penal, fue posteriormente derogado y trasladado como un delito en la Ley N°30096, Ley de delitos informáticos. Sin embargo, en la última modificación de esta norma se deroga el artículo de dicha ley para retornarlo al Código Penal, para esta vez como un delito de violación a la intimidad, conservando su misma nominación.

Análisis del Tipo Base

Bien Jurídico: El bien jurídico tutelado es la intimidad personal y familiar del ciudadano; se protege el ámbito de su vida íntima personal y familiar; entendiendo como intimidad a la zona reservada de la persona o reserva de la intimidad.

Tipicidad Objetiva:

Acción Típica: Es la transgresión o violación del espacio íntimo de las personas o familias mediante la observación visual, escucha o registro de cualquier manera de una hecho, actividades, imágenes, palabras y escritos.

“El acto material de transgresión puede realizarse observando, escuchando o registrando (anotando) un hecho, palabra, escrito o imagen, para lo cual no debe existir el

¹ Artículo incorporado por el Artículo 5 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014.

consentimiento de la víctima, pues de ser así, el hecho resultaría atípico. Los medios de ejecución del comportamiento típico podrán ser instrumentos, procesos técnicos u otros. Al final se deja una cláusula abierta, donde tendría cabida el avance de las nuevas tecnologías, sobre todo de la informática” (Alarcón y Cárdenas, 2005).

Sujeto Activo: Puede ser cualquier persona

Sujeto Pasivo: Es el ciudadano o familia a la que se viola su intimidad, realizando los actos propios de la acción descrita en el tipo penal.

Tipicidad Subjetiva: El tipo exige el conocimiento y la voluntad de realizar la acción, es decir se requiere del dolo.

Agravante por razón de la función

Artículo 155.- Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.²

Modificación:

"Artículo 155.- Agravante por razón de la función

Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en los artículos 154 y 154-A, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4.

Modificación:

Artículo 155.-Si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en los artículos 154 y 154-A y la información tenga su origen a

² Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015, cuyo texto es el siguiente

partir de la aplicación de la medida de la localización o geolocalización, la pena será no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4."

Revelación de la intimidad personal y familiar

Artículo 156.- El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.

Se establece que quien revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año. De lo señalado, podríamos inicialmente entender esta relación como un trato directo y presencial entre el agente y el agraviado, como por ejemplo en las confidencias que pueda establecerse entre el abogado, el investigador y su cliente, o el patrón y su empleado. Es el caso también de las bases de datos en las que depositamos información íntima.

Uso indebido de archivos computarizados

Artículo 157.- El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.³

³ Artículo modificado por el Artículo 4 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014.

La Ley de protección de datos personales considera las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima, como los hábitos íntimos. Así la ley menciona en su artículo 2º, inciso 5 que son:

III. Revelación por conocimiento autorizado

IV. Los archivos computarizados

(...) Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden 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.

Por su parte, el reglamento de dicha ley en su artículo 2º, inciso 6 desarrolla la definición y la define como *aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad.*

“Cualquier tipo de información expuesta en el párrafo anterior es facilitada sin el previo consentimiento del titular no respetando las formas y condiciones expuestas en la Ley de protección de datos personales y su normativa complementaria, incluso las que establecen las medidas de seguridad y confidencialidad, estaríamos hablando de un delito en contra de la privacidad. Cabe mencionar la acción de creación de banco de datos personales que contengan datos sensibles: su creación solo se puede justificar si su finalidad” (Téllez, 2015).

“Artículo 158. Ejercicio de la acción penal

Los delitos previstos en este Capítulo son perseguibles por acción privada, salvo en el caso del delito previsto en el artículo 154-A.”⁴

Modificación:

“Artículo 158.- Ejercicio de la acción penal

Los delitos previstos en este Capítulo son perseguibles por acción privada, salvo en el caso del delito previsto en los artículos 154-A y 155.”

2.4.3 Delito Informático y violación de la intimidad personal

El delito informático es aquél que causa agravio a bienes jurídicos protegidos con el uso de medios tecnológicos y por su forma se relacionan con la identidad. Sus tres formas más usuales con el *phishing*, que consiste en engañar a los usuarios de Internet para que den sus datos personales; el malware, que es un software instalado involuntariamente que recoge información personal; y hacking, que es el acceso ilegal a la computadora de alguien sin autorización del titular. Su móvil generalmente es económico. Y los delitos relacionados con los derechos de autor y derechos de propiedad intelectual; y también delitos como la pornografía infantil y material de abuso.

En el Perú se promulgó la Ley 30096, que buscaba sancionar aquellas conductas que usando las tecnologías de la información, vulnerada los derechos de las personas a la seguridad de sus datos y otros bienes jurídicos, lo cierto que es que ya existían protección a los bienes jurídicos protegidos por esta ley, el aporte es que ahora se regula es la modalidad en que se vulneran estos bienes jurídicos protegidos.

⁴ Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1237, publicado el 26 septiembre 2015.

La mencionada Ley fue modificada por la Ley 30171 (Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos). La finalidad de esta ley fue adecuar la Ley 30096 a los estándares legales del convenio sobre la cibercriminalidad o Convenio de Budapest.

Como explica Villavicencio (2014):

“Esta Ley no responde solo a la necesidad de ejercer la función punitiva del Estado enfocada en la protección de la información; sino que tiene como principal objetivo la estandarización de la ley penal peruana con el ordenamiento penal internacional, principalmente por la Convenio contra la cibercriminalidad del Consejo Europeo (CETS 185), denominado Convenio de Budapest”.

Con respecto a la intimidad personal la Ley regula este aspecto de la siguiente manera:

Delitos informáticos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones (Capítulo IV); El capítulo está conformado por las siguientes figuras penales: el artículo 6 (Derogado por la ley 30171 Ley que Modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos) y el artículo 7 (interceptación de datos informáticos)

“Artículo 7.- El que deliberadamente e ilegítimamente intercepta datos informáticos en transmisiones no públicas, dirigidas a un sistema informático, originadas en un sistema informático o efectuadas dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que transporta dichos datos informáticos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

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, la seguridad o la soberanía nacional.

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 tipo penal persigue la conducta que deliberada e ilegítimamente intercepta (interrumpe, obstruye) datos informáticos y las emisiones electromagnéticas que transportan estos datos en las transmisiones privadas. Este artículo contiene tres agravantes:

a) La primera, agravante se aplica cuando la interceptación es sobre información clasificada como secreta, reservada o confidencial, de conformidad con la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la información Pública, cuya penalidad oscila entre cinco a ocho años.

b) La segunda, agravante es aplicable cuando la interceptación recaiga sobre información que compromete a la defensa, seguridad o soberanía nacional, cuya penalidad se encuentra entre ocho a diez años.

c) La tercera, agravante consiste en la calidad del agente (integrante de una organización criminal) que comete delitos cuya penalidad se incrementa hasta en un tercio por encima del máximo legal previsto en los supuestos anteriores.

Este tipo penal se constituye como un delito de peligro abstracto y por lo que, bastaría con demostrar la interceptación de datos informáticos para que el delito se considere consumado. Entonces, se trata de un delito de mera actividad porque basta con el solo hecho de interceptar datos informáticos para que se consuma el delito.

2.4.4 La intimidad como bien jurídico tutelado en la Constitución del Perú

La vida privada se constituye, así como un derecho fundamental supeditado a la intimidad, prevista en el artículo 2°, inciso 9 de la Constitución.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC, se determinó que:

“No cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar.

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad), se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que 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. De esta forma se ha llegado a definirla, argumentando su faz positiva, como (...) el reducto de lo personal no encuentra su confín en la cárcel de la propia individualidad (...) sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente

inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados). (Fundamento 38)

El tribunal aborda una concepción que reconoce el carácter subjetivo y amplió de la intimidad y recalca que tiene un grado alto de autodeterminación.

En la Sentencia del Expediente N.º 0072-2004-AA/TC, define:

“Que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2º inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo”.

Además, el Tribunal Constitucional se acoge a definiciones de tribunales europeos.

“Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Von Hannover c. Alemania (Application N.º 59320/00), del 2004, estableció que, (...)

la importancia fundamental de la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad que tiene todo ser humano. Esa protección (...) se extiende más allá de círculo privado familiar e incluye también la dimensión social. El Tribunal considera que cualquier persona, aun si es conocida por el público, debe poder gozar de una ‘legítima expectativa’ de protección y respeto de su vida privada”.

El Tribunal llega con estos fundamentos a establecer que la vida privada de las personas es indispensable para generar una identidad propia.

2.4.5 Tratamiento jurisprudencial de la intimidad personal por el Tribunal

Constitucional peruano

2.4.5.1 Definición de vida íntima en el Expediente N° 0072-2004-AA/TC

El magistrado constitucional Landa, indica que la vida íntima está reservada exclusivamente al titular del derecho, mientras que la vida privada es pasible de intervenciones que pueden considerarse legítimas.

“Entre las disimilitudes existentes entre la intimidad y la privacidad, puede señalarse que a diferencia de esta última, la primera implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad. Las personas jurídicas, prima facie, no son titulares del derecho a la intimidad, en la medida que no pretenden el desarrollo de una personalidad, sino el cumplimiento de sus fines” (Expediente N° 0072-2004-AA/TC, fundamento 15).

2.4.5.2 Definición de La vida privada, el derecho a la intimidad y su ámbito de protección en el Expediente N° 00009-2014-PI/TC

El tribunal hace un amplio desarrollo jurisprudencial sobre los conceptos de vida privada, derecho a la intimidad y su protección, además de hacer notar la importancia del desarrollo de la tecnología en estos tópicos.

“La vida privada, el derecho a la intimidad y su ámbito de protección

3. A partir de lo dispuesto en la normatividad nacional e internacional, como es el caso del segundo párrafo del artículo II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual "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", el Tribunal Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, el carácter genérico del derecho a la vida privada, así como, la configuración del derecho a la intimidad como una de sus diversas manifestaciones (STC 6712-2005-11C, fundamento 38).

4. Así, se ha entendido que la vida privada se encuentra 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" (STC 0009- 2007-P1/TC y otros, fundamento 43).

5. El derecho a la intimidad, por su parte, se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución, que dispone: "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".

6. En diversas ocasiones el Tribunal ha hecho referencia al contenido protegido del derecho a la intimidad. Por ejemplo, en la STC 6712-2005-HC, el Tribunal Constitucional delimitó sus alcances, concluyendo que la protección de la intimidad implica excluir el acceso a terceros de información relacionada con la vida privada de una persona, lo que incluye las comunicaciones, documentos o datos de tipo personal. De esta forma, la intimidad se presenta como una libertad en un sentido negativo, en tanto excluye o impide que terceros -entre ellos, claro está, el mismo Estado puedan acceder a determinados contenidos que la propia persona desea resguardar.

7. Esta dimensión tiene sus raíces en la época posterior a las revoluciones atlánticas, en las que, a través del reconocimiento de ciertos derechos, se exigía la

no intervención del Estado para, de esta manera, impedir su ejercicio. En el caso concreto de la intimidad, se demanda lo que en su momento la doctrina anglosajona denominó *right to be alone*, esto es, el derecho a no ser perturbado. La consecuencia natural del ejercicio de este ámbito del derecho a la intimidad es, que la persona tenga la posibilidad de tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público" (Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Sentencia de Fondo de 29 de noviembre de 2011, párr. 48).

8. Sin embargo, la evolución de las sociedades contemporáneas, en las que es habitual la manipulación y traslado de toda clase de información a través de distintas plataformas ha generado que esta dimensión negativa del ejercicio del derecho a la intimidad sea insuficiente. Consecuentemente, en la actualidad se reconoce, además, una dimensión de carácter positivo, a través de la cual se exige que el Estado adopte las medidas que sean indispensables para su adecuada tutela, lo cual abarca la posibilidad del titular de la información de poder resguardarla frente al accionar de terceros, incluso del propio Estado.

9. Nuestro texto constitucional reconoce, del mismo modo, ámbitos concretos en que se exige el respeto del derecho a la intimidad. De hecho, el propio texto constitucional reconoce diversos supuestos en los que se demanda el respeto de este derecho. Así, el artículo 2, inciso 5, de la Constitución, que reconoce el derecho de acceso a la información, establece explícitamente que deben exceptuarse todas "las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional". En

términos similares, el artículo 2, inciso 6, dispone que los servicios informáticos, sean de carácter público o privado, no se encuentran habilitadas para suministrar informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

10. En esa misma línea, este Tribunal no puede soslayar que la evolución de las sociedades ha tenido una especial repercusión en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad. De hecho, cierto sector de la doctrina ha hecho referencia a una suerte de "intimidad económica", a través de la cual se impide que el Estado o terceros accedan a determinada información financiera de las personas naturales o jurídicas. A fin de dilucidar este aspecto, conviene precisar dos cuestiones fundamentales: (i) si la intimidad, como derecho, abarca la protección del secreto bancario y la reserva tributaria; y, de verificarse ello, CID establecer si las personas jurídicas pueden ser titulares de este derecho”.

2.4.5.3 La autodeterminación informativa en el Expediente N° 1797-2012-HD/TC

Según la sentencia del Expediente N° 1797-2002-HD/TC, la autodeterminación informativa es:

“El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2° de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder

jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad” (Fundamento 3).

Por lo que, la autodeterminación informativa tiene una naturaleza subjetiva y para ser respetada deben respetarse otros derechos reconocidos en la norma fundamental. Como dice Morachimo (2011): “el derecho a la intimidad protege al individuo de intromisiones ilegítimas en su vida íntima, mientras que el derecho a la autodeterminación informativa le garantiza la facultad de poder cuidar su vida privada cuidando sus datos personales”.

2.4.5.4 El uso del internet y la vulneración de la intimidad personal en el Expediente

N° 00655-2010-PHC/TC

6. Que el Tribunal Constitucional es consciente 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 la internet. La prensa tiene una responsabilidad constitucional y ética con los Derechos Fundamentales de la Persona y el Principio de Dignidad consagrado en el artículo 1° de la Constitución.

7. Que por ello, 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.

2.5 Contenido y límites del derecho a la libertad de expresión en la sociedad de la información

La libertad de expresión es la facultad que tenemos las personas para comunicar nuestros pensamientos y que solo puede desarrollarse en una sociedad, sin sociedad la libertad no tendría sentido, solo encuentra sentido en cuanto exista un receptor. En este caso la comunicación siempre se realiza a través de canales de comunicación, los que están relacionados con la evolución tecnológica que tenga determinada sociedad. Por lo que, en la actualidad la comunicación tradicional (la hablada) no es la única, sino, que los medios tecnológicos han generado diversos y más complejos canales de comunicación. En su gran mayoría los teóricos sociales consideran que nos encontramos en la llamada sociedad de la información.

Claramente establece de la Mata (2014): “En esta Sociedad la injerencia en la vida de la persona trasciende la cuestión de los límites que tradicionalmente han definido el ámbito de la intimidad y reclama un debate en el que se apela a la necesidad de protección en el mundo virtual. Aquí es donde hay que recontextualizar un derecho a la vida privada que reclama, también, la tutela de los datos -la información- personales que permiten configurar una personalidad en línea, que, a la larga, condiciona -o puede hacerlo- comportamientos y posibilidades en una sociedad en la que los perfiles y la identidad digital marcan decisiones no sólo del mercado sino incluso del aparato estatal”.

2.5.1 La sociedad de la información

Existen gran cantidad de definiciones, que analizan desde diferentes puntos de vista lo que conocemos como sociedad de la información, sin embargo, una definición global, sería la de Crespi y Cabañate (2010):

“La sociedad de la información Una definición actual y ampliamente extendida de la sociedad de la información es aquella que habla de una sociedad en la cual la creación, distribución, difusión, uso e integración de la información es una actividad económica, política y cultural significativa, pero estas definiciones o bien son demasiado concretas o demasiado amplias”.

Otro de los aspectos de la sociedad la información es el de ciberrealidad, o la realidad en la www, que como señala de la Mata (2014), la ciberrealidad es alimentada por datos de todo tipo e ingresado de diversas formas, de forma voluntaria e involuntaria por los usuarios.

2.5.1.1 Definición basada en la tecnología de la sociedad de la información

Consiste en el uso extendido y casi democrático de los medios tecnológicos, los mismos que se encuentran conectados, superando los límites de internet y afecta todas las estructuras sociales. Es innegable que incluso los sectores pobres de la sociedad pueden y acceden a la tecnología por haberse convertido en una necesidad primordial del hombre moderno.

2.5.1.2 Definición basada en la cultura de la sociedad de la información

La definición más usada científicamente para explicar la sociedad de la información es la que usa como fuente la cultural. Para teóricos como Baudrillard nos encontramos en lo que llama “hiper- realidad”, en una sociedad donde los contenidos están devaluados y donde la sobre abundancia de información llega a todos, gracias a la accesibilidad de los mismos, pero que, genera también contenido sin valor o basura.

2.5.2 Libertad de expresión y sus límites

La libertad de expresión tiene un doble componente o que se expresa en dos libertades específicas. La libertad de expresar opiniones, ideas o pensamientos personales, conocida también como libertad de opinión o libertad de expresión en estricto sentido; y la libertad de informar o recibir información. (García, 2012)

La información expresada debe ser real y verificable, además que en su ejercicio no se abuse de dicho derecho irrespetando los derechos de los demás. En el caso de las opiniones están pueden rectificarse de ser el caso y tiene límites en la antijuricidad, apologías perseguidas penalmente, etc.

Los límites y restricciones a la libertad de expresión podrían estar dirigidas a prohibir la difusión de un contenido o la forma de este, un ejemplo de la prohibición de contenido es

la apología al terrorismo mientras que de forma es la prohibición de hacer propaganda política durante la jornada electoral.

Además, toda restricción a la libertad de expresión deberá contar con requisitos indispensables, que son formales y sustantivos, con el fin de no caer en restricciones ilegales y/o abusivas.

El requisito formal está constituido por la norma que establece la restricción y se relaciona con las características que debe tener la norma. Además, debemos tener en cuenta el sustantivo, es decir debe estar fundamentada en la protección de otro bien jurídico.

Es importante señalar que en el caso peruano el Tribunal Constitucional todavía no define claramente una línea jurisprudencial respecto a este punto.

La Constitución alemana de 1949 en su artículo 5° manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal.

La Ley Constitucional austríaca sobre la protección de la libertad personal de 1988 establece que todos tendrán derecho de expresar su pensamiento, pero dentro de los límites legales (artículo 13).

El instrumento de gobierno de Finlandia de 1919 establece en su artículo 8 que se garantiza a todos la intimidad, el honor personal y la inviolabilidad del domicilio y que habrá una ley que establecerá normas a detalle sobre la salvaguardia de los datos de carácter personal. Dicho numeral también establece que será inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas y cualquier otro tipo de comunicaciones confidenciales. Por su parte, el artículo 10 que establece que todos gozarán de libertad de expresión y que la ley determinará normas sobre el desarrollo de

dicha libertad de expresión pudiéndose establecer por la misma, además, las limitaciones necesarias para la protección de la infancia.

Por su parte, la Constitución de la República portuguesa establece en su artículo 34 la inviolabilidad del domicilio y de su correspondencia y demás medios de comunicación privada, y en el artículo 35 prevé de manera detallada reglas sobre la utilización de la informática, como son el que todo ciudadano tendrá derechos a tener conocimiento de lo que conste en forma de registros informáticos acerca de él y de la finalidad a que se destinan estos datos y podrá exigir su rectificación y actualización; prohíbe el acceso a ficheros y registros informáticos para el conocimiento de datos personales referentes a terceros, prohíbe también la utilización de la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, afiliación a partidos o a sindicatos, fe religiosa o vida privada, salvo si se trata de datos estadísticos no identificables individualmente. Por otra parte, el artículo 37 relativo a la libertad de expresión y de información señala que existirá completa libertad para expresar el pensamiento por diversos medios así como el derecho de informar, informarse y ser informados sin impedimentos ni discriminaciones pero que las infracciones que se cometan en el ejercicio de estos derechos quedarán sometidas a los principios del derecho penal y su apreciación competará a los tribunales judiciales. También en este artículo se asegura a cualquier persona individual o colectiva en condiciones de igualdad y de eficacia el derecho de réplica y de rectificación, así como el derecho de indemnización por daños y perjuicios.

La Ley de 1994 que reforma el Instrumento de Gobierno de Suecia establece en su capítulo segundo, artículo 1° que todo ciudadano tendrá libertad de expresión y de información y que en lo que se refiere a la libertad de prensa y de expresión por radiodifusión, televisión y cualesquiera otros medios análogos, estarán regidos por la ley

de libertad de prensa y por la ley fundamental de libertad de expresión. Mientras que el artículo 13 establece que podrán limitarse la libertad de expresión y de información en atención a la seguridad del Reino, al abastecimiento de la población, orden y seguridad públicos, a la reputación de las personas, a la intimidad de la vida privada, o a la prevención y persecución de delitos.

El artículo 18 de la Constitución española de 1978 que establece que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, así como también a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones de todo tipo y en especial a las postales, telegráficas y telefónicas y que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. El artículo 20 de la misma Constitución española reconoce y protege los derechos de expresión y difusión libre de pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio; así como, la libertad de información que establece que dichas libertades tienen su límite, en el respeto a los derechos reconocidos por la propia constitución y en las leyes que los desarrollan y específicamente consagra como límite de éstas, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

2.5.3 Derecho a la intimidad al buen nombre y la honra

El Derecho a la intimidad al buen nombre y la honra puede verse vulnerado por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión (con sus dos componentes).

Al difundir información u opinión públicamente esta no debería ser falsa, tergiversada o tendenciosa respecto a una persona, lo que conllevaría su desprestigio personal o daño al buen nombre. La vida íntima puede dañar o desprestigiar a una persona, pues sí, dado que por ejemplo podría contener información sensible como creencias u orientaciones

sexuales, rechazadas por la comunidad o por su entorno social, siendo el motivo por el cual determinada información ha sido reservada al ámbito estrictamente íntimo.

2.5.4 Libertad de expresión y medios de comunicación masiva

Es más importante destacar que los avances tecnológicos y comunicativos han dado lugar a la llamada *mass media*, a la realidad virtual y a las redes sociales.

La libertad de expresión, por tanto, adquiere características distintas cuando se realiza a través de un medio de comunicación masivo, dependiendo de cada tipo de medio. Cada medio usado para ejercer el derecho a la libertad de expresión repercute en las posibles limitaciones que pueden ser impuestas. (Rodríguez, 2017)

En este sentido la difusión masiva de información que permiten las nuevas tecnologías y el efecto que logra sobre su audiencia, conlleva riesgos y puede generar conflictos con otros derechos protegidos por la Ley.

Las nuevas tecnologías vienen desplazando a los medios tradicionales de comunicación e información, y son ahora determinantes en las relaciones sociales actuales y del ejercicio de ciertos derechos.

Al respecto en la Sentencia T-256 del año 2012 de la Corte Constitucional de Colombia se dice:

“Dentro de las tecnologías de la información y las comunicaciones, sobresalen por su uso masivo y cotidiano las redes sociales, en tanto que es un medio social a través del cual se puede compartir, comunicar, y entretener pero que, al mismo tiempo, implica un aumento exponencial de las capacidades de sus usuarios que tienen la posibilidad de intercambiar información, propagar ideas, participar activamente y facilitar relaciones personales”. “Dentro de estas redes sociales,

Facebook, por ejemplo, permite a sus usuarios crear una cuenta y un perfil con sus datos personales y establecer una red de contactos con quienes aquellos pueden interactuar, cruzar mensajes de manera instantánea, compartir fotografías, contenidos gráficos o de video, difundir información, ideas y opiniones, e incluso jugar entre ellas por medios de plataformas de tecnología virtual, y esto a nivel global”. (Sentencia T-145 del año 2016 de la Corte Constitucional de Colombia)

2.5.5 Impacto de las redes sociales en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

Para Rodríguez (2017) existen dos impactos resaltantes:

Primero; las redes sociales se muestran como una posibilidad para ejercer de manera exponencial el derecho a la libre expresión, con un alcance masivo que no ofrecían los medios tradicionales de comunicación y que tienen accesos restringidos, ya que, cualquier persona es potencialmente un productor y difusor de contenidos de cualquier tipo.

Segundo; el ejercicio a la libre expresión está enmarcado hoy, innegablemente en el contexto tecnológico en el que cualquier persona desde cualquier parte del mundo puede producir y difundir contenidos con la capacidad de alcanzar de forma casi inmediata a un gran público. Esto quiere decir que el derecho a la libertad de expresión como los derechos que se afectan con su ejercicio abusivo tiene un nuevo contexto, ya que, con el uso de las nuevas tecnologías cambia la forma en la que se usa y percibe la información.

En una red social, el libre acceso y la disposición del contenido de lo que se publica, que es difundida de forma inmediata y masiva, del que en muchos casos se pierde el control dado la espontaneidad con la se puede re-comunicar, necesita un real y especial atención respecto a la información difundida, ya que puede afectar gravemente derechos de terceras personas.

Las personas tienen el derecho a disponer como quieren verse y cómo quieren ser percibidos por el resto de las personas, conocido como el derecho a la imagen: las personas pueden disponer la divulgación de información de la vida íntima, conocido como el derecho a la intimidad; a la honra y buen nombre, respecto la percepción que tienen la sociedad respecto a uno mismo.

Rodríguez (2017) establece que:

1. Las redes sociales pueden convertirse en centros de amenaza, en particular para los derechos fundamentales a la intimidad a la imagen y a la honra.
2. Cuando se presentan amenazas o violaciones a derechos fundamentales en una red social, el problema de índole jurídico debe resolverse a la luz de las disposiciones constitucionales y no a partir de la regulación establecida por la red social en la que se produzca.
3. Las tecnologías de la información y comunicaciones (redes sociales y otras) potencializan el daño causado a las víctimas de acoso y maltrato.
4. El derecho a la intimidad se transgrede cuando se busca vulnerar el derecho a la intimidad o se difunde información íntima verdad o falsa que no ha sido dispuesta por su titular-
5. Junto con la vulneración de la intimidad, son posibles de vulnerarse en las redes sociales: el derecho a la imagen, el derecho al buen nombre y la honra.
6. El derecho a la libertad de expresión, ejercido por cualquier medio, tiene límites establecidos legalmente.
7. El ejercicio de la libertad de expresión no puede socavar la intimidad personal aun cuando tenga fundamentos noticiosos o informativos. (p. 259)

La Declaración conjunta sobre la libertad de expresión en internet de las Organización de Naciones Unidas del año 2011, señala: “La libertad de expresión en internet se regula del mismo modo que en todos los medios de comunicación, por lo que las redes sociales no son un lugar que garantice o permita sin ninguna restricción”. O sea, las nuevas tecnologías permiten expandir las posibilidades del ejercicio a la libertad de expresión, pero siempre en el marco legal

2.6 El uso de internet y redes sociales en el Perú

2.6.1 Internet en el Perú

El internet es un complejo y descentralizado conjunto de redes de comunicación interconectadas y heterogéneas entre sí, que forman una red lógica.

Su servicio más exitoso es la World Wide Web (WWW), que básicamente permite consultar archivos desde cualquier punto de acceso.

De acuerdo con el Informe Técnico Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares⁵, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática el 51.7% de la población de mayor a 6 años edad del Perú accedió a Internet domiciliario, 5.7 % más en comparación al 2016.

En Lima Metropolitana la población que usa internet es de 71.7%, en el resto de las ciudades el uso es de 56.6% y en el área rural tan solo de 13,9%.

Un dato impactante es que el 70.4% de la población usa diariamente internet. Debemos destacar en este dato que el uso de los llamados teléfonos inteligentes o smartphone ha contribuido a que un grueso grupo de la ciudadanía tenga la capacidad de acceder a

⁵ https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-n02_tecnologias-de-informacion-ene-feb-mar2017.pdf

internet a través de sus dispositivos móviles y obviamente a las redes sociales. Es importante también destacar que la cobertura ha crecido exponencialmente esto debido a la creciente dinámica entre oferta y demanda en el mercado de las Telecomunicaciones, Osiptel proyecta que para el 2020 el 100% de los centros poblados a nivel nacional contarán con cobertura, esto democratiza el servicio y derecho a las telecomunicaciones y expone a la totalidad de la población peruana a los riesgos que conlleva el uso de internet.

2.6.2 Las redes sociales

Surgen a inicios del siglo XXI convirtiéndose en fenómeno tecnológico y social, básicamente las redes sociales interconectan usuarios con motivos diversos, entretenimiento, compartir información, etc.

Cornejo y Tapia (2011) indican que por uso masificado y gran capacidad para transmitir información es posible afirmar que son uno de los principales protagonistas de la sociedad del conocimiento. Su uso se facilita por ser generalmente de acceso gratuito, al respecto es pertinente recordar la frase: “Si es gratis, es porque usted es el producto”, es una frase que cada vez cobra más sentido teniendo en cuenta la valorización de la información personal.

“Las Redes son formas de interacción social, definida como un intercambio dinámico entre personas, grupos e instituciones en contextos de complejidad sistema abierto y en construcción permanente que involucra a conjuntos que se identifican en las mismas necesidades y problemáticas y que se organizan para potenciar sus recursos. Una sociedad fragmentada en minorías aisladas, discriminadas, que ha desvitalizado sus redes vinculares, con ciudadanos carentes de protagonismo en procesos transformadores, se condena a una democracia restringida. La intervención en red es un intento reflexivo y organizador de esas

interacciones e intercambios, donde el sujeto se funda a sí mismo diferenciándose de otros.” (Conclusiones de las jornadas sobre Gestión en Organizaciones del Tercer Sector citadas por Cristina Alemañy Martínez, 2001).

Las redes sociales unen a las personas con algún o algunos intereses en común, usando las potencialidades que brinda el internet para transmitir información que para quien la requiera es valiosa. Por ejemplo, una red social de científicos compartirá información que para sus miembros pueda tener gran valor, valor que el común de personas no percibirá; en el mismo sentido una red social de pedófilos compartirá información ilegal y socialmente rechazada pero que para sus miembros guarda gran y especial valor. Como vemos las redes sociales maximizan el valor del contenido que comparten.

Para Antón (2012), las redes sociales *on line* son hoy un ejemplo más de la Web 2.0 o de la denominada Web colaborativa, en la que Internet deja de ser un foco de información, para convertirse en un espacio virtual retroalimentado en el que los usuarios consumen, pero también aportan múltiple información.

Red social *on line* como aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión de unos usuarios con otros y su interacción. De esta forma, se crea el fenómeno más relevante que es el de las vinculaciones entre usuarios miembros de las redes. Estas se miden en grados, donde el primer grado sería los contactos directos, el segundo grado el contacto de los contactos y así sucesivamente, de tal manera que a mayor número de usuarios mayor número de vinculaciones, y por tanto incremento de la Red. Y sobre este fenómeno se crea la teoría de los 6 grados de separación, es decir que

el número de enlaces crece exponencialmente con el número de enlaces de la cadena (p.220).

Según Cueto et al. (2009), las redes sociales son la expresión moderna de lo que antes mostraban los sociogramas: consistentes en una serie de puntos representando individuos, unidos mediante líneas que representan relaciones. Se debe agregar que frente al tradicional criterio de poder de una red social, basada en el poder de los individuos, ahora aparece otro ligado al número de individuos. La importancia del análisis de las redes sociales posiblemente sea uno de los aspectos clave en los que Internet ha cambiado los mecanismos de poder.

2.6.2.1 Uso de redes sociales en el Perú

En el Perú de acuerdo a DATUM INTERNACIONAL (2017), Las actividades principales de las personas en internet consistente en:

1º Uso de redes sociales (76%).

2º chatear (50%).

3º buscar información (47%).

4º uso de correo electrónicos (30%).

En el Perú los nativos digitales o llamados *millennials* que comparten la característica de haber nacido y crecido en un entorno tecnológico, por lo que, son el grupo poblacional que más usa internet y que son parte de una red social casi unánimemente, es así que el mismo estudia que para este grupo “Facebook se posiciona como la preferida por todos con un 92%, sin distinción de edad, género o nivel socioeconómico. A continuación, está

Whatsapp con un 64%. Le sigue Google+ (29%); y en posiciones siguientes están Twitter (23%), Instagram (14%) y Snapchat (4%) respectivamente”.

2.6.2.2 La red social Facebook

Dice Cueto et al. (2009):

“Es el portal más representativo y usado a nivel mundial donde se pueden tejer redes sociales. Dentro de Facebook, podemos subir imágenes, videos, crear grupos, utilizar sus diversas aplicaciones, entre otros aspectos más que hacen de esta plataforma, la más exitosa. En inicios era de uso exclusivo de universitarios, pero en setiembre del 2006, se amplió sus fronteras permitiendo así que cualquier persona que tenga un correo pueda acceder a dicho portal”.

En el 2017 de acuerdo con estadísticas de We Are Social y Hootsuite fueron más de 2,167 millones de usuarios activos con los que contaba Facebook. En el Perú 19 millones de peruanos se conectan a Facebook mes a mes. Además, 18 millones se conectan a la red social mediante un celular, lo que representa el 80% de usuarios activos mensuales (El Comercio, 2017).

Controversias sobre la seguridad de Facebook

En el mes de abril del 2018 Mark Zuckerberg fue interrogado ante miembros del Senado de los EE.UU debido a la filtración de información usada en la campaña presidencial del mencionado país y es que la red social es capaz de saber nuestra ubicación, actividades recientes, preferencias, deseos, entre otros, lo que distingue esta información es que en el caos de Facebook no necesitamos llenar un formulario y entregarlo, Facebook ya lo sabe, basta revisar las publicaciones que realizamos.

Es frecuente encontrar la frase “Facebook es gratis y lo será siempre” es el mensaje que vemos cada vez que ingresamos a esta red social. “Si el producto no te cuesta, significa que tú eres el producto”, señala Corrado Daly, ingeniero informático, la red social utiliza el siguiente modelo de negocio: “De acuerdo con los intereses y consultas realizadas, se colocan avisos publicitarios que resultan particularmente pertinentes y provocan respuesta de los usuarios. Al mismo tiempo, esa información se facilita a los anunciantes para afinar campañas y *targeting*”, precisa el Dr. Eduardo Villanueva Mansilla, especialista en comunicación y tecnología y docente del Departamento de Comunicaciones. Tanta es el dominio de Facebook sobre la información que tiene, que por ejemplo es el titular de las fotos que se suben a su base de datos.

La ONG Hiperderecho (2018) informo que la manera que tiene Facebook de conectar anunciantes con público específico se realiza a través de Algoritmos inteligentes, “Se trabaja con algoritmos desarrollados para texto y multimedia. Estos toman y contrastan toda la información que tienen sobre ti y construyen un perfil”, dice la investigadora del Grupo Inteligencia Artificial PUCP, Mg. Analí Alfaro. Corrado Daly añade que se utiliza web scraping, con lo cual se obtiene las cosas que un usuario publica, como *likes*, comentarios, enlaces, fotos, eventos, ubicación, post de texto, entre otros. Después que se tiene el registro de millones de personas, se categoriza en grupo de gente o, como se dice en *data mining*, se *clusteriza*. “Se podría segmentar y definir, por ejemplo, que toda la población del sur del Perú tiene tendencia por cierto partido político”, comenta Alfaro. Incluso, es posible tener un mayor nivel de profundización y encontrarse *clusters* más pequeños.

Es decir, Facebook tiene la capacidad si es que no lo hizo ya, de categorizar al detalle a cada uno de sus usuarios.

En el caso de la privacidad, el primer paso para resguardar nuestra privacidad es ser conscientes de que cualquier información publicada va a ser recabada por terceros. De otro lado, es muy importante que se lea con detenimiento los términos y condiciones de cada servicio instalado, algo que, por la premura y el deseo de usarlo lo antes posible, muchos usuarios no hacen. A ese descuido también colabora que tenga una longitud extensa y esté escrito con letras pequeñas.

A raíz de los cuestionamientos al manejo de la información de los usuarios que tiene Facebook por el caso Cambridge Analytica, Mark Zuckerberg admitió que se tiene que cambiar la ley de protección de datos, pero también señaló que hay que ser cuidadosos con la regulación.

Tipos de vulneración de la intimidad personal en Facebook

Ya que es posible establecer patrones de comportamiento o gustos, estos datos personales han sido ya comercializados en Estados Unidos, la información de sus usuarios es vendida a empresas (Facebook settles FTC Charges, 2011). Y es con las

Uso de datos de los perfiles de usuarios, el perfil contiene salvo disposición en contrario información de carácter privado y en general delicado, sin embargo “La gente no sabe cómo pueden ser compartidos sus datos personales. Se acaba compartiendo su información privada con personas no autorizadas por su desconocimiento, la complejidad de los marcos de privacidad y la ausencia de control otorgado a los usuarios es igualmente responsable de la transferencia involuntaria de información” (Zainab & Mamuna, 2012: 124).

Constantes e inopinados cambios en la política de privacidad y reconocimiento facial. En 2011 la Comisión de Protección de Datos de Irlanda (DPC) denunció a Facebook por

ausencia de claridad en las políticas de protección de privacidad. La empresa fue instada a revisar sus políticas que eran demasiado complejas. O'Brian indica que: el reconocimiento facial contraviene la política legal de protección de datos europea, Facebook no ha realizado ninguna modificación para adecuar su software a las leyes comunitarias, usa un software analítico para compilar archivos fotográficos de caras humanas, basado en las fotografías subidas por los miembros de Facebook, el cual ha tenido problemas en Europa, donde las leyes de protección de datos requieren del consentimiento explícito de los individuos para ser llevado a la práctica (2012). Facebook también tiene el derecho de cambiar la política de privacidad sin previo aviso y sin consentimiento expreso de los miembros de la red.

La incógnita si Facebook almacena o se apropia de la información que el usuario ingresa, quizás solo sea un juego de palabras pero es peligrosa, Tello (2013) ha establecido que al crearse un perfil, el usuario otorga a Facebook el derecho a almacenar de por vida sus datos. Expresamente lo establece la propia Licencia y Términos de uso firmada por cada usuario: “Nos concedes una licencia no exclusiva, transferible, con derechos de sub-licencia, libre de derechos de autor, aplicable globalmente, para utilizar cualquier contenido que publiques en Facebook o en conexión con Facebook” (Facebook Licencia y Términos).

A partir de estas vulneraciones a la intimidad han emergido diferentes grupos ciudadanos sobre todo en Europa que cuestionan el uso de la información de la plataforma con fines comerciales.

2.6.2.3 La red social Whatsapp

Indica el portal web oficial de la red social, que es una aplicación digital usada por más de mil millones de personas en más de 180 países que se usa para comunicarse “en

cualquier momento y en cualquier lugar”. Es de uso gratuito y ofrece las posibilidades de mandar mensajes y realizar llamadas, disponibles en cualquier teléfono con sistema operativo Android.

Cada usuario deberá tener un número de teléfono celular por medio del cual registrarse y que genere un perfil, este requisito es indispensable, y genera automáticamente que los contactos telefónicos sean potencialmente contactos en la red social. La información que se puede recibir y transferir es multimedia, textos, imágenes, audios y videos.

Más de dos usuarios pueden crear un grupo, es decir un conjunto de usuarios que tengan un interés en común, legal o ilegal. Es decir no se puede saber ni controlar la temática de los grupos y la información que se transmite, recibe o retransmite. La información compartida con otro usuario en Whatsapp es potencialmente incontrolable, porque la retransmisión es incontrolable, así como su almacenamiento y uso que puedan hacer los usuarios de esta.

El uso grupos, que consiste en listas de usuarios que permite enviar mensajes a todos los usuarios para ser recibido por todos los usuarios listados, es una posibilidades para mantener la comunicación entre más de dos usuarios, básicamente son chats grupales, puedes compartirse todo tipo de archivos, texto, fotos y videos con hasta 256 personas a la vez. También puede nombrar a su grupo, silenciar o personalizar notificaciones, entre otras opciones.

Whatsapp asegura ser de carácter privado y mantener un alto grado de seguridad, ya que cuenta con un sistema de cifrado extremo a extremo de usuario a usuario, sistema que impide sea hackeada externamente.

2.7 Análisis comparado de la protección penal de la intimidad personal

La protección de la privacidad en la actualidad está estrechamente vinculada a la cibercriminalidad y a la reacción que ante este fenómeno tienen los estados y los organismos internacionales. Sin descartar o relativizar otras previsiones de carácter administrativo o civil.

Ante el fenómeno de esta cibercriminalidad o mejor denominado delincuencia informática, se han ofrecido respuestas articuladas como el Convenio sobre cibercriminalidad aprobado en Budapest el año 2001, o en Europea, la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo de Europa, del año 2005, sobre ataques contra los sistemas de información, de muy amplio contenido.

Se puede resumir que en Europa se ha optado por penalizar los ataques masivos a las bases de datos, a los sistemas financieros, a la intimidad personal, etc, es decir a hacer tipos penales abiertos.

Como de la Mata (2014), en contraposición, Estados Unidos, ha establecido tipos penales desde concretos ámbitos de actuación, respondiendo a las realidades sociales y económicas específicas, peor que se enfoca sobre todo en bienes jurídicos de corte patrimonial y en la protección de información financiera.

Un tercera corriente es la de Francia, que en su Código Penal con las leyes 2004-575, 2004-801 y 2009-526 introduce tipos penales contra la personalidad, crea con la Ley 2012-410, relativa a la protección de la identidad, un específico Capítulo III, dentro del Título II del Libro III del texto penal, dedicado a los atentados contra los sistemas de tratamiento automático de datos, en un tránsito que va de la tutela de los intereses estrictamente personales a la tutela de lo que en Francia se define como otros bienes. Con esto se rompe el tradicional tratamiento de delitos vinculados a la informática y se

establece una doble protección: por una parte, la reformulación de la tutela de clásicos intereses de corte individual frente al uso de las TICs (la intimidad personal, el honor, el buen nombre, etc) y, de otro lado, se incorpora tipos penales protectores de los sistemas informáticos y los datos, como nuevos bienes dignos de tutela (de la Mata, 2014).

El uso masivo de las TICs no significa que la protección clásica de la vida privada sea inútil u obsoleta. Ahora, la intimidad no es vulnerada solamente de forma física, sino ahora es también digital. La evolución es parte de este bien jurídico, sino recordemos en el siglo pasado penalización de la violación de la inviolabilidad del domicilio, fue ampliándose al añadirse la interceptación de las comunicaciones.

2.7.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Es un acuerdo multilateral firmado en 1969 por la mayoría de los países americanos es conocido también como Pacto de San José, establece en cuanto a la intimidad:

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.*

Aunque el reconocimiento no es expreso, es tácitamente claro, es decir su interpretación es obvia, se tiene que el respeto a la intimidad personal es parte del respeto a la dignidad

humana, esta dignidad se ve mellada con injerencias arbitrarias en la vida privada o intimidad de las personas.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o 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.

Establece la libertad de pensamiento y expresión determinando que no deberá existir previa censura, pero que el ejercicio de esos derechos estará sujeto a responsabilidades ulteriores, mismas que deberán estar expresamente fijadas por la ley y que deberán tender a asegurar entre otras cuestiones, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

Al respecto la Corte Interamericana de Derecho Humanos Conforme CASO TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ desarrolla los siguientes conceptos de derecho a la vida privada, honra, libertad de pensamiento y expresión en el marco de la Carta Interamericana de Derechos Humanos:

“2) El derecho a la vida privada

55. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. La Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada.

56. El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”.

57. Por último, el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la

estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.

2) La libertad de pensamiento y de expresión

109. Respecto al contenido de la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás.

110. Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

111. Por su parte, el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección”.

2.7.7.1 Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y protección de datos personales

El Comité Jurídico Interamericano adoptó la “Propuesta de Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas” en su octogésimo período

ordinario de sesiones, celebrado en México, D.F., mediante la resolución CJI/RES. 186 (LXXX-O/12) (marzo de 2012). El objetivo es instar a los Estados Miembros de la Organización a que adopten medidas para que se respete la privacidad, la reputación y la dignidad de las personas.

“El concepto de privacidad

El concepto de privacidad está consagrado en el derecho internacional. Se basa en los conceptos fundamentales del honor personal y la dignidad, así como en la libertad de expresión, pensamiento, opinión y asociación. Hay disposiciones relativas a la protección de la privacidad, el honor personal y la dignidad en los principales sistemas de derechos humanos del mundo. En las Américas, estos conceptos están claramente establecidos en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el derecho a la privacidad. Además, la constitución y las leyes fundamentales de muchos Estados Miembros de la OEA garantizan el respeto y la protección de la privacidad, la dignidad personal y el honor familiar, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, los datos personales y conceptos conexos”. (CJI, 2015).

En coherencia con este derecho fundamental, los principios de la OEA tienen sustento en los conceptos de autodeterminación en lo que respecta a la información, la ausencia de restricciones arbitrarias del acceso a los datos, y la protección de la privacidad, la identidad, la dignidad y la reputación. Así mismo está establecido que el derecho a la privacidad no es absoluto y en determinadas circunstancias puede ser restringido.

El mencionado Informe da grandes pasos y realiza definiciones trascendentales que ayudaran al resto de países a establecer marcos regulatorios relacionados con las TIC:

Datos personales.- Es la información que identifica a una persona, especialmente por referencia a un número de identificación o a uno o más factores referidos específicamente a su identidad física, fisiológica, mental, económica, cultural o social. En los principios, la palabra “datos” se usa intencionalmente en un sentido amplio a fin de conferir la protección más amplia posible a los derechos de las personas afectadas. Análogamente, la palabra “datos” podría interpretarse en el sentido de que no incluye compilaciones de hechos que, tomados en conjunto, permitan sacar conclusiones sobre la persona o las personas en particular. Por ejemplo, los detalles relativos a la estatura, el peso, el color del cabello y la fecha de nacimiento de dos personas podrían constituir “datos” que, al compararlos, revelen la “información” de que son hermano y hermana o tal vez gemelos idénticos. A fin de promover la mayor protección posible de la privacidad, estos principios se aplicarían en ambos casos y no permitirían que un controlador de datos efectuara distinciones de ese tipo. A efectos de estos principios, solo la gente (personas físicas) tiene intereses en materia de privacidad, a diferencia de los dispositivos, las computadoras o los sistemas mediante los cuales interactúan. Tampoco tienen intereses en materia de privacidad las organizaciones u otras personas jurídicas con las que tratan.

Los datos personales definen las características particulares de una persona natural, es decir tienen relación con la identidad.

Controlador de datos.- Es la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo u organización que (solo o junto con otros) se encarga del almacenamiento, el procesamiento, el uso, la protección y la difusión de los datos en cuestión. En general abarca las personas físicas o jurídicas o las autoridades facultadas

por las leyes nacionales para tomar decisiones con respecto al contenido, el propósito y el uso de un archivo de datos o una base de datos. En algunas circunstancias, esta frase se aplica también a entidades que pueden describirse como “recopiladores de datos”, ya que, en la mayoría de los casos, la entidad que almacena, usa y difunde los datos personales también se encarga (de manera directa o indirecta) de recopilarlos.

Es el caso de las bases de datos o aplicaciones de internet, un claro ejemplo es el constituido por las redes sociales.

Procesador de datos.- Se refiere específicamente a la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo u organización que procesa los datos en cuestión. Por lo general, el procesador de datos es diferente del recopilador de datos. En algunos casos, el controlador de datos podría ser también el procesador de datos o podría efectuar arreglos para que otros se ocupen del procesamiento sobre la base de una relación contractual. La frase “procesamiento de datos” se usa en un sentido amplio y abarca toda operación o conjunto de operaciones realizado con datos personales, como recopilación, registro, almacenamiento, alteración, recuperación, divulgación o transferencia.

Las redes sociales cumplen esta información ya que por medio de sofisticados sistemas pueden procesar nuestros datos e incluso definir tendencias, es decir, categorizan a los usuarios.

Autoridad responsable de la protección de datos.- Algunos Estados Miembros de la OEA han establecido organismos reguladores Nacionales que se encargan de establecer y hacer cumplir leyes, normas y requisitos relativos a la protección de datos personales a fin de mantener la uniformidad en todo el país. En otros Estados Miembros se han establecido normas y autoridades en materia de protección de datos en distintos niveles del gobierno (nacional, regional y municipal). En otros, los sistemas de reglamentación difieren según

el sector o la esfera de actividad (bancaria, médica, educacional, etc.) y la responsabilidad podría estar distribuida entre organismos reguladores y entidades privadas con responsabilidades legales específicas.

Sin embargo, no existe uniformidad por parte de los Estados Miembros al momento de dotar de atributos a sus autoridades responsables de la protección de datos personales, sin embargo, se busca que el marco normativo que los sustente sean apropiados y eficaces para proteger la privacidad y las libertades individuales con respecto a los datos personales. Además, se deben crear medios razonables para el ejercicio derechos y fomentar la autorregulación en los controladores de datos y los procesadores de datos. Esto no será posible si no tienen potestades sancionadoras y recursos para su funcionamiento. En el caso peruano la autoridad consagrada es La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (APDP).

Titular de los datos.- Es la persona cuyos datos personales se recopilan, procesan, almacenan, utilizan o difunden.

Datos personales sensibles. - Son una categoría más estrecha que abarca los datos que afectan a los aspectos más íntimos de las personas físicas. Según el contexto cultural, social o político, esta categoría podría abarcar, por ejemplo, datos relacionados con la salud personal, las preferencias sexuales, las creencias religiosas o el origen racial o étnico.

Estos datos por su calidad merecen protección especial porque, ya que, si se manejan de forma indebida, podrían generar graves perjuicios para la persona, estos son gradúan su sensibilidad de acuerdo con factores culturales.

2.7.2 Protección penal de la intimidad en Estados Unidos

Es necesario tener en cuenta que los Estados Unidos se organizan como una república federal, es decir que es un conglomerado de estados independientes y con cierta autonomía, en el aspecto legal, cada estado cuenta con un propio cuerpo normativo penal, sin embargo, existen leyes federales que son aplicables en toda la jurisdicción de la república.

2.7.2.1 “*The right to be let alone*” y la cuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos

También resulta importante mencionar lo que en los Estados Unidos de América se ha llamado el “derecho a ser dejado en paz” o “a ser dejado solo” (*the right to be let alone*), que se refiere a un derecho a la privacidad consistente en no estar obligado a participar en la vida colectiva y por tanto, el poder permanecer aislado de la comunidad sin establecer relaciones y que implica también el permanecer en el anonimato, el ser dejado en paz sin ser molestado y el no sufrir intromisiones en la soledad física que la persona reserva sólo para sí misma.

La frase “*the right to be let alone*” o el derecho a estar solo, fue inicialmente acuñada en 1879 por el juez Thomas M. Cooley, que es parte de un tratado de las garantías de la Cuarta y Quinta Enmiendas como formas de protección de la esfera privada de la persona. Se garantiza la protección de los ciudadanos frente a la acción del Gobierno, principios que son parte del Derecho constitucional estadounidense a través de la cláusula de la Cuarta Enmienda que prohíbe registros y requisas injustificadas de personas y domicilios.

Indica al respecto Lopes (2015):

Estas facultades de la Privacy, no son absolutas, sino limitadas por el propio Common Law, como ya lo referimos y como se desprende de la decisión judicial

Barrows VS. Bell, ante las exigencias del bienestar general o de la equidad y estas a título enunciativo son:

1. El Derecho a la Intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general.
2. El Derecho a la Intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación y libelo, sería calificada de información privilegiada.
3. El derecho no otorgaría, probablemente, ninguna reparación por violación de la Intimidad cuando la publicación se haga en forma oral y sin causar daños especiales.
4. El Derecho a la Intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento. Esto es una aplicación de la ley de propiedad literaria y artística.
5. La veracidad de lo que se publica no supone una defensa. Se impide la publicación incorrecta de la vida privada y el que pueda ser descrita.
6. La ausencia de "malicia" en quien hace público algo no constituye defensa.

Como afirma Saldaña (2011), en el siglo XX el Tribunal Supremo ha venido señalado expresamente como intereses protegidos por la Cuarta Enmienda la libertad individual, la integridad personal, la inviolabilidad de la persona.

La inviolabilidad de la persona incluye todos sus aspectos, materiales e inmateriales, y es un notable desarrollo jurisprudencia ya que la Constitución de los Estados Unidos no reconoce claramente el derecho a la privacidad, a pesar de esto su Tribunal Supremo, ha

considerado implícito en las garantías de la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta enmiendas. Por tanto, en el sistema constitucional Norteamericano el derecho a la privacidad es un concepto bastante desarrollado, que se ha desarrollado a lo largo de más de un siglo al delimitarse progresivamente aquellos ámbitos de la esfera privada que tienden a preservar esos intereses de soledad, secreto, autonomía, individualidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, control de la información personal, esta defensa férrea son para el Tribunal Supremo garantía para preservar la democracia.

Hoy se concibe el derecho a la privacidad como autonomía personal, se ha evolucionado hasta convertirse en un derecho fundamental protegido por la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda constitucional. Sin embargo, este derecho es limitado y casi siempre protege sólo la privacidad de la familia, el matrimonio, entre otros.

La dimensión de la autonomía de la persona en el derecho a la privacidad se desarrolló especialmente en casos relacionados a los derechos reproductivos. La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez el derecho independiente a la privacidad en el marco de la protección implícita en las primeras diez enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos o *Bill of Rights* en el caso *Griswold* contra *Connecticut*. En este caso, se invocó el derecho de privacidad de las personas casadas para anular una ley que prohibía la anticoncepción. La Corte clasificó este derecho como fundamental y, de ese modo, solicitó que toda violación por parte del gobierno estuviese justificada por intereses del Estado.

2.7.2.2 The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 110-175, 121 Stat. 2524, and Public Law No. 111-83, § 564, 123 Stat. 2142, 2184 (FOIA)

Nos referimos a la Ley de Libertad de Información que el marco en el que actúa la Oficina de Servicios de Información Gubernamentales o el Enlace Público de FOIA.

Es una ley federal referida a la libertad de información que permite la revelación total o parcial de información y documentos no publicados anteriormente controlados por el FOIA.

La Ley de Libertad de Información del Gobierno Federal no debe confundirse con las diferentes y variadas leyes de libertad de información aprobadas por cada Estado. Muchos de esos actos estatales pueden ser de iguales características, pero no idénticos al marco federal.

La Ley se aplica únicamente a las agencias gubernamentales de la rama ejecutiva estas deben cumplir varios requisitos para satisfacer una solicitud pública de información, las agencias también están sujetas a sanciones por obstaculizar el proceso de una petición de información, a pesar que esta ley permite que en teoría toda la información de sus base de datos sea accesible, están previstas nueve exenciones, que van desde una retención "específicamente autorizada bajo criterios establecidos por una orden ejecutiva para mantenerse en secreto en defensa de la defensa nacional o política exterior" y "secretos comerciales" hasta "invasión claramente injustificada de privacidad personal".

Las nueve excepciones del FOIA tienen relación con la sensibilidad y derechos personales, son:

1° Específicamente autorizado según los criterios establecidos por una orden ejecutiva que se mantendrá en secreto en interés de la defensa nacional o la política exterior y de hecho están debidamente clasificados de conformidad con dicha orden ejecutiva.

2° Relacionado únicamente con las reglas y prácticas internas de personal de una agencia.

3° Específicamente exento de divulgación por estatuto, siempre que tal estatuto exija que los asuntos sean ocultados al público de tal manera que no deje a tipos particulares de asuntos que se retendrán.

4° Secretos comerciales e información comercial o financiera obtenida de una persona y privilegiada o confidencial.

5° Los memorandos o cartas interinstitucionales o intrainstitucionales que no estarían disponibles por ley para una parte que no sea una agencia en litigio con la agencia.

6° Los archivos personales y médicos y archivos similares cuya divulgación constituiría una invasión claramente injustificada de la privacidad personal.

7° Los registros o información recopilados con fines policiales, pero solo en la medida en que razonablemente se espere que la producción de dichos registros o información pueda interferir con los procedimientos de ejecución, privaría a una persona de un derecho a una feria juicio o una adjudicación imparcial, se podría esperar razonablemente que constituya una invasión injustificada de la privacidad personal, se podría esperar razonablemente que revele la identidad de una fuente confidencial, incluida una agencia o autoridad estatal, local o extranjera o

cualquier institución privada que proporcionó información de manera confidencial y, en el caso de un registro o información compilada por una autoridad de aplicación de la ley penal en el curso de una investigación criminal o por una agencia que realiza una investigación legal de inteligencia de seguridad nacional, información proporcionada por una fuente confidencial, divulgaría técnicas y procedimientos para investigaciones o enjuiciamientos de aplicación de la ley, o sería un disco perder las pautas para las investigaciones o enjuiciamientos de la aplicación de la ley si se pudiera esperar razonablemente que dicha revelación corra el riesgo de eludir la ley, o podría razonablemente esperarse que ponga en peligro la vida o la seguridad física de cualquier persona.

8º Información contenida o relacionada con informes de exámenes, operaciones o condiciones preparados por, en nombre de, o para el uso de una agencia responsable de la regulación o supervisión de las instituciones financieras.

9º información y datos geológicos y geofísicos, incluidos mapas, sobre pozos.

Como es evidente la FOIA cubre una amplia gama de datos, en realidad todos los que por su importancia necesitan protección, respecto a la intimidad personal es importante destacar que esto es producto del valor que tiene para la sociedad y leyes estadounidenses la libertad, cuyo uno de sus aspectos es la libre disposición de la propia información.

2.7.2.3 Electronic Communications Privacy Act (ECPA)

La Ley de Privacidad de Comunicaciones Electrónicas de 1986, es una Ley para enmendar el título 18 del Código de los Estados Unidos, con respecto a la interceptación de determinadas comunicaciones, otras formas de vigilancia y para otros fines es conocida también por acrónimo ECPA. fue promulgada por el Congreso de los Estados

Unidos para ampliar las restricciones gubernamentales sobre las llamadas telefónicas para incluir transmisiones de datos electrónicos por computadora (18 USC § 2510 et seq.), establece disposiciones que prohíben el acceso a las comunicaciones electrónicas almacenadas, es decir, la Ley de Comunicaciones Almacenadas (SCA, 18 USC § 2701 et seq.), y las disposiciones añadidas de la llamada trampa que permiten el rastreo de las comunicaciones telefónicas (18 USC § 3121 et seq.), que fue diseñado principalmente para evitar el acceso no autorizado del gobierno a las comunicaciones electrónicas privadas. La ECPA ha sido enmendada por la Ley de Asistencia de Comunicaciones para Aplicación de la Ley (CALEA) de 1994, la Ley PATRIOTA de los EE. UU. (2001), los actos de reautorización de PATRIOTA de EE. UU. (2006) y la Ley de Enmiendas de FISA (2008).

2.7.2.4 Electronic communications privacy act united states code title 18 : Crimes and criminal procedure

Nos referimos a la Ley de privacidad de comunicaciones electrónicas código de los Estados Unidos título 18: crímenes y procedimiento penal parte I : crímenes capítulo 119: interceptación de cables y comunicaciones electrónicas e interceptación de comunicaciones orales.

Se sancionan las siguientes conductas:

Segundo. 2511 - Se prohíbe la interceptación y divulgación de comunicaciones por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2512 - Fabricación, distribución, posesión y publicidad de comunicaciones por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2513 - Confiscación de dispositivos interceptadores de comunicaciones por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2514 - Derogado. Pub. L. 91-452, título II, §227 (a), 15 de octubre de 1970, 84 Stat. 930

Segundo. 2515 - Prohibición de uso como evidencia de cable interceptado o comunicaciones orales.

Segundo. 2516 - Autorización para la interceptación de comunicaciones por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2517 - Autorización para la divulgación y uso de comunicaciones interceptadas por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2518 - Procedimiento para la interceptación de comunicaciones por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2519 - Informes relativos a comunicaciones interceptadas por cable, orales o electrónicas.

Segundo. 2520 - Recuperación de daños civiles autorizada.

Segundo. 2521 - Sentencia contra interceptación ilegal.

Segundo. 2522 - Aplicación de la Ley de asistencia de comunicaciones para la aplicación de la ley.

2.7.3 Protección penal de la intimidad personal en los Estados Unidos de México

2.7.3.1 La intimidad personal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución Mexicana no ha previsto literalmente la protección de la intimidad personal, sin embargo, reconoce derechos asociados. En ese sentido el Art. 16º de la Constitución establece el derecho a no ser molestado por la autoridad y la inviolabilidad de las comunicaciones y correspondencia, los tres contenidos del derecho a la intimidad.

2.7.3.2 Código Penal Federal Mexicano respecto a los delitos contra la intimidad personal

Este Código no hace una mención expresa de la intimidad personal como bien jurídico protegido, pero si sanciona delitos contra el honor, revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas de informática.

La vulneración de la intimidad personal, se encuentra previsto en el Código Penal el el Título X, Capítulo I, que trata del descubrimiento y revelación de secretos, en los artículos 197 a 201 y que tratamos seguidamente.

Delito de descubrimiento y revelación de secretos

Elementos del tipo son: el apoderamiento de papeles o cartas de otro, que tales documentos contengan secretos, y que dicho apoderamiento se lleve a cabo con la intención de divulgarlos.

En el artículo 197 del CP, se castiga el descubrimiento y la vulneración de la intimidad de otro, de la siguiente forma:

El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

La Pena por la difusión o revelación del secreto: Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

La Pena según los datos revelados: Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima

fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

La Pena según la finalidad: Si los hechos se realizan con fines lucrativos – económicos -, se impondrán las penas respectivamente previstas en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

La Pena por la difusión del secreto: Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La Pena según la relación con la víctima: La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

El uso de medios o programas informáticos para vulnerar la intimidad o revelar los secretos

El instrumento delictivo ha de ser un programa informático que sirva por sí mismo o previa adaptación, para cometer tales delitos, o facilitar una contraseña

de ordenador o un código de acceso, que permita acceder a todo o parte del sistema informático. Se tipifica en el art. 197 ter CP de la siguiente forma:

Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197.

El delito de acceso y vulneración de medios informáticos

En el artículo 197° bis del CP, es un delito de los que podría considerarse como delito informático puro y se castiga al que acceda o de acceso, a los sistemas informáticos de otro, para vulnerar los secretos que tenga guardados o bien se acceda no estando autorizado para ello, a dichos secretos, usando medios ilegales de acceso, como puede ser vulnerando o accediendo a la contraseña mediante programas de hacker o pirata informático.

1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de

información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

Necesidad de la denuncia de la persona agraviada para la persecución del delito contra la intimidad personal

1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 (cometidos por autoridad o funcionario público), ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. (art. 201)

La extinción de la acción por el perdón del ofendido:

El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del artículo 130. (Art.201º CP)

2.7.3.3 Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares

El 22 de diciembre de 2011 se promulgó el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP) que tienen que ver con el ejercicio del derecho ARCO.

Básicamente se establece que:

1.- La persona física a quien corresponden los datos personales es el titular de los mismos y por consecuencia le pertenecen y decide sobre de ellos.

2.- Los particulares que recaben, almacenen, difundan y utilicen datos personales estarán obligados a cumplir con la LFPDPPP. La ley aplica a los profesionistas que prestan sus servicios de manera independiente.

3.- Las personas físicas y morales que realicen el tratamiento de los datos personales se denominan como Responsables.

Antes de la obtención de los datos personales, el Responsable deberá designar a un departamento para tramitar las solicitudes de los titulares, para el ejercicio de los derechos, así como para fomentar la protección de datos personales en el interior de la organización.

4.- Los derechos ARCO son: Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición de los datos personales, derecho que se le confiere al Titular de estos.

El Titular de los datos personales podrá acudir ante el Responsable solicitando el Acceso para que éste le explique qué datos usa, qué datos comparte y con qué finalidad los utiliza.

En cuanto a la Rectificación, los Titulares de los datos personales pueden solicitar ante el Responsable que ajuste aquella información incompleta o inexacta.

Respecto de la Cancelación, el Titular podrá solicitar que los datos personales sean eliminados siempre y cuando éstos no sean motivo del cumplimiento de algún vínculo jurídico entre ellos.

Finalmente, la Oposición es la petición que formula el Titular de los datos personales para que no sean utilizados para ciertos fines.

5.- La LFPDPPP contempla la posibilidad de que algunas conductas llevadas a cabo por el responsable puedan ser sancionadas tales como:

- No cumplir con la solicitud del Titular para el derecho ARCO, sin razón.
- Declarar dolosamente la inexistencia de datos personales, cuando exista total o parcialmente en las bases de datos del responsable.
- Omitir en el aviso de privacidad.
- Incumplir el deber de confidencialidad.
- Cambiar sustancialmente la finalidad originaria del tratamiento de los datos, sin observar lo dispuesto por el artículo 12.
- Transferir datos a terceros sin comunicar a éstos el aviso de privacidad que contiene las limitaciones a que el titular sujetó la divulgación de los mismos.
- Vulnerar la seguridad de bases de datos, locales, programas o equipos, cuando resulte imputable al responsable, entre otros.

2.7.4 Protección penal de la intimidad en Chile

2.7.4.1 La intimidad en la Constitución de la República de Chile.

La Constitución Política de Chile establece, en el Art. 19º, numeral 4 “*el respeto y la protección a la vida privada*” de la persona y de su familia. A continuación, en el Art. 19º, numeral 5, se refiere a la “*inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada*”.

La garantía del Artº 19, numeral 4 utiliza el concepto de “vida privada” y no el de “privacidad”, puesto que el concepto de vida privada, según los integrantes de la comisión

encargada de su redacción, se encontraba más desarrollado en el lenguaje común, había un reconocimiento por parte de la colectividad de que lo que se respeta es la vida privada y que “privacidad” era un término menos conocido, extraño a nuestro lenguaje (ONG Derechos Digitales, 2014).

El sostenido el TC (Tribunal Constitucional Chileno) ha establecido en reiterada jurisprudencia que el derecho a la vida privada es un derecho personalísimo, expresión de la dignidad y la libertad humana y que, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto, sino que está sujeto a las limitaciones que se realicen mediante leyes que cumplan con finalidades constitucionales y que hayan sido dictadas conforme las reglas que ella misma determina (Alvarez, 2013).

2.7.4.2 Código Penal Chileno respecto a la intimidad personal

Art. 161 – A.- Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

Díaz (2007) hace una severa crítica, indicando:

“La vida privada de las personas está protegida penalmente por el párrafo quinto De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia, del Código Penal; artículos 161-A y 161-B, introducidos en 1995 por la Ley N° 19.423, los cuales muestran los desafortunados resultados de una forma de legislar apresurada. En efecto, la protección a la intimidad del artículo 161-A del Código Penal, contiene una confusa redacción que denota imprecisiones de política legislativa y, que generan dificultades interpretativas en su aplicación, se regulan distintos tipos penales que exigían un tratamiento autónomo; sin justificación quedan desprotegidas las intrusiones no autorizadas en la vida privada de alguien, realizadas en lugares públicos; no es claro si es punible la comisión del delito efectuada por uno de los intervinientes en la comunicación o actuación de "carácter privada", pues este último concepto no ha sido determinado, quedando aquella labor en manos del intérprete, en última instancia del juez; la causal de justificación contemplada en el inciso cuarto del artículo no indica el parámetro utilizado para la autorización de la conducta; entre otras críticas”

2.7.4.3 Ley de Protección de Datos de carácter personal N° 19628 (LPDP)

La Ley N° 19628 regula el trato de los datos de carácter personal, en registros o bancos de datos, por organismos públicos o privados, y es uno de los estatutos Normativos más relevantes sobre la materia (Rosti3n, 2015).

Rosti3n afirma que es posible indicar que en la LPDP existe un presupuesto inamovible, la necesidad de consentimiento expreso o de una fuente legal que permita la comunicaci3n de datos de car3cter comercial o financiero. Estos presupuestos se han visto resaltados con la acogida actual del principio de protecci3n de datos y de autodeterminaci3n informativa.

Esta Ley data del a3o 1999, fundamentado es que es necesario asegurar al individuo el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, especialmente, el respeto a su intimidad ante el cada vez m3s frecuente tratamiento automatizado de los datos de car3cter personal.

Hoy esta Ley se encuentra en proceso de actualizaci3n, es decir se busca modificarla para que pueda ser garante efectiva ante los retos que enfrenta la nueva realidad.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

Sobre la adopción de un método de investigación respecto a derecho sustantivo hemos usado un método netamente cualitativo.

3.1 Enfoque cualitativo

En su función explicativa el estudio de sistemas penales sustantivos debe ser coherente con su marco sustantivo general (Constitución). Ahí se enmarca las normas penales.

Mientras que, en su función prescriptiva, el investigador no solo conoce fielmente la esencia del contenido de su objeto de estudio, sino emite un juicio de valor aspirando a modificarla con el objeto de hacerla útil y dinámica para la sociedad.

En el aspecto teórico, el método patrón a seguir durante la presente investigación será el método cualitativo, es decir, se realizará un análisis de las normas que definen la intimidad personal, su protección penal y su relación con los nuevos usos de la tecnología en este caso las redes sociales.

Paralelamente, en el diagnóstico de la situación actual y de la realidad social se empleó el método exegético, con el fin de hacer aplicable los resultados de nuestro análisis.

3.2 Ámbito de estudio

La investigación se encuentra circunscrita geográficamente al Perú, dado que nuestras normas solo son aplicables al territorio Nacional, teniendo en cuenta además a la jurisprudencia y doctrina nacional sobre el tema. Así mismo, se realizó un análisis comparado sobre la protección penal de la intimidad en por lo menos tres países, jurisprudencia y doctrina internacional, relevante al tema.

3.3 Universo y muestra

El universo de la Investigación abarcó a la Normatividad Nacional e Internacional sobre la protección penal de la intimidad en las redes sociales:

3.3.1 Normatividad Nacional:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Penal Peruano.
- Ley de Delitos Informáticos N° 30096.
- Ley de protección de datos personales N° 29733

3.3.2 Normatividad Internacional:

- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Carta Interamericana de Derechos Humanos.
- Informe del Comité Jurídico Interamericano: Privacidad y protección de datos personales (Período ordinario de sesiones OEA/Ser.Q 23-27 de marzo de 2015 CJI/doc. 474/15 rev.2 Rio de Janeiro, Brasil 26 marzo 2015).

3.3.3 Estados Unidos:

- The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, As Amended By Public Law No. 110-175, 121 Stat. 2524, and Public Law No. 111-83, § 564, 123 Stat. 2142, 2184.
- Electronic communications privacy act united states code title 18 : Crimes and criminal procedure, PART I : Crimes.

- Executive Order 13526- Classified National Security Information.

3.3.4 México:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal Mexicano.
- Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares.

3.3.5 Chile:

- Constitución de la República de Chile.
- Código Penal Chileno
- Ley de Protección de Datos de carácter personal N° 19628

La delimitación geográfica es en el Perú y los países que tendremos en cuenta para el análisis comparado.

3.4. Descripción de métodos por objetivos específicos

Objetivos específicos:

1° Establecer el concepto de intimidad personal desarrollado por la legislación nacional, su desarrollo jurisprudencial y doctrinario.

2° Establecer, explicar y evaluar cuáles son los supuestos de vulneración de la intimidad en las redes sociales que superan lo previsto por la legislación penal peruana y su análisis comparado.

3° Determinar si existe la necesidad de desarrollar tipos penales que permitan una protección adecuada de la intimidad acorde a los avances tecnológicos y plantearlos de ser el caso.

3.4.1 Para el Primer Objetivo Específico

Método Deductivo

Porque se caracteriza de un razonamiento que parte de un conocimiento general en este caso el de la intimidad personal, para así derivar en varias proposiciones que generalmente son singulares o particulares, para esclarecer y tener un conocimiento minucioso del tema.

Se desarrolló una serie de afirmaciones basados en la aplicación de la lógica formal, bajo el siguiente modelo:

Si “x” entonces “y”; donde “x” es una proposición que al ser verdadera deriva en “y”, una nueva proposición verdadera y condicionada.

Este método se inicia con el análisis de los postulados formulados como proposiciones y, mediante la deducción, el razonamiento y las suposiciones, entre algunos aspectos, se comprueba su validez para aplicarlos en forma particular.

Así podemos entender que la conclusión deductiva es una cadena de afirmaciones, cada una de las cuales constituye una premisa o una afirmación que se continúa directamente de acuerdo con las leyes de la lógica de las demás afirmaciones de la cadena.

Método de la Observación

A través de fichas documentales diseñadas para la unidad de información específica, que permitieron trasladar la información relevante al tema a un instrumento físico de recolección de datos.

Para establecer el concepto de intimidad personal observamos el tratamiento de este concepto en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Cada fuente de información se observó analíticamente y se trasladó la información relevante a una ficha documental, se requiere un modelo de ficha específico para cada fuente y tipo de información, que consignará la información pertinente a la variable que buscamos definir.

3.4.2 Para el Segundo Objetivo Específico

Método Deductivo

Porque se caracteriza de un razonamiento que parte de un conocimiento general en este caso la Normatividad Nacional e Internacional sobre la protección penal de la intimidad personal para así derivar en varias proposiciones que generalmente son singulares o particulares, para esclarecer y tener un conocimiento minucioso del tema.

El análisis de la información se realizó a través de la presentación de posturas doctrinarias, y sumado a ello se hará uso de los métodos de interpretación y argumentación jurídica para sentar una posición respecto del problema planteado.

Se desarrolló una serie de afirmaciones basados en la aplicación de la lógica formal, bajo el siguiente modelo:

Si “x” entonces “y”; donde “x” es una proposición que al ser verdadera deriva en “y”, una nueva proposición verdadera y condicionada.

Este método se inicia con el análisis de los postulados formulados como proposiciones y, mediante la deducción, el razonamiento y las suposiciones, entre algunos aspectos, se comprueba su validez para aplicarlos en forma particular.

Así podemos entender que la conclusión deductiva es una cadena de afirmaciones, cada una de las cuales constituye una premisa o una afirmación que se continúa directamente de acuerdo con las leyes de la lógica de las demás afirmaciones de la cadena.

Método de la Observación

A través de fichas documentales diseñadas para la unidad de información específica, que nos permitan trasladar la información relevante al tema a un instrumento físico de recolección de datos.

Para establecer supuestos de vulneración de la intimidad personal en las redes sociales que superan lo previsto por la legislación penal peruana y su análisis comparado, se requiere un modelo de ficha específico para cada fuente y tipo de información, que consignará la información pertinente a la variable que buscamos definir.

3.4.3 Para el Tercer Objetivo Específico

Método Deductivo

Porque se caracteriza de un razonamiento que parte de un conocimiento general, en este caso la necesidad de desarrollar tipos penales que permitan una protección adecuada de la intimidad personal acorde a los avances tecnológicos, para así derivar en varias proposiciones que consisten en propuestas de normatividad penal, de ser pertinente.

El análisis de la información se realizará a través de la exposición de la necesidad de desarrollar tipos penales que permitan la protección adecuada de la intimidad personal

acorde a los avances tecnológicos actuales, usando también los métodos de interpretación y argumentación jurídica para sentar una posición respecto del problema planteado.

Se buscó desarrollar una serie de afirmaciones basados en la aplicación de la lógica formal, bajo el siguiente modelo:

Si “x” entonces “y”; donde “x” es una proposición que al ser verdadera deriva en “y”, una nueva proposición verdadera y condicionada.

Este método se inicia con el análisis de los postulados formulados como proposiciones y, mediante la deducción, el razonamiento y las suposiciones, entre algunos aspectos, se comprueba su validez para aplicarlos en forma particular.

Así podemos entender que la conclusión deductiva es una cadena de afirmaciones, cada una de las cuales constituye una premisa o una afirmación que se continúa directamente de acuerdo con las leyes de la lógica de las demás afirmaciones de la cadena.

Método de la Observación

A través de fichas documentales diseñadas para la unidad de información específica, que nos permitan trasladar la información relevante al tema a un instrumento físico de recolección de datos.

Cada fuente de información se observó analíticamente y se trasladó la información relevante a una ficha documental, se requiere un modelo de ficha específico para cada fuente y tipo de información, que consignó la información pertinente a la variable que buscamos definir. Así mismo de ser el caso se deberá usar técnicas legislativas a fin de desarrollar tipos penales.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1 El rol de las TICs en la configuración del derecho penal

Nos encontramos en un contexto, donde absolutamente toda nuestra información relevante es rastreable y sobre la que no podemos realizar ningún control. Por lo que, es necesario que se establezcan principios, que permita que todos los ciudadanos estemos mejor protegidos y tengamos control sobre nuestra información.

Sin control sobre la información no se puede ejercitar apropiadamente la autodeterminación informativa, que no incluyen únicamente a los derechos ARCO, sino incluyen otras medidas como el derecho al olvido, impedimento de la geolocalización por aplicaciones, acceso a bases privadas por identificación con datos biométricos y a la protección penal de la intimidad personal frente a los riesgos que conlleva el uso cotidiano de las TICs.

El proceso de la llamada globalización, que no es otra cosa que la integración cultural, económica y social a escala global, tiene como marco un gran y complejo desarrollo de la tecnología de la información y comunicación (TICs), lo que influye de forma decisiva en todos los aspectos de la vida social humana, siendo uno de estos aspectos el derecho. Las TICs brindan a las personas nuevas formas de desenvolverse en sociedad y estos servicios se relacionan con la transmisión, procesamiento y almacenamiento de información digital, haciendo sumamente sencilla la comunicación.

Es con la sofisticación de las TICs y con su aplicación en internet, las causas que generaron una revolución en el campo de la comunicación, nuevas aplicaciones como las redes sociales han roto paradigmas en cuanto a comunicación se refiere. Por ejemplo en

la cantidad de información que puede comunicarse instantáneamente o en el tipo de información, etc.

Pero no solamente tenemos TICs para la comunicación interpersonal estas aplicaciones también han abierto nuevas posibilidades al desarrollo de lo público, cibergobierno, cibereducación y ciber salud, etc. Que hoy se consideran indispensables para lograr el desarrollo social, por las mejores respuestas que permiten brindar a las necesidades sociales.

Sin embargo, todos los beneficios generados por las TICs encierran grandes peligros, por cuanto hacen más vulnerables a las relaciones interpersonales y a los servicios públicos que tienen como marco internet, ya que al ser una red abierta es posible de ser atacada y usada en perjuicio de sus usuarios, sean estas personas naturales o cyber delincuentes, bandas o cyber bandas o incluso organizaciones gubernamentales. Entonces ante los peligros que presenta el nuevo marco de relaciones sociales, el derecho debe ser garante de que los derechos fundamentales consagrados por nuestros sistemas legales sean respetados. En el caso del derecho penal, deberá tener la capacidad de responder a los desafíos que proponen las nuevas características que adquieren las acciones ilícitas que pueden dañar bienes jurídicos ya protegidos, pero que en el marco del desarrollo y el uso de las TICs pueden causar daños mucho mayores a los tradicionalmente concebidos.

La situación de vulnerabilidad que representa el mundo informático, tiene las siguientes características:

1° La falta de jerarquía en la red o anarquía digital, que no permite establecer la verificación de la información que se almacena y trasmite en internet y sus aplicaciones;

2° La masificación de los usuarios a escala global;

3º El anonimato de los usuarios que genera impunidad en la persecución de delitos que realizan por internet y sus aplicaciones. Por lo que, el derecho penal debe mantenerse a la vanguardia que exigen las nuevas situaciones que enfrenta.

5.2 Los delitos cometidos por internet y el bien jurídico que vulneran

El bien jurídico tutelado en los delitos informáticos está obviamente relacionado con la información, pero en planos distintos pero relacionados, el primero se encuentra la información de carácter general (información digital almacenada y transmitida), y en el segundo plano, los demás bienes afectados a través de este tipo de delitos como son la indemnidad sexual, intimidad personal, la honra, etc. El primer plano tiene una característica que es su valor económico intrínseco y ha sido la razón de que sea considerado un bien jurídico tutelado. En el segundo plano su característica es que tienen un valor relacionado con la condición humana y su dignidad, que requieren que el tráfico de datos por medio de internet garantice su indemnidad.

5.3 Redimensionamiento de la intimidad personal

La intimidad personal se ha desarrollado como concepto, partiendo desde la concepción liberal de lo privado y personal de la Revolución Francesa, a convertirse en un valor y derecho fundamental reconocido y protegido por las Constituciones Contemporáneas.

El concepto de intimidad ha evolucionado debe entenderse como defensa de la información íntima del conocimiento público al control que tenemos sobre la información íntima que consideramos sensible. El uso de la tecnología y su desarrollo ha ido acompañado de la protección jurídica que se le da a la intimidad, evolucionando de la protección de la vida privada, vida íntima, datos personales, datos sensibles.

Los datos personales sensibles son una categoría más estrecha y son exclusivamente aquellos de contenido íntimo de las personas. Un elemento que problematiza más es el contexto cultural, social o político del titular de estos datos sensibles, pues de estos contextos dependerá que tanta información es considerada sensible.

La intimidad personal en redes sociales deberá entenderse como aquella información que voluntariamente o no incorporamos a la plataforma virtual y que por su contenido concierne únicamente a la esfera privada del titular que es a su vez emisor y de ser el caso del receptor seleccionado por el emisor. Por ejemplo: mensajes, fotos y videos transmitidos por medio de los canales de la red social de contenido íntimo, conciernen únicamente al emisor y receptor, cualquier intromisión en esta comunicación deberá considerarse una vulneración al derecho a la intimidad.

Del mismo modo si existiera un receptor de información íntima autorizado para tal caso por el titular de esta y este comparte esta información sin esta autorización, estaría cometiendo una vulneración a la intimidad personal del titular, ya que el titular (emisor) compartió esta información presumiendo su conocimiento y circulación restringida, salvo caso contrario en el que expresamente el titular de la información íntima autoriza la difusión de su información íntima.

La intimidad personal en redes sociales se pierde renunciando a esta, el titular con capacidad para obrar, comparte su información íntima sin limitación alguna, conociendo expresamente sus consecuencias y siendo consciente de lo mismo, de forma onerosa o gratuita, es decir dispone de su información y transfiere lo conocido solo íntimamente y lo convierte de dominio público.

Es por ejemplo el caso de los actores de pornografía adulta, que exponen su intimidad personal por medio de la red social. Sin embargo, cuando hay información íntima que

abarca a varias personas, no bastaría que esta información sea compartida por uno de los titulares para legitimar su difusión ya que las otras personas que no hayan autorizado su difusión se verían también afectados, por lo que, la titularidad de la información que sea compartida necesita la aprobación unánime de todos sus titulares.

5.4 La estela de la información

La comunicación por redes sociales tiene un grave riesgo en cuanto a la información intimidad personal que se ingresa, almacena y compara. Es la conocida estela de información o rastro digital, porque, toda la información que se introduce, almacena y transmite en la internet en este caso red social queda eternamente almacenada en los archivos de la empresa titular de la empresa que tiene los derechos sobre los mismos (debe tenerse en cuenta que al ingresar libre y voluntariamente nuestra información renunciamos implícitamente a esta) y la red; así como en los archivos de los que hayan recibido y retransmitido la información.

En el caso de redes sociales algunas como Whatsapp la información que transmitimos queda totalmente fuera de control del emisor, ya que su difusión no es controlable y no existe ningún filtro para evitar que la información se comparta entre usuarios. Es decir incluso pudiendo detectar que cierta información de la intimidad personal de alguna persona está siendo difundida sin autorización, no existirá forma física o tecnológica para detener este hecho.

5.5 El daño irreversible de la transmisión de información referida a la intimidad personal en redes sociales

Teniendo en cuenta el rastro digital o estela digital que deja la información en internet, que significa que toda la información ingresa a internet incluso al ser eliminada deja registros de su existencia; y el hecho de que una vez difundida la información se vuelve

incontrolable, debemos presumir que el daño es latente y permanente. No existe forma de evitar que la información íntima pueda borrarse, detectarse o impedir su constante difusión, esta información puede permanecer circulando sin control por tiempo ilimitado y por su contenido digital pasar de red social a red social, migrar de red social a bases de datos, etc. Las consecuencias y la casuística es amplia y en todos los casos es obvio el daño a la intimidad personal que supera la mera difusión interpersonal de información íntima.

5.6 La legislación penal no da el valor que merece al bien jurídicamente protegido de la intimidad personal

Queda claro que el bien jurídico protegido “la intimidad personal” es bien jurídico cada vez más vulnerable, por lo tanto, requiere de una mayor protección. En el código penal peruano los delitos relacionados con la violación de la intimidad personal no tienen pena efectiva, es decir se considera que el daño al bien jurídico no amerita la pena de cárcel. Sin embargo, teniendo en cuenta que los fines del derecho penal son la prevención, poco o nada se hace con penas tan leves. La protección penal de la intimidad resulta ineficiente.

El daño a la intimidad personal puede desencadenar una serie de daños irreparables al proyecto de vida de los afectados, pongamos el ejemplo, el caso de la pornografía de venganza, es decir publicar contenido sexual sin aprobación de los titulares, lo que conlleva el desprestigio moral y social, que afecta todas las esferas de la vida privada y pública.

5.7 Deficiencias de los tipos penales

El tipo penal de los delitos contra la intimidad personal, tiene como verbo rector la palabra vulnerar, es decir el agente activo será aquél que vulnera la intimidad personal, sin importar el fin que busque.

Del desarrollo del marco teórico demuestra que las funciones para acceder a la información que permiten las redes sociales, como la grabación de audios y videos, no habían sido consideradas como un agravante.

Esto ha cambiado, con la incorporación del artículo 154-B al Código penal por la Ley por el D. Leg 1410, estos supuestos son incorporados y que incluyen por primera el factor de las redes sociales:

“Artículo 154-B.- Difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual

El que, sin autorización, difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que obtuvo con su anuencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con treinta a ciento veinte días-multa.

La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la víctima mantenga o haya mantenido una relación de pareja con el agente, son o han sido convivientes o cónyuges.
2. Cuando para materializar el hecho utilice redes sociales o cualquier otro medio que genere una difusión masiva.”

Sin embargo, solo se refiere a contenido sexual, que es uno de los planos de la información íntima, es probable que el legislador no haya valorado que toda la información íntima y su difusión sin autorización del titular deben ser protegidas con la

misma severidad. Por ejemplo, la identidad sexual, el credo religioso, los gustos íntimos personales, etc.

Además, debe diferenciarse que la gravedad de difundir contenido sexual sin autorización del titular varia en el medio utilizado, es decir, por ejemplo, difundirlo mediante redes sociales será mucho más perjudicial que solo proyectarlo, así como la calidad de la víctima. Entonces el nuevo tipo penal sigue sin prever la gravedad de la violación de la intimidad personal por redes sociales.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se ha logrado determinar que la protección penal de la intimidad personal en las redes sociales en el Perú es deficiente. Ya que no se trata directamente la problemática y se realiza por interpretación extensiva. No se tiene en cuenta el redimensionamiento que tiene este bien jurídico protegido en el marco de la denominada era del conocimiento y el desarrollo de las TICs. Además, por la redacción de los tipos penales referidos a la intimidad personal, se concluye que no protegen al bien jurídico protegido y no prevén la magnitud del daño ocasionado, al extremo de configurarlo como perseguible por acción privada.

SEGUNDA.- Definimos el concepto de intimidad personal entendido como un derecho fundamental por el cual toda persona tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad y establecer que información resguarda en el fuero íntimo, privado y público. La intimidad personal está constituida por los datos sensibles, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del titular y de un grupo reducido de personas autorizadas por el titular, y cuya comunicación por terceros genera irreversibles daños.

TERCERA.- Se estableció que las redes sociales, al ser aplicaciones que permiten circular datos de todo tipo por la red, revisten una especial importancia en cuanto al manejo de datos que contengan intimidad personal, debido a que estas aplicaciones hacen que la información que se almacena y transmite ya no sea de disposición de su titular, y en casos como la de la red social Facebook se llega a transferir la titularidad de la información a la plataforma que los aloja. En otras palabras, la violación de la intimidad personal en redes sociales conlleva a un mayor daño a las clásicas formas de violación de la intimidad personal y que actualmente se hacen prácticamente irreparables.

CUARTA.- Debe considerarse como un agravante la violación de la intimidad realizada por medio de las redes sociales o aplicaciones análogas, y estas penas deben ir creciendo con las acciones de uso indebido, transmisión y suplantación que se hagan a partir del manejo de la intimidad personal vulnerada. Además, deberían preverse penas especiales por la violación de la intimidad por parte de los administradores o dueños de las redes sociales o aplicaciones análogas, la calidad de la víctima, la estela de información causada y el tipo de información íntima vulnerada.

QUINTA.- Se determinó que existe la necesidad de desarrollar tipos penales que permitan una protección adecuada de la intimidad personal acorde a los avances tecnológicos, hoy son las redes sociales y mañana podrán ser más sofisticadas aplicaciones de internet, pero no cambiará el hecho de que el derecho a la intimidad personal se encuentra cada vez más vulnerable, por lo que, nuestro cuerpo legal debe caminar de mano con los nuevos avances tecnológicos.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Se debe modificar la Ley de Delitos Informáticos, en el sentido de dotar a la norma penal, de una capacidad disuasiva mayor, además de incorporar atenuantes que incluyan supuestos como la vulneración de la intimidad por medio de aplicaciones como las características de las redes sociales, es importante contar con una legislación reglamentaria específica y apropiada que establezca de manera clara y con un criterio objetivo lo que comprende la vida privada o ámbito íntimo del individuo para así poder establecer con precisión los límites de estos dos derechos que en ocasiones parecen confrontarse estableciéndose una lucha entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad en el contexto de las TICs.

SEGUNDA.- En el caso del estudio comparado, se tiene que el tratamiento Mexicano es el más completo para este tema. Por lo que, deberíamos adoptar una legislación similar. Supone principalmente que frente a los riesgos tecnológicos que asumen los usuarios de internet deben primar los principios constitucionales.

TERCERA.- Se debería establecer que un tipo penal considere la siguiente redacción: el que vulnere información sobre la intimidad personal de una o más personas, usando plataformas virtuales que la contengan; el que comparta información sobre la intimidad personal por medio de plataformas virtuales que hagan imposible su control o reparación al estado anterior a su indemnidad. Además se deben establecer agravantes como la calidad de la víctima y victimario, formato de información, intencionalidad, cantidad de personas a las que potencialmente se transfirió ilegalmente la información íntima, etc. Como vemos existe un amplio abanico de posibilidades que requieren inclusive una ley penal especial.

CUARTA.- Es criticable que en el caso peruano se considere a este tipo de delitos como perseguibles por acción privada, si bien es cierto, la intimidad personal es un derecho personalísimo su protección importa a toda la sociedad, por lo que la acción debería ser pública o adoptar un modelo mixto. Por lo que, su persecución debe ser siempre pública.

VII. REFERENCIAS

- Alarcón Molina, M. & Cárdenas Ruiz, M.. (2005). *La violación de la intimidad, violación de domicilio y violación del secreto de las comunicaciones en el derecho pena*. Derecho y Cambio Social,5(2).
- Alexy, R. (2005). *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, en Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), 2a. ed, Madrid, Trotta.
- Álvarez Valenzuela, D.. (2013). *Vida privada en Chile: precisando los límites*. Obtenido de: <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/88790/vida-privada-en-chile-precisando-los-limites>
- Amoroso, Y.. (agosto,2015). *Sociedad Tecnológicamente avanzada, Sociocibernética e Infoética: Apuntes para un modelo legal*. Ciudadanas 2020 (3). Chile: Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías.
- American Psychological Association. (2010). *Manual de Publicaciones*. México: Editorial el Manual Moderno S.A.
- Antón, A. M. G. (2012). *El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales*. Revista De Derecho UNED, (10), 209-255. Obtenido de: <https://search.proquest.com/docview/1151104539?accountid=41232>
- Aranzamendi, L. (2008). *Epistemología y la investigación cualitativa y cuantitativa en el derecho*. Arequipa: ADRUS.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica*. Lima: Grijley.
- Cobos Campos, A. P. (2013). *El contenido del derecho a la intimidad. Cuestiones constitucionales*, (29), 45-81, Obtenido de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000200003&lng=es&tlng=es.
- Cordero Álvarez, C. I. (2012). *La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Tesis, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Obtenido de: <http://eprints.ucm.es/16299/>

- Crespi, A. & Cañabate A. (2010). *¿Qué es la Sociedad de la Información?*. Barcelona, CPET S.C.C.L.
- De la Mata Barranco, N. J. & Ubiñas, D. B. (2014). *La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?* *Revista De Derecho Penal y Criminología*, (11), 13-92. Obtenido de: <https://search.proquest.com/docview/1782076331?accountid=41232>
- De Miguel Asensio, P. A. (2012). *Internet, vida privada y redes sociales. En Internet y el futuro de la democracia* (págs. 97-118). Barcelona: Paidós.
- Dolores Cáceres, M., Ruiz San Román, J., & Brändle, G. (2009). *Comunicación interpersonal y vida cotidiana*. Cuadernos de Información y Comunicación, 14, 213-231.
- Danoso, L. (septiembre,2013). *Derechos Humanos y Derechos Fundamentales en la sociedad en Red*. Ciudadanas 2020 (2). Chile: Instituto Chileno de Derecho y Tecnologías.
- Díaz Tolosa, R. I. (2007). *Delitos que Vulneran la Intimidad de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno*. *Ius et Praxis*, 13(1), 291-314. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100011>
- Eguiguren Praeli, F. (2013). *Libertades de expresión e información, intimidad personal y autodeterminación informativa: contenido, alcances y conflictos*. Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Obtenido de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4750>
- Escudero Vilchez, O. (2013). *Derecho Fundamental a la Protección de los Datos personales*, 1º Edición, Lima, AFDP -MINJUS
- García González, A. (2007). *La protección de datos personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado*. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 40(120), 743-778. Obtenido de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300003&lng=pt&tlng=es.

- González Mantilla, G. (1993). *El Derecho a la Intimidación y la Informática*. Themis, (26), 66-77
- Ganoza, D. (2012). *Derecho: "Intimidación" en la doctrina peruana*. Obtenido de: <https://diegoganoza.wordpress.com/2012/03/19/derecho-intimidacion-en-la-doctrina-peruana/>
- García, J. (2010) *CIBERACISO: La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia: CEU.
- Gordo López, Á. (2008). *Los/as jóvenes y las tecnologías sociales: mitos e intereses*. Informe, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Sociología IV. Obtenido de: <http://eprints.ucm.es/42341/1/angel%20gordo%20%20Messenger%20X%20foro%20Juventud%20y%20Exclusi%C3%B3n%20Social%20marzo%2020081.pdf>
- Guardia Crespo, M. (2012). *Vida privada e íntima en los medios de comunicación en Bolivia*. Tesis, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Obtenido de: <http://eprints.ucm.es/15420/1/T33401.pdf>
- Hamelink, Cees J. (2015). *La ética del CIBERESPACIO*. México: Siglo XXI Editores.
- Lopes Da Cunha, T. M. (2015). *El derecho a la intimidad y la protección de datos en la era de la seguridad global. principios constitucionales versus riesgos tecnológicos/The right to privacy and data protection in the age of global security. constitutional principles versus technological risks*. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (48), 159-180. Obtenido de: <https://search-proquest-com.up.idm.oclc.org/docview/1675009673?accountid=41232>
- Martino, A. (2010). *Lógica informática, derecho y Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Noain Sánchez, A. (2017). *La protección de la intimidad y vida privada en Internet*. Tesis, Universidad Complutense de Madrid.
- Noguera Ramos, I. (2003). *Tesis de Post Grado*. Lima: EDDILI.

- O'Brien, K. (2012). *Germans Reopen Investigation on Facebook Privacy*. TheNewYorkTimes, 15-08-2012. Obtenido de: www.nytimes.com/2012/08/16/technology/germans-reopen-facebook-privacy-inquiry.html
- Ollero, A. (2000). *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal*. *Pensamiento y Cultura*, 3(1), 157-166.: Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia. Obtenido de: <http://www.redalyc.org/pdf/701/70116981010.pdf>
- ONG Derechos Digitales (2014). *La privacidad en el Sistema Legal Chileno*. Policy Paper. N°08. Chile. Obtenido de: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp-08.pdf>
- Ossorio, M. (2002). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* (28ª ed.). Buenos Aires: Heliasta.
- Paullet, Yves; Pérez, V. & Palazzi, P. (2009). *Derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pineda Gonzáles, J. A. (2008). *Investigación Jurídica*. Puno: Editorial Pacífico.
- Rebollo Delgado, L. (2000). *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid: Dykinson.
- Rovaletti, M. L. (2010). *Derechos humanos, sociedad de la información y sociedad de riesgo*. *Acta bioethica*, 16(2), 174-179. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2010000200010>
- Rostión, I. (2015). *Sobre la Ley de Protección de la Vida Privada: La importancia de una "fuente legal" y su aplicación en las Personas Jurídicas*. *Ius et Praxis*, 21(2), 499-522. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200014>
- Ruiz Miguel, C. (1992). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tesis, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Obtenido de: <http://eprints.ucm.es/2164/1/S0002101.pdf>
- Téllez Gutiérrez, C. (2015). *Nuevas tecnologías y nueva privacidad en el Código Penal peruano*, *Foro Jurídico PUCP* (14), 126-131

- Tello, L. (2013). *Intimidación y «extimidad» en las redes sociales. las demarcaciones éticas de Facebook/Intimacy and «Extimacy» in social networks. ethical boundaries of facebook*. Comunicar, 21(41), 205-213. Obtenido de : <https://search-proquest-com.up.idm.oclc.org/docview/1430245760?accountid=41232>
- Urquiza Olaechea, J. (mayo de 1998). *El Bien Jurídico*. CATHEDRA (3). Obtenido de: http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Delitos Informáticos Cybercrimes*. IUS ET VERITAS. (49), 285 – 304
- Zainab, A. & Mamuna, K. (2012). *Users' Perceptions on Face-book's Privacy Policies*. ARPN Journal of Systems and Software, 2, 3. Obtenido de: <http://scientific-journals.org/> (DOI. 10.1111/j. 1083-6101.2009.-01494.x)