

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

## INTERCEPTION, DISSEMINATION OF PRIVATE COMMUNICATIONS AND INFORMATIONAL FREEDOMS IN THE PERUVIAN JUDICIALIZATION PROCESS. WEIGHTING, LIMITS AND PUBLIC INTEREST.

*Juan De la Puente Mejía*

Abogado

Universidad de San Martín de Porres

[kotoshperu@gmail.com](mailto:kotoshperu@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-6302-497X>

Lima, Perú

Recibido: 15 de setiembre de 2020

Aceptado: 21 de octubre de 2020

### SUMARIO

- Introducción.
- La tensión de derechos
- La penalización
- La ponderación
- El interés público
- Conclusiones
- Bibliografía.

### RESUMEN

El trabajo aborda desde un nuevo ángulo el juicio mediático, a partir de la difusión de las interceptaciones obtenidas ilegalmente, dando cuenta de los movimientos en favor de la penalización de estas conductas, la ponderación en el proceso de judicialización, y el valor que adquiere el interés público como un concepto/principio y parámetro que permite administrar el conflicto entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

### ABSTRACT

The paper approaches the media judgment from a new angle, from the dissemination of illegally obtained interceptions, accounting for the movements in favor of the criminalization of these behaviors, the weighting in the judicialization process, and the value acquired

by the public interest as a concept / principle and parameter that allows managing the conflict between the secrecy of communications and information releases

### PALABRAS CLAVE

Interceptación ilegal, interés público, intrusismo, juicio mediático, libertades informativas, secreto de las comunicaciones.

### KEY WORDS

Illegal interception, public interest, intrusion, media judgment, informational freedoms, secrecy of communications.

### INTRODUCCIÓN

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

en el año 2030 las computadoras serán más inteligentes que el ser humano.

Esta predicción es tan exagerada como romántica. Pretende que el desarrollo tecnológico suprime los conflictos y las formas de encararlos, además de reducir el derecho a lo estrictamente normativo. Más allá de la deformación, refleja una lectura inocente de la tecnología, como un agente pacificador solitario de la sociedad y extintor de infracciones.

La irrupción de Internet ha impulsado la civilización hacia adelante. La sociedad de la información es una constante inevitable. Nos ha convertido en receptores y emisores al mismo tiempo, un hecho que potencia los derechos y las libertades, en tanto que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) forman un haz de sistemas y medios que nos integra, envuelve y relaciona.

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

Por ahora, en una clasificación inicial y general, los riesgos de Internet relevantes para el derecho son las amenazas sobre bienes jurídicos tradicionales como la intimidad (*sniffers*, *cookies*, *spyware*), el trasiego de datos personales de las grandes corporaciones, el patrimonio, suplantación de identidad, pornografía infantil, propiedad intelectual, entre otros; y el ataque a la infraestructura electrónica mediante el acceso no identificado, la difusión de virus, bombas lógicas (*malware*), entre otros (Barrio, 2018).

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

El cibercrimen no es propio de las personas o empresas sino también de los estados que recurren ilegalmente y de modo creciente a sistemas de vigilancia y de interceptación de las

comunicaciones de millones de ciudadanos a través de operaciones secretas bajo el pretexto de la seguridad nacional, una constante que Edward Snowden ha llamado capitalismo de vigilancia, y que opera con absoluta impunidad a pesar de las denuncias (Snowden, 2019). En esa dirección se inscriben las operaciones de estado contra estado para propósitos específicos; un ejemplo fue la estrategia de Rusia para interferir en las elecciones presidenciales de EE.UU del año 2016, conocido luego como la “trama rusa”, para ayudar a Donald Trump a ganar los comicios. Espías informáticos rusos llegaron a robar 50 mil correos de Hillary Clinton y lo publicaron a través del sitio web Wikileaks.

El presente trabajo se ocupa de establecer el estado de la cuestión señalando los elementos de la tensión entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas, los intentos de penalización de las violaciones al primero de estos, la ponderación de estas tensiones y el rol que desempeña el concepto/principio del interés público.

## LA TENSIÓN DE DERECHOS

La tecnología genera la expansión de derechos e incrementa el riesgo de su violación, de modo que la legislación intenta acortar la brecha de seguridad jurídica que genera esta interacción. El Perú ya sanciona el acceso ilícito, fraude informático, ataque a proveedores de servicios, suplantación de identidad, pornografía infantil, obtención ilegal de correos, espionaje, clonación de tarjetas, interceptación de comunicaciones electrónicas, comercio ilegal de equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones, entre otros ilícitos.

En el debate entre la tesis que asume que los delitos informáticos tutelan un bien jurídico específico, propiamente informático, diverso del que protegen los delitos tradicionales, y la otra que propone que los delitos informáticos no tutelan un bien jurídico específico, donde lo informático no es más que un contexto delictivo o un particular medio de afectación de bienes jurídicos tradicionales (Mayer, 2017), nos hemos decantado por lo primero, produciendo legislación específica, aun cuando también se ha impactado el Código Penal, especialmente el capítulo del secreto de las comunicaciones. Tres de sus artículos (162°, 162A° y 162B°)

son objeto de insistentes cambios o de intentos de cambio<sup>1</sup>.

En ese proceso, se registra la colisión entre el derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, y las libertades informativas. Esta colisión es reconocida y para resolverla se tiene jurisprudencia nacional e internacional y leyes, una realidad que se escribe todos los días y en la que sobresalen principios y teorías como de los Derechos Preferentes, Riesgo, Ponderación y Control Posterior, entre otros, actualizadas y recreadas en el contexto digital.

La relación conflictiva estalla en la medida que se hace más frecuente la interceptación de comunicaciones privadas que luego son difundidas en medios de comunicación. En la última etapa, en el Perú, se han tenido casos que permitieron apreciar la tensión explosiva entre ambos derechos especialmente los llamados “petroaudios”, “potoaudios”, “cornejoleaks”, el caso “Rudy Palma”, los “panamapapers”, entre otros.

Si el contenido de la interceptación implica la probable comisión de delitos, debe tenerse en cuenta que no todos se mediatizan, y cuando lo hacen las razones son distintas debido a fenómenos no siempre concurrentes, estableciéndose por lo menos dos tipos de delitos que interesan al público, el crimen mediático y el delito político mediático. En el primer caso, el morbo público opera como un gran dinamizador de la atención de los ciudadanos, y en el segundo, es decisiva la desconfianza a los líderes políticos y funcionarios del Estado, y el deseo de sanción de la corrupción. En el primer caso, lo sustantivo son la novedad y la trama, y en el segundo, el castigo a las malas prácticas y el fin de la impunidad.

La periodista Paula Corroto, autora del libro *El crimen mediático, por qué nos fascinan las noticias de sucesos*, señala las causas de la atención a estos hechos: 1) el desarrollo de las redes sociales; 2) la voracidad de los medios,

especialmente digitales; y 3) la canibalización informativa de la televisión, que marca la agenda noticiosa que arrastra a todos los demás medios (Corroto, 2019).

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

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

## LA PENALIZACIÓN

Es evidente que el intrusismo vuela y el derecho camina. El derecho penal ha encarado estos desafíos a través de procesos de reforma penal que, de acuerdo al profesor Ulrich Sieber (citado por Riquert, 2012), son: la primera reforma, a comienzos de la década de los años setenta, de la protección de la privacidad; la segunda, a comienzos de la década de los ochenta, de la represión de delitos económicos cometidos mediante ordenadores; la tercera, en la segunda mitad de la misma década, de la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la informática; y la cuarta, en la década de los noventa, de las reformas procesales referentes a la adquisición, preservación y validación en juicio de la prueba en entorno digital. El profesor Marcelo

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

Riquert (2012) ha añadido una quinta etapa, la de “la lucha contra el enemigo terrorista y la consolidación de un panóptico tecnológico” (pág. 4).

La difusión de las comunicaciones interceptadas ilegalmente es una conducta no recogida por el artículo 162° del Código Penal. Ello motivó la presentación de iniciativas para sancionarla. Una de ellas correspondió a la Corte Suprema, presentada en julio de 2011, en la que se planteaba sancionar con pena de prisión la difusión de comunicaciones obtenidas a través de una interceptación telefónica ilegal. Al momento de la presentación del proyecto, se habían presentado en el Congreso otras nueve iniciativas referidas al tema<sup>2</sup>.

En el proyecto de la Corte Suprema se afirmaba que los derechos comprometidos no se referían exclusivamente a la intimidad en su componente del secreto de las comunicaciones, sino a un “nuevo” derecho, que es el honor de las personas involucradas en las comunicaciones, conversaciones o imágenes privadas. El proyecto proponía la exención de la pena si el agente actúa “en interés de causa pública” para evitar o denunciar un delito perseguible de oficio, adoptando para el caso la opinión del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) expresada en las consultas llevadas a cabo por la Corte Suprema, que señalaba que únicamente el interés público en la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas indebidamente exonera de responsabilidades ulteriores a quien realiza dicha difusión, siempre que no se haya intervenido en las interceptaciones<sup>3</sup>.

La ley aprobada en el Congreso en razón de estos proyectos, especialmente del Poder Judicial, hizo dos modificaciones al artículo 162° Código Penal: incluyó entre las conductas típicas del delito la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente; y exceptuó de responsabilidad penal la difusión de una comunicación privada referida a un hecho delictivo o que contravenga el orden legal vigente.

La ley fue observada por el presidente de la República el 12 de enero de 2012. El argumento

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

La posición expresada en la observación era concurrente con la que señalaron el Consejo de la Prensa (CPP) y el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), especialistas y medios de comunicación, en el sentido que la iniciativa limitaba la libertad de informar en lo siguiente: 1) iba a impedir difundir comunicaciones que pudieran revelar hechos de connotación pública, como por ejemplo un accionar reprochable en lo ético o moral de altos funcionarios, aunque ello no constituyan un delito ni contravenga la ley; 2) las contradicciones de un gobernante entre su discurso público y privado, en asuntos de interés nacional; 3) la falta de idoneidad en el cargo por parte de un funcionario público o en lo referido a asuntos de interés público; y 4) la identificación de los autores de una campaña de difamación en contra políticos opositores al gobierno<sup>4</sup>.

Para efectos de la penalización, el caso Quimper presentó una concurrencia de los elementos bajo análisis, es decir, la interceptación con fines comerciales, la difusión con propósitos de transparencia pública, y el juicio mediático como una expresión -no la única- del interés público. Como en ningún otro, en este caso se apreciaron las tensiones entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

En el caso, la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) frente al el Recurso de Agravio Constitucional presentado por Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper (TC, EXP. N.º 00655- 2010-PHC/TC, 2008) desató un debate especialmente por el fundamento jurídico 23, que señaló.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de

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

3 Proyecto de Ley N° 04899/2010-PJ.

4 Los pronunciamientos del CPP y del IPYS se publicaron en diversos medios de comunicación en diciembre del 2011 y fueron reseñados por el periodista Fausto Rodríguez Sotelo (2011).

conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Frente a la polémica producida, el Tribunal Constitucional publicó rápidamente una resolución aclaratoria del fundamento N° 23 en la que señaló lo siguiente.

Que, en relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibida la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación. En caso de exceso tanto el periodista, como los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente.

Que los medios de comunicación social han entendido el fundamento 23 de la sentencia de autos como si se tratara de una censura previa. Con la finalidad de que dicho fundamento no sea malinterpretado, corresponde precisar, de oficio, que lo que debe ser sancionable es la conducta de quienes promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicados a las telecomunicaciones. No debe olvidarse que la propia Constitución establece en el artículo 2.10° que *“Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley”*. (TC, EXP. N° 00655-2010, p. 1)

De este modo, el Tribunal Constitucional repuso el concepto/principio del interés público que expuso en sentencias anteriores y que la sentencia objeto de aclaración había desechado, cerrando así el paso a la penalización de la difusión por los medios de las interceptaciones obtenidas ilegalmente.

## LA PONDERACIÓN

No puede desconocerse que el aumento de la interceptación de las comunicaciones privadas se ve favorecida por las posibilidades de su difusión, en aplicación de las libertades informativas, consideradas de modo cotidiano

como libertades preferentes. No obstante, esta difusión a través de los medios de comunicación no puede ser penalizada sin debilitar los derechos y libertades informativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo del poder para la comisión de ilícitos penales. En el juego de tensiones, de esfuerzos fallidos en favor de la penalización y avances y retrocesos de la jurisprudencia, se abre paso las tesis de la ponderación como una salida que administra esta tensión.

El Tribunal Constitucional ha definido la ponderación como un método que consiste en una utilización mixta de los criterios de razonabilidad propios de cualquier relación entre derechos fundamentales y de desarrollo colectivo, exclusivo de los derechos de respeto de la persona y las libertades comunicativas (TC, EXP. N° 6712-2005-HC, 2005, FJ 40).

En este punto, es crucial una afirmación previa: la excepción de la sanción de la difusión de las interceptaciones ilegales con contenido de interés público no tiene como propósito fortalecer el juicio político mediático, sino la deliberación democrática en un país donde las libertades informativas desempeñan la función de contribución a la transparencia pública.

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

Asimismo, interesa para los fines de la ponderación la determinación de los alcances de la proyección pública de las personas. El Tribunal Constitucional consideró que existen diversos tipos de personas con esa calidad de proyección, cada una de las cuales cuenta con una protección distinta, divididas en tres grupos.

Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

*Personas cuya presencia social es gravitante:* Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular;

*Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad:* Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama;

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

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional precisó que los elementos que permiten apreciar cómo se establece la importancia de la opinión pública y su correcta determinación.

(...) Para determinar correctamente la formación de la opinión pública, se ha considerado pertinente observarla desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material. (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 57)

El Tribunal Constitucional no tiene una postura definida sobre la tensión objeto de este análisis. El año 2001 estableció que las libertades informativas tenían la condición de preferidas (TC, EXP. N.º 0905-2001-AA, 2002, FJ. 14), aunque luego, el 2003, retrocedió en casi toda la línea, señalando que es inadmisibles la afirmación de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico

entre los derechos fundamentales, agregando lo siguiente, "(...) Que, en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica." (TC, EXP. N.º 1219-2003-HD, 2004, FJ. 6)

Luego retornó a la idea de las libertades preferidas, aunque precisó que ello no significa un orden jerárquico entre los derechos fundamentales (TC, EXP. N.º 2579-2003-HD, 2003, FJ. 6), aunque se había decantado por la utilización mixta de los criterios de razonabilidad, propios de cualquier relación entre derechos fundamentales (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 40). En otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha orillado una calificación expresa de las libertades informativas, como en el caso Iriarte vs Cateriano (TC, EXP. N.º 00442-2017-PA/TC, 2017), o en el caso Lamadrid vs Editora El Gato (TC, EXP. N.º 03079-2014-PA/T, 2018) en el que anota que estas libertades requieren de un "margen de optimización más intenso", o en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la llamada Ley Mulder (TC, EXP. N.º 0012-2018-PI/TC, 2018) donde señala que la libertad de información merece una protección calificada en atención a su condición de "libertad especial" en el engranaje democrático.

Por otro lado, no se puede afirmarse con rotundidad que en el Perú los audios y videos obtenidos ilegalmente son pruebas absolutamente prohibidas. Desde el año 2001, los tribunales, en un proceso con avances y retrocesos, se han orientado por considerar su validez en aplicación del interés público, un concepto cuya vigencia también encara el Derecho Penal, o en dirección de la ponderación, estableciendo un valor de uso de la prueba. Diversas sentencias han precisado excepciones a la regla de la exclusión de la prueba prohibida para que sean usadas en los procesos judiciales.

Es relevante que la Corte Suprema haya fijado criterios que determinan la validez de la grabación de una conversación privada, es decir, que uno de los interlocutores tenga conocimiento de la grabación y que no se afecte el derecho a la intimidad. En la base a esta consideración se ubica la teoría que no

existe deber jurídico que obligue a las personas a guardar reserva sobre sí mismas<sup>5</sup>.

Por otro lado, la doctrina ha empezado a desproteger en cierto modo al sujeto pasivo de una interceptación al considerar que una persona grabada sin su consentimiento en determinadas circunstancias debe asumir el riesgo de ser registrado. La Teoría del Riesgo, señala que se valida la interceptación por la delación voluntaria que asuma una persona ante otra a la que realiza revelaciones sobre un delito o actividades relacionadas con este. Por lo tanto, las grabaciones se legalizan procesalmente si al menos uno de los interlocutores tiene conocimiento de la grabación, y si el contenido está referido a la comisión de hechos punibles y perseguibles por acción pública. El Plenario Jurisdiccional de las Salas Penales de la República del 11 de diciembre del 2004 acordó admitir la doctrina de la Ponderación de Intereses -entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor- y la Teoría del Riesgo.

## EL INTERÉS PÚBLICO

El concepto del interés público en la relación entre la intimidad personal y las libertades informativas adquiere mayor relevancia y se convierte en un concepto/principio que administra estas tensiones y permite un eficaz ponderación, muy útil en un país donde al

mismo el mismo tiempo que aumenta la intrusión en la vida privada de las personas, se incrementa el morbo público por la falta de autorregulación de los medios, el juicio mediático de los grandes casos, y los actos ilegales o ausentes de ética por parte de funcionarios.

Con distinta relevancia, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1986), el concepto de interés público es abordado en las legislaciones del hemisferio. De hecho, la mención que hace de él la CIDH, se relaciona con el bien común e interés general: “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático” (p. 29).

Este concepto/principio incluye y trasciende la noción de interés público que subyace en el principio de legalidad procesal mediante el cual el Estado se obliga a perseguir todo hecho punible, y tiene una utilidad distinta a la señalada en el artículo VIII del Código Penal (“*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes*”), o a la que subyace en la aplicación del principio de oportunidad en el artículo 2° del Nuevo Código Procesal Penal para justificar la abstención de ejercitar la acción penal (“*Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público*”). También asumen una connotación menos utilitarista que las alusiones pragmáticas a este término como sinónimo de urgente, como es el caso, por citar un ejemplo, del D. Legislativo N.º 1229 que declara de interés público y prioridad nacional el fortalecimiento de la infraestructura y los servicios penitenciarios, de 2015.

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

El interés público alude a tres procesos que corren a veces en paralelo o en líneas que

5 Sobre si la interceptación o grabación ilegal y su valor probatorio, el año 2001 la Corte Suprema señaló que las pruebas no son lícitas o ilícitas, “estas valen o no valen, son eficaces o no son eficaces, son pertinentes o no lo son; por lo tanto, es incorrecto sostener que existen pruebas ilícitas por ser obtenidas sin consentimiento de quien las posee, lo que es ilícito o lícito son las conductas; en consecuencia si las pruebas reproducen hechos realmente acontecidos, tienen legalmente perfecto valor; este fundamento se sostiene en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales que establece que los jueces penales evalúan las pruebas con el criterio de conciencia (Corte Suprema. Sala Penal Especial Exp. N.º 06-2001. Caso: Kouri Bumachar. Enriquecimiento ilícito. Lima. Considerando N.º Siete). No obstante, también es cierto que, en el caso Petroaudios, en febrero del año 2016, la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima absolvió a Rómulo León Alegría y a los otros procesados de los cargos formulados en su contra (en el caso de Quimper aceptó la prescripción). La sentencia esgrimió como argumento principal la invalidez probatoria de los llamados “Petroaudios” -por la violación del derecho al secreto de las comunicaciones- de los correos electrónicos que devienen directamente de los audios, y hasta de los informes de la Contraloría General de la República, consideradas como pruebas ilícitas derivadas (Exp. N.º 105-2008 Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima). En agosto del 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, e hizo suyo el argumento de la prueba prohibida.

se entrecruzan, pero casi nunca de modo integrado: por un lado, la criminalización desde el ciberespacio y/o usando las TIC; por el otro, los esfuerzos de los estados en desarrollar formas intrusivas de la intimidad de sus ciudadanos; y, en una tercera pista, los esfuerzos normativos para sancionar la violación del derecho a la intimidad.

Ante la imposibilidad de establecer legalmente el contenido del interés público, a través de una norma expresa, desde la jurisprudencia y la doctrina, y a través de una dilucidación general, sobre la base de la ponderación y la razonabilidad es posible establecer las diferencias entre el interés público en el caso de la difusión de interceptaciones obtenidas ilegalmente y el morbo o la curiosidad pública.

El concepto de interés público tampoco acoge las prácticas estatales de recolección de datos privados, espionaje de las comunicaciones de los ciudadanos y penetración de la intimidad familiar, frecuentemente asociados a “cuestiones de Estado” o “secretos de Estado”, entendiéndose que el interés público no justifica prácticas sistemáticas invasivas que, si son necesarias para la investigación del delito, deben ser judicializadas, y para lo cual se tiene a la mano una legislación especial.

En el caso peruano se aprecia que el modelo de interés público que ha desarrollado la jurisprudencia tiene definiciones y parámetros respecto a la agenda pública, el papel de los medios, la veracidad y la distinción con el morbo público. Sobre la definición misma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido su condición de concepto jurídico indeterminado relacionado a los fines públicos.

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. (TC, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, 2004, FJ 11)

En pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha elevado el interés público a la categoría de un concepto/ principio.

(...) el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo (TC, EXP. N.º 05608-2013-PA/TC, 2013, FJ30).

El Tribunal Constitucional desarrolló tempranamente el concepto de interés público como un concepto/principio que también fortalece el ejercicio de las libertades informativas.

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

En otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la relación entre el interés público y la agenda pública (TC, EXP. 02976-2012-PA/TC, 2012, FJ 16) y sobre el papel de los medios en la formación de ese interés público (TC, EXP. 0027-2005-PI/TC, 2005, F16).

La jurisprudencia se ha ocupado también de otro elemento concurrente al interés público, la veracidad.

(...) En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente N. 0 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizada de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información (TC, EXP. 6712-2005-HC, 2005, FJ 35).

En la definición de estos parámetros ocupa un lugar importante la diferencia entre el interés del público y la mera curiosidad o morbo público, y la formación de la opinión pública.



(...) Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo. Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad. (TC, Exp. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 58)

Debe evitarse, no obstante, absolutizar el interés público como un conjunto de percepciones y valores inmutables imputándole per sé contenido democrático. En este sentido Habermas (2010), explica que en el espacio de la opinión pública se lucha por poder ejercer influencia sobre otros, y se conforma el conjunto de influencias que pueden incidir sobre las decisiones en el ámbito de lo público. En esa lucha no solo participan aquellos que ya se posicionaron en la esfera de la política a través de su experiencia acumulada, como los que logran ocupar determinados cargos públicos, sino también especialistas que se lograron ubicar en determinados espacios. Es decir, señala que el espacio público no se observan simples interacciones, sino que dentro de él se ubican organizadores, oradores y oyentes, “arena y galería”, entre “escenario y espacio de espectadores”, una dinámica de la que el “público de los ciudadanos” ha de ser convencido por intervenciones que tengan interés para las mayorías. Ello supedita en gran medida el interés público a una opinión pública con actores diferenciados.

## CONCLUSIONES

Podría decirse que, en lo concerniente al conflicto entre el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, y las libertades informativas, el derecho penal está a la búsqueda de un modelo de control y sanción que salvaguarde los derechos y pondere su garantía y eficacia en caso de colisión. No obstante, los movimientos en favor de la penalización de la difusión de la interceptación ilegal de las comunicaciones privadas a través de los medios de comunicación han sido frenados por la consideración que debilitan los derechos y libertades informativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo del poder para la comisión de ilícitos penales.

El Tribunal Constitucional ha sentado los parámetros de ese interés de la sociedad señalando que en caso que se cometa un exceso, tanto el periodista, como el editor y/o los dueños del medio de comunicación, puede ser considerados responsables por haber cometido el exceso, según lo determinen las autoridades competentes (TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC). Además, ha señalado que se comete un error al pretender equiparar la libertad expresión y de prensa como garantía a nivel institucional del Estado Social y Democrático de Derecho, con el uso indiscriminado y muchas veces ilícito o indebido de las redes digitales y que quien realiza la intromisión, aún si es periodista, estaría cometiendo un delito; y que incluso quien fomenta dichos actos de interceptación, así sea periodista, también cometería un delito (IDEM).

Sobre el interés público, el Tribunal Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido que se caracteriza por su indeterminación; sin embargo, ha abordado el debate alrededor de ese concepto diferenciándolo del interés privado en el sentido que el primero opera como una proposición ético-política fundamental que comunica todas las decisiones gubernamentales. Y añade que el interés público se relaciona con todo aquello que beneficia a las mayorías; por lo tanto, resulta sinónimo y equivalente al interés general de la sociedad en su conjunto. Su satisfacción constituye entonces uno de los objetivos del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, F. (2001). *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*. Madrid: Dykinson.
- ASENCIO, J. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- BALAGUER, F. (1995). Prólogo al libro de MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.
- BARRIO, M. (2018). *Delitos 20.0*. Madrid: Wolters Kluwer.

- BERNAL, J. (1990). Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal. *Revista Universitaria de Derecho Penal, Madrid, UNED, n° 4*.
- BUSTAMANTE, R. (2011). *El problema de la prueba ilícita, en PRIORI POSADA*, Giovanni F. (editor), Proceso y Constitución, Lima: ARA Editores.
- CEBRIÁN, J. (1988). El secreto profesional de los periodistas. Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, N° 12*.
- CONTRERAS, S. (2012). *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Madrid: Thomson Reuter.
- CORRESILLA, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*.
- CORROTO, Paula (2019), *El crimen mediático*. Madrid: Foca Ediciones.
- DE VERDA Y VEAMONTE, J. (2012). *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias. Navarra España*: Thomson Reuters Aranzadi.
- DIAZ-MAROTO, J. (2006). *Relevancia jurídico-penal del conflicto entre el honor y libertades de expresión e información*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- DÍAZ, J. (2007). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 59, Lima PUCP*.
- EGUIGUREN, F. (2004). *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*. Lima: Palestra.
- ESCALANTE, E (2018). *Cultura mediática política penal punitiva y justicia penal: síntesis de un antiguo y permanente debate, en Política Criminal mediática*, ESCALANTE, Estanislao (editores). Bogotá: Ibañez.
- FERREIRA, D. (1982). El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia. Buenos Aires, Editorial Universidad. p. 52. Citado por el EXP. N.° 04573-2007-PHD/TC.
- FERNÁNDEZ, J. (2004). *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Madrid: Thomson Civitas.
- FISS, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.
- GIMENO V. (2011). *La intervención de las comunicaciones, en PRIORI*.
- GONZALES, M. (2016). A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional “caso Quimper” y la libertad de información. *Revista Inakarri URP, Lima, n° 5*.
- GRIMAL, P. (2007). *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen propia*. Madrid: Iustel.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- KEANE, J. (1999). Lo público en la era de la abundancia comunicativa, en *Ciudadanos en la sociedad de la información*, GUISTI, Miguel y MERINO, María (editores). Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LANDA ARROYO, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Palestra.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal/Iure.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- MAGDALENO, A. (2006). *Los límites de las libertades de expresión e información en un Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, Congreso de los Diputados.
- MARCIANI, B. (2004). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores.
- MARTÍN, R. (1995). El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid: Civitas.
- MONTANI, G. (2010). *La vida de los otros: intervenciones telefónicas y derecho penal*. Lima: Totem Print Perú.

- MORALES, J. (2003). Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otras de cualquier género. *Gaceta Jurídica, Código Civil Comentado, Tomo I, Lima*.
- MORALES, J. (1999). Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. *Revista Cátedra*. Año II. N° 5. Lima.
- MUÑOZ, F. y GARCÍA, M. (2010). *Derecho penal*. 8° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOVOA, E. (1997). *Derecho a la vida privada y libertad de información*. 5ta. Ed. México: Siglo XXI.
- ORTEGA Y GASSET, José (1968), “*El Espectador*”, Tomo V y VI, Espasa Callpe, Madrid.
- PASTOR, B. (1993). *La prueba ilegalmente obtenida en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- PATRÓN, P. (1999). *Lo viejo y lo nuevo de los espacios públicos en el Perú, en Ciudadanos en la sociedad de la información*. GIUSTI, Miguel y MERINO, María Isabel (editores), Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PERLA, J. (1990). *Realidad legal de las comunicaciones*. Lima: DEYCO.
- RIVES, A. (2010). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ, E. (2000). *Justicia mediática, la administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SAGAR, R. (2013). *Secrets and Leaks: The dilemma of state secrecy*. EEUU: Princeton University Press.
- SAN MARTÍN, C. (2011). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano, en Proceso y Constitución*, PRIORI POSADA Giovanni F. (Editor), Lima: ARA Editores.
- SALINAS R. (2013). *Derecho Penal, parte especial (5ta. Ed.)* Iustitia, Editorial Grijley. Lima.
- SMOLLA, R. (1993). *Free speech in an open society*. New York: Random House.
- SILVESTRONI, M. (2007). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SNOWDEN, E (2019). *Vigilancia permanente*. Barcelona: Planeta.
- TALAVERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: AMAG.
- TEJERINA, O. (2014). *Seguridad del estado y privacidad*. Madrid: REUS.
- VILLASTEIN J. (1988). *Derecho Penal. Parte especial Tomo I – B*. Lima: Ed. San Marcos.
- WESTIN, Alan F. (1970). *Privacy and Freedom*, Nueva York: Atheneum.
- CAÑO, A. (2014). *Obama elimina la recopilación masiva de datos y el espionaje a líderes aliados*. Recuperado de
- CORREA, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho, [artículo en línea]. *Revista Española de Control Externo* Vol. 8, N°. 24. [Fecha de consulta: 7/8/2019]. Recuperado de, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>
- ERLANGER, S. y ANDERSON, (2017). Los problemas legales de Assange todavía continúan. Recuperado de <https://www.nytimes.com/es/2017/05/24/los-problemas-legales-de-assange-todavia-continuan/>
- FAUS, J. (2015). *La justicia declara ilegal el espionaje masivo de la NSA*. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2015/05/07/actualidad/1431011491\\_487140.html](https://elpais.com/internacional/2015/05/07/actualidad/1431011491_487140.html)
- MAYER, L. (2017). El bien jurídico protegido en los delitos informáticos, [artículo en línea]. *Revista chilena de derecho*. Vol. 44 N.º 1. . [Fecha de consulta: 29/7/2019]. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372017000100011](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000100011)

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

RIQUERT, M. (2012). Delincuencia informática y control social: ¿excusa y consecuencia?. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20120208\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120208_01.pdf)

RODRÍGUEZ SOTELO, FAUSTO (2011). Polémica genera ley que pena con cárcel difusión de comunicaciones privadas. Recuperado de <http://faustorodriguezsotelo.blogspot.com/2011/12/polemica-genera-ley-que-pena-con-carcel.html>

CIDH (1986). Opinión consultiva OC-6/86. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf) [https://elpais.com/internacional/2014/01/17/actualidad/1389984598\\_386819.html](https://elpais.com/internacional/2014/01/17/actualidad/1389984598_386819.html)