



Tendencias en libertad de expresión en Perú

Marzo 2018

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad
de Expresión y Acceso a la Información

UP
**Universidad
de Palermo**

Observatorio Legislativo sobre Libertad de Expresión en el Perú¹

Resumen Ejecutivo

El presente artículo repasa los últimos veinte años de producción legislativa y los últimos cinco de iniciativas legislativas vinculadas con el ejercicio de la libertad de expresión, incluyendo los siguientes tópicos: delitos de expresión (injuria, calumnia y difamación), difusión de información falsa o *fake news*, desacato, prohibiciones a la difusión de cierto tipo de información pública o privada, la violencia en la expresión (en especial, por internet), el delito de terrorismo y el delito de apología, y la responsabilidad de los intermediarios o plataformas de Internet por los contenidos difundidos por sus usuarios.

El autor analiza críticamente las principales leyes y proyectos de leyes presentados durante dicho período y, aunque descarta que se pueda extraer una tendencia clara y reflexionada por parte de los legisladores peruanos, cuestiona la facilidad con la que han proliferado las normas que criminalizan o agravan las penas aplicables a distintas formas de expresión. En especial aquellas que otorgan un trato menos favorable a la expresión en internet.

I. Introducción

¿Se puede encontrar un patrón en movimientos tan vacilantes –si no erráticos– como el giro de un trompo, el baile de un ebrio o el vuelo de una hoja suelta al viento?

Tratar de escribir sobre alguna tendencia legislativa reflexionada y decidida en materia de libertad de expresión en el Perú en los últimos 20 años presenta la misma dificultad que identificar alguna inclinación legislativa en cualquier materia. Sencillamente, no existe. Esto es así porque el Congreso peruano, en los últimos 25 años, careció tanto de consistencia como de una visión de largo plazo. Sin esos dos componentes, difícilmente se puede hablar de tendencias legislativas. Esto no impide, por supuesto, señalar que el Poder Legislativo ha acompañado el devenir del tiempo con iniciativas de normativas y leyes de coyuntura. Pero las anécdotas también son coyunturales.

La ausencia de una dirección legislativa clara en materia de libertad de expresión y, más importante aún, la falta de una apreciación holística de este derecho fundamental y el impacto que pueden tener las normas sobre él, no es óbice para emprender la importante tarea de sintetizar en un observatorio legislativo las normas que afectan (para bien o para mal) la libertad de expresión en el Perú.

¹ Este documento fue elaborado por Andrés Calderón, abogado (Pontificia Universidad Católica del Perú), periodista, Master en Derecho por la Universidad de Yale, e investigador de Perú del Observatorio Legislativo del CELE.

El presente artículo recoge los resultados de una revisión de los últimos 20 años (1997-2017) de labor legislativa, entendida ésta como las normas con rango de ley bajo el ordenamiento jurídico peruano. Esto incluye las leyes y resoluciones legislativas emitidas por el Congreso de la República (en cámara única desde la emisión de la Constitución Política del Perú en 1993). También incluyen las normas con rango de ley emitidas por el Poder Ejecutivo al amparo de la Constitución (decretos legislativos y decretos de urgencia). De igual modo, se suman las iniciativas legislativas (proyectos de ley) presentados ante el Congreso de la República durante los últimos cinco años (2012-2017).

En la mayoría de casos, los esfuerzos legislativos estuvieron ligados a eventos coyunturales o mediáticos, tales como una manifestación pública, un reportaje televisivo o una publicación periodística.

En Perú no existe un camino legislativo coherente y conexo. Por esa razón, pretender una exposición exclusivamente cronológica de los hallazgos normativos probablemente perjudicaría al lector que intenta formarse una idea de la regulación sobre la libertad de expresión en el país. Por tal razón, hemos optado por una distinción temática en siete capítulos, en cada uno de los cuales se hace una exposición de las leyes y proyectos legislativos sobre la materia. No obstante, cada capítulo sigue prioritariamente un orden cronológico que permite ilustrar los principales cambios que el ordenamiento nacional ha experimentado.

En el primer capítulo se abordan los típicos delitos de expresión previstos en la legislación penal: injuria, calumnia y difamación y las normas sobre el derecho de rectificación aprobadas durante el intervalo objeto de estudio.

El segundo capítulo trata sobre la regulación respecto de noticias falsas o *fake news*, un tema de mayor relevancia a nivel internacional y que, sin embargo, recibió poca atención a nivel legislativo local. El tercer capítulo revisa la breve legislación sobre desacato.

La difusión de cierto tipo de información pública y privada y, más específicamente, la existencia de prohibiciones sobre la divulgación de esta información es desarrollada en el capítulo cuarto. La violencia en el discurso es abordada en el capítulo quinto, con énfasis en las normas sobre discriminación en sentido general, el *bullying* y las que buscan proteger a los menores de edad en el entorno de internet y la difusión de pornografía.

El sexto capítulo está dedicado al terrorismo y, en particular, a la apología, entendida como un delito autónomo por la legislación peruana.

Finalmente, el último capítulo aborda un asunto que mereció más atención de algunas autoridades administrativas (en protección al consumidor y protección de datos personales, por ejemplo) que de los legisladores locales: la responsabilidad de los intermediarios por la difusión de contenidos que realizan los usuarios de sus servicios o plataformas.

II. Los delitos clásicos: injuria, calumnia y difamación

Cuando se habla de la regulación del discurso y libertad de expresión a nivel legislativo, las normas que rápidamente vienen a la mente son aquellas que sancionan el daño, el honor o la reputación. Nos referimos a las leyes que versan sobre la injuria, la calumnia y la difamación, que en el Perú tienen naturaleza penal (Código Penal de 1991).

La injuria en el Perú está prevista como el delito de menor gravedad y se considera que se produce esen-

cialmente mediante la ofensa a través de palabras y gestos a otra persona.² La calumnia, en cambio, supone la atribución falsa de un delito a otra persona.³ Así, mientras la injuria implica la imputación de cualquier ofensa, la calumnia requiere una atribución calificada: la de un delito. Para que haya delito de calumnia es necesario que el delito imputado sea falso, no así en el caso de la injuria. Una paradoja se produce aquí, pues mientras que la ley penal peruana no condona la atribución ofensiva aun cuando ésta tenga sustento real (injuria), sí lo hace cuando esta imputación es la de un delito (calumnia).

El tercer delito es el de la difamación. En este caso, el contenido del discurso ofensivo está previsto en términos más amplios: “el que (...) atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación”⁴. La doctrina mayoritaria penal entendió esta generalidad para admitir que tanto una atribución injuriosa (una ofensa cualquiera, que no califique como un delito) como una atribución calumniosa (la imputación falsa de un delito) puedan ser objeto de difamación.⁵ Lo que distinguirá entonces a este tipo penal de los dos anteriores es el canal de expresión. La difamación –a diferencia de la injuria y de la calumnia– exige que la atribución se realice “ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia”.⁶

Como en muchas otras legislaciones en la materia, existe también en la normativa peruana la prueba de la veracidad o *exceptio veritatis*. Llamativamente, el Código Peruano ha dispuesto esta excepción en un artículo (134) que hace referencia cruzada al artículo que tipifica el delito de difamación (132) y no a los de injuria y calumnia. Aunque este último, ciertamente, no lo requeriría ya que el delito de calumnia exige necesariamente como un elemento del tipo que la atribución de un delito sea falsa. Es decir, opera en la práctica una excepción de veracidad.

La regulación penal de estos delitos no fue del todo pacífica en el Perú y han existido iniciativas tanto para endurecer estas penas como para descriminalizar los delitos de expresión. Durante el período investigado, se han presentado dos proyectos legislativos para quitar la pena privativa de libertad a este tipo de delitos, aunque manteniéndolos como figuras típicas dentro del Código Penal;⁷ y uno que, en cambio, endurecía la pena cuando la difamación se producía a través del “Internet o medios virtuales vía blog y/o páginas sociales”. Aunque, en realidad, la legislación vigente ya contempla esa agravante de manera más amplia con la referencia genérica a “otro

² Art. 130 Código Penal.- El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa.

³ Art. 131 Código Penal.- El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa.

⁴ Art. 132 Código Penal.- El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa.

⁵ Según Bramont-Arias y García Cantizano: “De la definición de la difamación se deduce que, en realidad, es una injuria que tiene una característica especial: la difusión de la noticia”. Bramont-Arias, Luis y García Cantizano, Carmen. *Manual de Derecho Penal*, Lima, Editorial San Marcos, 4ta ed. 1998, p. 141. Asimismo, Chirinos Soto señala que: “Como en la calumnia y especialmente en la injuria, debe haber en la difamación un propósito específico de dañar el honor y la reputación del agraviado”. Chirinos Soto, Enrique. *Código Penal*, Lima, Editorial Rodhas, 2da ed., 2005, p. 283.

⁶ Existen ciertas conductas atípicas expresamente previstas en el Código Penal (artículos 133 y 137) que tienen que ver con ofensas en circunstancias de un juicio legal, críticas literarias, artísticas o científicas, y apreciaciones o informaciones realizadas por funcionarios públicos en cumplimiento de sus labores, o las ofensas orales que se profieren en medio de un altercado.

⁷ Uno de ellos fue el Proyecto de Ley N° 1.599 de 2012, presentado por el congresista Mauricio Mulder del APRA, que planteaba cambiar todas las sanciones de penas privativas de la libertad al delito de difamación por servicios comunitarios de hasta ciento cincuenta y seis jornadas o trescientos sesenta y cinco días-multa. El otro fue el Proyecto de Ley N° 1.622 (2012) del congresista nacionalista Santiago Gastañadú, que también planteaba eliminar toda referencia a penas privativas de la libertad en el delito de difamación.

medio de comunicación social”.⁸

No obstante, las únicas reformas normativas que prosperaron en esta materia en los últimos 20 años estuvieron relacionadas con aspectos procesales de estos delitos, que no afectan la regulación sobre el contenido del discurso.

Si bien la regulación de la ofensa (en sentido lato) no mereció mayores cambios legislativos desde el Código Penal de 1991, el mecanismo de satisfacción privada, más conocido como el derecho de rectificación (contemplado en el numeral 7 del artículo 2 de la Constitución de 1993), sí fue desarrollado a nivel legislativo en 1997.

En líneas generales, la Ley N° 26.775 de abril de 1997, modificada a los tres meses por la Ley N° 26.847, establece el mecanismo por el cual una persona agraviada o afectada por informaciones inexactas podía solicitar su rectificación al director de un medio de comunicación.⁹

III. Noticias falsas o *fake news*

El Perú no ha sido ajeno al fenómeno de la propagación de noticias falsas o *fake news*. El concepto subyacente a este término es la propagación deliberada a través de plataformas noticiosas de información falsa –o, en el mejor de los casos, sin corroborar– con la finalidad de ocasionar un perjuicio a la imagen o reputación de un político o una institución. Con esa conducta, se busca que el efecto multiplicador de la difusión, en especial en tiempos de internet, genere un impacto negativo que no pueda ser contrarrestado por la difusión de información correcta o la rectificación de la información.

A nivel local, la discusión sobre la falsedad de las noticias se centró principalmente en las reacciones y críticas a la cobertura periodística por parte de políticos y organizaciones partidarias. Sin embargo, la única previsión legislativa que se encuentra específicamente relacionada con la difusión de noticias falsas dentro del período legislativo considerado para la presente investigación la podemos encontrar en la Ley N° 30.076 de 2013.

Esta norma se emitió en el contexto de una serie de acciones para combatir la inseguridad ciudadana. Entre varias modificaciones que esta norma trajo al Código Penal –la mayoría de ellas ligadas a la delincuencia común–, se creó un nuevo delito denominado de “grave perturbación de la tranquilidad pública” en el artículo 315-A del

⁸ Proyecto de Ley N° 4.833 de 2015, presentado por el parlamentario Wilder Ruiz Loayza de Dignidad y Democracia.

⁹ Con buen criterio, en el artículo 5 de la ley se contemplaron algunas situaciones en las que no procede la rectificación, como, por ejemplo, cuando la solicitud de rectificación no esté relacionada con los hechos difundidos (es decir, una solicitud inconducente), o cuando lo que se pretenda rectificar sean opiniones o juicios de valor y no hechos. Esto último es así porque solamente los datos objetivos (y no las apreciaciones subjetivas) están sujetas a un juicio de veracidad y por lo tanto pueden ser rectificables. Para Palma Fernández “Constituye el objeto de rectificación los hechos que se consideren contrarios a la verdad, pero no las opiniones, juicios o valoraciones subjetivas, debiendo limitarse la rectificación a los hechos de la información que se desea corregir”. Palma Fernández, José Luis. “Derecho de rectificación: opinión vertida en un blog por su autor”, *Lexology*, 13 de diciembre de 2013, <http://bit.ly/2scylDt>. Otras previsiones en las que no procede la rectificación no son tan claras o parecen partir de una premisa incorrecta. El artículo 5 de la ley de rectificación establece por ejemplo la posibilidad de rechazar la solicitud cuando “sea injuriosa o contraria a las leyes o a las buenas costumbres” o “cuando se refiera a tercera persona sin causa justificada”. Una solución errada, a nuestro parecer, pues la ofensa a un tercero (que podría ser omitida por el medio de comunicación) no elimina la necesidad de rectificación original. En otras palabras, el medio de comunicación puede cumplir con su deber de rectificación corrigiendo los hechos informados incluso cuando no siga los términos exactos planteados por el solicitante.

referido cuerpo normativo.¹⁰

En realidad, se trata de una variante del delito de “disturbios” previsto en el artículo 315 del Código Penal,¹¹ enfocado en los atentados contra la integridad física de las personas o un acto de violencia que cause “grave daño a la propiedad pública o privada”, en el contexto de un tumulto, como el caso del vandalismo.

En cambio, el artículo 315-A supone otro tipo de afectación a la paz pública. La conducta típica descrita en el primer párrafo de este artículo no queda clara, ya que estipula que la perturbación grave de la paz pública se puede producir “usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma”.

La imprecisión de la conducta punible refleja el primer problema que presenta la redacción de este artículo, que es contradictoria a los cánones de tipicidad que se exige en materia penal. Eso intenta ser corregido en el segundo párrafo del artículo en mención, cuando se desarrolla el concepto de perturbación grave como

todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Se trata pues de otra especie del género de delitos de expresión. En este caso, para que la expresión sea penada se requiere que sea sobre un hecho o situación falso o inexistente y que tenga una conexión con un daño potencial o real. Ejemplos típicos podrían ser la propagación de información sobre un desastre natural, un gran accidente o un peligro público (por ejemplo, un acto de vandalismo, saqueo o terrorismo). Se entiende que esta difusión podría poner en peligro a un número importante de personas de forma injustificada.

¹⁰ **Ley No. 30.076, “Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y Crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana” B.O. del 19/09/2013.**

Artículo 2. Incorporación de artículos al Código Penal

Incorpóranse los artículos 45-A, 196-A, 207-D y 315-A al Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 315-A. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública

El que perturbe gravemente la paz pública usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Se considera perturbación grave a todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión del delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años”.

¹¹ **Art. 315, Código Penal, modificado por las leyes 27686 (2002), 28820 (2006), 30037 (2013) y el Decreto Legislativo 1237 (2015), Artículo 315.- Disturbios**

El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Será sancionado con la misma pena cuando los actos descritos en el primer párrafo se produzcan con ocasión de un espectáculo deportivo, o en el área de influencia deportiva.

Constituyen circunstancias agravantes los siguientes supuestos:

1. Si en estos actos el agente utiliza indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.
2. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa lesiones graves, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de ocho años a doce años.
3. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa la muerte, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de quince años.

Si bien es posible extraer una conexión entre la difusión de información de “peligro” y el riesgo que se quiere evitar (la alteración de la tranquilidad pública), la tipificación de esta conducta también es objeto de críticas¹².

En primer lugar, al requerirse únicamente que la información sea falsa, no se distingue entre la difusión inocente de la información que resulta incorrecta respecto de la difusión malintencionada a sabiendas de su falsedad. Se podría argumentar en contra que, bajo la legislación penal peruana, todo delito –en ausencia de previsión contraria– requiere el elemento subjetivo del dolo. Sin embargo, el dolo, en este caso, únicamente requeriría consciencia y voluntad en la difusión de la información y no en la condición de falsedad de la información a ser difundida. En todo caso, la falta de claridad en este aspecto constituye uno de los aspectos cuestionables de la técnica legislativa utilizada.

Otro problema con la configuración de este tipo penal es la causalidad adecuada entre la difusión de información falsa y el daño (potencial o real) que esta acción puede ocasionar. En efecto, dependiendo del contenido de la información falsa o el contexto en el que ésta es difundida, puede resultar inidónea para alterar la tranquilidad pública. Diversos factores pueden entrar en juego: la credibilidad de la persona que difunde la información, la verosimilitud de los hechos o situaciones que se informan y su gravedad. Por ejemplo, anunciar un apocalipsis zombie o difundir un audio por mensajería instantánea con datos incorrectos o poco creíbles difícilmente podrían asemejar el clásico ejemplo de gritar falsamente “fuego” en una sala de cine llena¹³.

En los últimos meses, se hizo alusión a este tipo penal para desincentivar la propagación de información falsa y alarmista a través de redes sociales y sistemas de mensajería instantánea¹⁴.

IV. Desacato

El delito de desacato se encontraba previsto en el Código Penal peruano de 1991, como parte de la sección de delitos contra la administración pública.

Hasta antes de su derogación, el artículo 347 sancionaba con no más de tres años de pena privativa de libertad a quien amenazaba, injuriaba u ofendía a un funcionario público en relación a la materia de sus funciones o mientras éste las ejercía¹⁵. Añadía además que “si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

La derogación del desacato en el Perú se dio como parte de un camino de reformas legales regionales emprendido a partir de un informe publicado en 1995 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El documento sostuvo que las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana

¹² Calderón, Andrés, “De Twitter a la cárcel”, *El Comercio*, 27 de marzo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Eqx9RA>.

¹³ Corte Suprema de Estados Unidos, “Schenck v. United States”, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁴ El gobierno peruano inició una campaña mediática para evitar la difusión de falsas alarmas en un contexto de emergencias naturales ocasionadas por el fenómeno denominado El Niño costero. Campañas del Gobierno del Perú: “Sanciones- Una sola fuerza”, disponible en: <http://bit.ly/2BYM4xr>, y portal electrónico: <http://bit.ly/2GUfHn6>. El Ministerio del Interior, encargado de la seguridad ciudadana, advirtió que había presentado denuncias penales contra algunas personas que difundían e invocaban a la realización de actos de violencia como saqueos en estas circunstancias. “Sujetos que incitaron al saqueo en redes sociales serán denunciados ante la Fiscal”, *Perú21*, 19 de marzo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2C2NZkA>.

¹⁵ **Art. 347, Código Penal.**- El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

sobre Derechos Humanos y que “les otorga injustificadamente [a los funcionarios públicos] un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad”.¹⁶

En 2001, la Defensoría del Pueblo presentó un proyecto de ley que proponía suprimir el artículo 347 del ordenamiento penal peruano. Del mismo modo, fueron presentadas por parlamentarios de distintas bancadas otras seis iniciativas legislativas que promovían el mismo fin. Finalmente, mediante artículo único de la Ley N° 27.975, fue derogado el delito de desacato en 2003, sin perjuicio de que se entiende que los funcionarios públicos también pueden ser víctimas de los delitos de injuria, calumnia y difamación.

V. Difusión de información pública y privada

Siguiendo la tendencia de otros países de la región, Perú cuenta desde hace varios años con legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública, así como diversas normas que regulan la publicidad o la confidencialidad de determinada información en posesión de entidades estatales y empresas privadas.

La interacción entre acceso a la información pública y libertad de expresión es muy estrecha. Las libertades informativas se nutren y sostienen gracias a la recolección y difusión de información pública. Y mientras más transparente es una sociedad, ésta progresa más en la discusión y aprendizaje de los temas de relevancia nacional. No obstante, para efectos del presente trabajo nos limitaremos al estudio de aquellas normas que, pudiendo tener o no alguna previsión sobre el acceso y recolección de información, regulan específicamente la difusión de la información. Es decir, aquellas leyes que limitan o favorecen el discurso por la naturaleza de la información que contiene.

En 2002 se promulgó la Ley N° 27.806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Esta norma experimentó varias modificaciones pero a la fecha aún constituye el marco general que guía la actuación de las entidades de la Administración Pública¹⁷. Allí se determina a qué información tienen derecho a acceder los ciudadanos como regla general¹⁸, cuál es el procedimiento para acceder a esa información, qué información puede ser declarada como reservada y cuál es el proceso para su declaración como tal.

El artículo 15 de la Ley N° 27.806, modificado por la Ley N° 27.927 de febrero de 2003, establece las excepciones al derecho de acceso a la información pública, distinguiendo entre información secreta¹⁹, información reservada²⁰ e información confidencial;²¹ e impone a los funcionarios públicos la obligación de no divulgar esta información. Sin embargo, no establece ninguna limitación o responsabilidad para cualquier ciudadano o medio de

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, OEA/Ser.L/V/II.88.Doc.9.rev. 17 de febrero de 1995, p.218.

¹⁷ Incluyendo también a las personas jurídicas privadas “que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público”, en virtud del artículo 9 de la ley.

¹⁸ De acuerdo al artículo 3 de la Ley, “toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el Artículo 15” de la misma ley.

¹⁹ Contendida en el artículo 15 de la Ley: Información referida a planes de defensa militar, operaciones de inteligencia, información militar, material bélico, entre otros.

²⁰ Contendida en el artículo 15-A de la Ley: Información referida a seguridad nacional, planes de defensa militar, sobre investigaciones penales, sobre negociaciones internacionales, entre otros.

²¹ Contendida en el artículo 15-B de la Ley: Información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, información sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, datos personales cuya publicidad vulneren la intimidad personal y familiar, entre otros.

comunicación que, habiendo tenido acceso a dicha información, proceda a divulgarla. Sin embargo, eso no impidió que algunas entidades públicas denuncien ilegalmente a aquellas personas que, sin tener obligación de resguardo, han difundido información reservada, secreta o confidencial.²²

Algo similar sucede con las normas que otorgan protección a los denunciantes o a quienes colaboran con la detección de delitos e infracciones administrativas, cuya identidad se encuentra protegida por ley a través de sanciones por su revelación o difusión a quienes tienen deber de custodiarla, mas no –y de forma acertada– para terceros o medios de comunicación social que puedan tener acceso a dicha información.²³

Sin embargo, en 2011 se emitió una ley que reguló el tipo de información que podía ser utilizada y que representó una peligrosa limitación para las libertades informativas. Nos referimos a la Ley N° 29.733, Ley de Protección de Datos Personales. Siguiendo el modelo europeo, esta norma incluyó una de las provisiones más problemáticas por su falta de practicidad y por sus efectos nocivos para la adquisición y compartición de información: la obligatoriedad general del consentimiento previo para cualquier uso y difusión de todo tipo de datos personales. El artículo 5 de la ley establece de modo genérico que “para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular”, sin distinguir entre el tipo de tratamiento, su finalidad ni el tipo de datos.

En base a esta norma, duramente criticada por periodistas y abogados,²⁴ se plantearon algunas denuncias contra medios periodísticos y portales de difusión de información pública con el objetivo de limitar el derecho de

²² “Ministerio de Defensa justificó así denuncia contra Panorama”, *El Comercio*, 30 de junio de 2016 disponible en: <http://bit.ly/2nK7cD9>.

²³ Ver: Ley N° 27.378 (artículo 22) que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada que establece la reserva de la identidad y datos personales del colaborador, Ley N° 29.452 (artículo 9) que protege al denunciante en el ámbito administrativo y al colaborador eficaz en el ámbito penal, estableciendo la confidencialidad de su identidad y la información proporcionada, así como atribuyendo responsabilidad a los funcionarios que manejan la información aportada por el denunciante, Ley N° 30.077 (artículo 15) contra el crimen organizado, que precisa que el deber de confidencialidad resultaba aplicable también a las personas naturales y jurídicas del sector privado que estén colaborando con la entrega de información, cuando esta les sea requerida. El Decreto Legislativo 957, nuevo Código Procesal Penal, aprobado en el 2007, establece similares obligaciones de confidencialidad para las autoridades, testigos y colaboradores que intervienen en acciones de investigación, mas no –y de forma acertada– para terceros o medios de comunicación social.

Otras normas que establecieron limitaciones a la divulgación de información por parte de entidades públicas son: la Ley N° 30.076 (artículo 1) que dispone la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales de quienes han cumplido la pena impuesta y prohíbe que cualquier registro o anotación sean comunicados, salvo por solicitud del Ministerio Público o de un juez, el Decreto Legislativo 1.182 (artículo 7) que establece la obligación de reserva a las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y a las entidades públicas que participen en la obtención y suministro de los datos de localización y geolocalización de teléfonos móviles y aparatos electrónicos para fines de investigación policial, y el Decreto Legislativo 1.218 (artículos 13 y 17) que establece la obligación de reserva y confidencialidad a cualquier persona que labore en una entidad pública o privada y tenga acceso a las grabaciones de cámaras de videovigilancia en bienes de dominio público, vehículos de servicio de transporte público de pasajeros y establecimientos comerciales abiertos al público.

²⁴ Zegarra, Gonzalo, “Ley de datos personales: entre lo público y lo privado”, *Semana Económica*, 31 de marzo de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2FOLEfh>.

“Editorial: Lo que la ley esconde”, *El Comercio*, 13 de mayo de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2nJ0ltu>.

“Consejo de la Prensa preocupado por Ley de Datos Personales”, *El Comercio*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2GUg9Sk>.

difundir información y el derecho ciudadano a acceder a ella.²⁵

De forma aún más grave, a través de una resolución administrativa en 2016, la dirección administrativa a cargo de la aplicación de la ley de protección de datos personales derivó de ella la existencia del controversial “derecho al olvido”, al obligar al motor de búsqueda Google que bloqueara los resultados que aparecieran con el nombre y apellido de un ciudadano que reclamaba tal derecho y que quería que se eliminaran todas las notas periodísticas que se hicieron respecto de un proceso penal seguido en su contra. Este fallo fue también largamente criticado, aunque hasta la fecha no se un nuevo caso en el que se reclame el “derecho al olvido”.²⁶

Como reacción frente al gran número de cuestionamientos que ha recibido esta norma y su aplicación por la autoridad administrativa de protección de datos personales, en 2017 se añadió una excepción a la obligación de obtener el consentimiento. Así, se dispuso que éste no resultaba necesario “cuando el tratamiento se realiza en ejercicio constitucionalmente válido del derecho fundamental a la libertad de información”.²⁷ La redacción tan genérica y la inclusión del calificativo de “válido”, sin embargo, no eliminó del todo los peligros que esta ley acarrea.

En un ámbito distinto, el de la protección de menores de edad, existe una limitación a la difusión de cierto tipo de información aplicable específicamente a los medios de comunicación social. Ellos no pueden difundir la identidad de los niños y adolescentes que se encuentran dentro del alcance del Decreto Legislativo N° 1.297 (de diciembre de 2016), que regula la protección a menores que están en situación de desprotección familiar o en riesgo de perder los cuidados parentales²⁸. Del mismo modo, el Decreto Legislativo N° 1.348 de enero de 2017, que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, dispone que son reservadas las actuaciones judiciales y fiscales que versan sobre la determinación de la responsabilidad de dichos menores así como los datos que permitan la identificación del adolescente, su familia o circunstancias particulares²⁹. El artículo 18 de la norma extiende la obligación de reserva al señalar que “en ningún caso el adolescente puede ser identificado o expuesto en los medios de comunicación u otras personas ajenas al proceso”, y que esta reserva también “se debe guardar

²⁵ Las primeras sanciones efectivas en virtud de la Ley de Protección de Datos Personales fueron las que recayeron sobre el sitio de internet “datosperu.org”. En 2014 la Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP) atendió la queja de dos ciudadanos y multó al portal electrónico con 60 UIT (S/ 228 mil/US\$ 78,6 mil aproximadamente) por haber difundido datos personales que se habían publicado previamente en el diario oficial El Peruano y por no atender el pedido de cancelación de los solicitantes. Resolución 074-2014-JUS/DGPDP del 24 de octubre de 2014 y Resolución 075-2014-JUS/DGPDP del 24 de octubre de 2014.

Se han tramitado otros procedimientos contra medios periodísticos, como, por ejemplo:

- DGPDP, “No identificado c/ El Comercio”, Resolución 061-2014-JUS/DGPDP del 1 de agosto de 2014 y Resolución 070-2014-JUS/DGPDP del 3 de octubre de 2014.

- DGPDP, “No identificado c/ Grupo La República”, Resolución 062-2014-JUS/DGPDP del 1 de agosto de 2014 y Resolución 069-2014-JUS/DGPDP del 3 de octubre de 2014.

- DGPDP, “No identificado c/ Diario El Trome, Compañía Peruana de Radiodifusión y Compañía Americana de Radiodifusión”, Resolución 015-2016-JUS/DGPDP del 10 de febrero de 2016 y Resolución 033-2016-JUS/DGPDP del 12 de abril de 2016.

²⁶ Calderón, Andrés, “Para el olvido”, *El Comercio*, 23 de junio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2BJSJLrr>.

Sifuentes, Marco, “Traición y olvido”, *El Comercio*, 1 de julio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2FSt7Pe>.

Morachimo, Miguel, “¿Por qué se ha sancionado a Google en Perú?”, *Blog Hiperderecho*, 21 de junio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2FSyTl>.

Borgioli, Martín, “Google es sancionado por primera vez en Perú por desconocer el Derecho al Olvido”, *Blog Hiperderecho*, 21 de junio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2BZd2EZ>.

²⁷ Artículo 14 de la Ley N° 29.733, modificado por el Decreto Legislativo N° 1.353, “Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses”, B.O del 07/01/2017, Art. 37.

²⁸ Decreto Legislativo N°1.297, “Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”, B.O. del 30/12/2016, Duodécima Disposición Complementaria Final.

²⁹ Decreto Legislativo N° 1.348 “Decreto Legislativo que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”, B.O del 07/01/2017, Art. X del Título Preliminar.

respecto a los menores de edad que fueren testigos o víctimas del hecho investigado”.

En los últimos cinco años, se han presentado hasta tres iniciativas legislativas relacionadas con la difusión de la identidad de los menores de edad en las ediciones y difusiones de los medios de comunicación social, ninguna de las cuales prosperó.³⁰

Ningún otro proyecto de ley sobre difusión de información en el periodo investigado, sin embargo, generó tanta polémica como el proyecto N° 4.871 del 7 de octubre de 2015, del congresista del grupo parlamentario Concertación Parlamentaria/Apra Javier Velásquez-Quesquén. El parlamentario proponía añadir un nuevo delito en el Código Penal, el artículo 162-B, por el cual se tipificaba la difusión de una “grabación de una conversación personal, telefónica, audiovisual u otra análoga, sin el consentimiento de su interlocutor (...) siempre que tal difusión afecte el honor, la seguridad personal o el derecho a la intimidad de este último o su familia, o a su patrimonio”³¹. Se exceptuaba la sanción penal si la grabación difundida tenía un contenido de un hecho punible. Es decir, si la conversación revelaba la comisión de un delito.

El proyecto generó un amplio debate y severas críticas por parte de políticos, líderes de opinión y los propios medios de comunicación³², al punto que el proyecto fue perdiendo adherentes (algunos congresistas incluso retiraron su firma a la iniciativa) y al cabo de unas semanas el propio autor retiró su propuesta.

Las críticas apuntaban a que la norma propuesta representaba una grave restricción a la libertad de información y libertad de prensa. En el Perú, siguiendo la práctica jurisprudencial de otros países, incluyendo Estados Unidos³³, se entendió que se sanciona el acceso o interceptación ilegal de comunicaciones privadas, más no la difusión por parte de terceros que no han participado en el acceso ilegítimo. Ello en función del interés público superior en la difusión y conocimiento de esta información por parte de la ciudadanía. Así, en tanto la persona o medio de comunicación que divulga la información no tuvo responsabilidad en el acceso ilegítimo, no debería ser

³⁰ El Proyecto de Ley N° 1.870, presentado en 2013 por el entonces congresista de Fuerza Popular Renzo Reggiardo, establecía que, por excepción, se permita la difusión de la imagen e identidad de menores de edad, cuando fueran autores o partícipes de un delito de homicidio calificado-asesinato. Algo similar fue planteado por el Proyecto de Ley N° 1.887 presentado en 2013 por el congresista Alejandro Yovera (entonces parlamentario del bloque Acción Popular-Frente Amplio), para permitir la difusión de imágenes e identidad del menor de edad que haya cometido delito flagrante e infracción a la ley penal. Las iniciativas se sustentaron en el combate a la inseguridad ciudadana y en el creciente número de menores de edad que eran noticia por integrar bandas criminales o dedicarse al sicariato. En sentido opuesto, en octubre de 2014, el congresista Tomás Zamudio propuso establecer sanciones administrativas a los medios de comunicación que incumplieran la prohibición de difundir la identidad o imagen de un menor de edad cuando se haya visto involucrado con un delito.

³¹ La pena prevista para este pretendido delito era de entre uno y seis años de prisión, y se agravaba a de cuatro a ocho años si el autor del delito era servidor público, si difundía o publicaba la conversación en un medio de comunicación social, o si cometía el delito como integrante de una organización criminal.

³² Palacios, Rosa María. “¿Qué es lo que no quiere que escuchemos Alan García?”, *Blog de Rosa María Palacios*, 29 de octubre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2nG3Cd1>.

“‘Ley Velásquez’ pone en serio riesgo la libertad de expresión en el Perú”, *La República*, 27 de octubre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2BbsoJE>.

“Mauricio Mulder pidió a Javier Velásquez retirar proyecto sobre difusión de videos”, *Perú21*, 28 de octubre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2E5QxEf>.

³³ Corte Suprema de Estados Unidos, “*Bartnicki v. Vopper*”, 532 U.S. 514 (2001).

responsabilizada por la difusión de esta información.³⁴

Finalmente, en octubre de 2017, el legislador fujimorista Héctor Becerril presentó una polémica iniciativa que modifica el Código Penal a efectos de incluir como un delito la difusión de correos electrónicos o contenidos de mensajería instantánea, incluso cuando estos le hayan sido dirigidos al difusor³⁵. Además, propone una pena de dos años de prisión privativa de la libertad a quien publique una comunicación telefónica o una grabación de la misma.

Este proyecto legislativo fue criticado por el efecto amenazante que presenta sobre la prensa, dado que en los últimos años muchos destapes de delitos y asuntos de interés público se realizaron gracias a la difusión de conversaciones electrónicas y telefónicas³⁶. Así, si bien la legislación penal ya sancionaba la difusión de correspondencia epistolar, esta tipificación no tenía consecuencias negativas en la práctica, dado que judicialmente se entendía que la divulgación de conversaciones privadas no era punible si era efectuada por quien formaba parte de la conversación, y puesto que la correspondencia física es cada vez más infrecuente. En cambio, la difusión de conversaciones telefónicas y mensajería electrónica es una práctica común de la prensa en el país, cuando ese contenido tiene interés público.

VI. Expresiones de violencia

La violencia en el discurso fue objeto de distintos tipos de iniciativas legislativas y normas legales desde perspectivas que abarcan la discriminación sexual y de género, el hostigamiento sexual, la discriminación racial, el hostigamiento a menores de edad, los contenidos sexuales en Internet y la violencia online, con cierta recurrencia a la herramienta penal como forma de castigar ciertos tipos de discursos ofensivos o agresivos. Por razones de claridad expositiva, analizaremos los tres tópicos de mayor interés legislativo: la discriminación, la protección de menores de edad y la pornografía.

1. Discriminación

La discriminación como acción está proscrita en la Constitución Política del Perú (1993) y es considerada un delito desde que en 2000 se incorporara en el Código Penal a través de la Ley N° 27.270. Sin embargo, el discurso discriminatorio es recién objeto de atención a partir de 2006 cuando, de forma muy acostumbrada para el legislador peruano, se decidió darle un tratamiento penal al tema, a través de la Ley N° 28.867, que modificó el artículo

³⁴ Unos años antes al proyecto comentado de Velásquez-Quesquén, el Congreso había aprobado una ley similar que penalizaba la difusión de información obtenida de conversaciones privadas, la cual fue catalogada como “ley mordaza”. Ver: “Bedoya dijo que denominada ‘Ley mordaza’ no es una amenaza a la prensa”, *RPP*, 16 de diciembre de 2011, disponible en: <http://bit.ly/2GT92JT>. Godoy, José Alejandro, “Ley Bedoya: El debate legal y la ética periodística”, *Desde el Tercer Piso*, 16 de diciembre de 2011, disponible en: <http://bit.ly/2GTqchj>. En aquella oportunidad, sin embargo, el entonces presidente de la República, Ollanta Humala, observó la ley precisamente porque penalizaba la difusión de información que, sin revelar algún ilícito, podía tener un alto interés público. Ver: “Presidente Ollanta Humala observó anoche polémica ‘ley mordaza’”, *El Comercio*, 13 de enero de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2E78HBm>.

³⁵ Proyecto de Ley N° 1.950 del 3 de octubre de 2017, del congresista Héctor Becerril.

³⁶ “Editorial: Whatsapp malogrado”, *El Comercio*, 8 de octubre de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2ELL6au>.

323 del Código Penal.³⁷

En 2013, a través de la Ley N° 30.096, Ley de Delitos Informáticos, se añadió un nuevo agravante al tipo penal de la discriminación: cuando ésta “se realiza a través de las tecnologías de la información o de la comunicación”. Evidentemente, el objeto de preocupación es el de los ataques discriminatorios online. Y en 2014, a través de la Ley N° 30.171, se precisó que se producirá el agravante si “la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo”.

La evolución legislativa en el tema del discurso discriminatorio parece ser consistente tanto en la represión penal de esta forma de expresión como en el endurecimiento de las consecuencias contra el discurso online. Sin embargo, esta posición no ha venido acompañada de evidencia que soporte la eficacia de la opción legislativa escogida. Y más bien, la preocupación por el efecto censor que podría tener esta legislación sobre la libertad de expresión se ha puesto de manifiesto en 2017 con la emisión de una nueva norma modificatoria.

El Decreto Legislativo N° 1.323 promulgado en enero de 2017 por el Poder Ejecutivo introdujo algunos cambios al delito de discriminación. En primer lugar, se hizo más precisa la descripción de la conducta típica al señalar que la discriminación consiste en “actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia”. También se añadieron nuevos factores de discriminación: nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, condición migratoria y condición de salud como causales de discriminación. Y se dejó abierta la posibilidad de otras razones al incorporarse la expresión “o cualquier otro motivo”.

El tipo agravado también fue modificado en los siguientes términos:

Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de Internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.

Esta norma fue objeto de una fuerte controversia a nivel legislativo y a nivel de la opinión pública, a raíz de dos razones. La primera fue la incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como factores de discriminación. El reconocimiento de estas categorías generó el rechazo mayoritario de la sociedad conservadora peruana, que encontró eco en la agrupación parlamentaria mayoritaria, Fuerza Popular. Así, bajo el argumento de que el Congreso no había otorgado facultades al Ejecutivo para legislar en materia de identidad de género (un factor que los críticos conservadores llamaron “ideología de género”), el Congreso aprobó en mayo de 2017³⁸ la derogación parcial del Decreto Legislativo N° 1.323, restituyendo la vigencia de la redacción del artículo 323 del Código Penal previa a la última modificación, aunque esta derogación ha sido observada por el Ejecutivo y no ha sido promulgada aún.

³⁷ Ley No. 28.867, “Ley que modifica el Artículo 323 del Código Penal”, B.O del 09/08/2006.

Artículo Único.- Objeto de la Ley

Modifícase el artículo 323 del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

“DISCRIMINACIÓN

Artículo 323.- El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental.”

³⁸ La derogación parcial del Decreto Legislativo N° 1.323 fue aprobada por el pleno del Congreso de la República el 4 de mayo de 2017 con 66 votos a favor y 29 en contra.

El segundo aspecto de polémica fue el agravante de discriminación incorporado por el Decreto Legislativo N° 1.323 en la parte en que se señala: “o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través del Internet u otro medio análogo”.

Hay dos formas de leer esta previsión normativa. Una copulativa en la que los actos de violencia física o mental (entendiéndolos como sinónimos de discriminación) se producen a través de Internet u otro medio análogo, y sólo en ese caso se consideraría que se produce el supuesto de hecho agravante. Y la otra disyuntiva, en la que el agravante aplica tanto cuando en el acto de discriminación hay violencia física o mental de por medio, como cuando se utiliza la internet o medios análogos para ejecutarla.

Si bien nos hemos pronunciado de forma crítica por la ambigüedad de esta norma que permitiría considerar a la expresión online discriminatoria como un delito agravado en sí mismo³⁹, la primera (lectura copulativa) es también una interpretación viable en la que se considera que la discriminación puede tener un componente violento (como el acoso o abuso psicológico). Entonces, el acto violento sólo será considerado como un delito agravado cuando se ejecute a través de Internet o medios análogos. Cabe anotar, no obstante, que la redacción del mismo agravante en la Ley N° 30.171 de 2014 (ya comentada) se inclina más hacia la segunda lectura, en la que se distingue entre actos violentos y actos de discriminación online.

En cualquier caso, subsiste la preocupación de que cualquier expresión discriminatoria sea considerada un acto de violencia punible. Esa situación dejaría poco espacio a la discrepancia en torno a los factores permitidos o prohibidos de diferenciación social. Bajo este enfoque, la sola expresión discrepante, que no venga acompañada de un acto material, podría ser considerada discriminatoria y delictiva *per se*.

Como se señaló previamente, el Congreso peruano aprobó la derogación de esta modificación al artículo 323 del Código Penal, aunque en la actualidad existen cuatro proyectos de ley en trámite en el Parlamento que proponen modificaciones a este delito⁴⁰.

Fuera del tipo penal genérico de discriminación, se aprobaron otras normas que abordan el tema e incluyen artículos que resultan aplicables a la expresión discriminatoria, como la Ley N° 27.942 (2003) de prevención y sanción del hostigamiento sexual, originalmente dirigida a sancionar el hostigamiento sexual producido en el marco de relaciones de autoridad o dependencia⁴¹, aunque luego se amplió a los actos de hostigamiento con prescinden-

³⁹ Calderón, Andrés, “Gracias, Tamar Arimborgo”, *El Comercio*, 12 de junio de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2GRk5Dc>.

⁴⁰ Se tratan de las siguientes iniciativas:

- Proyecto N° 1.199 de abril de 2017, presentado por la congresista de Fuerza Popular Nelly Cuadros, excluye del delito de discriminación las categorías de identidad de género y orientación sexual.

- Proyecto N° 1.209 de abril de 2017, presentado por los congresistas Miguel Castro y Leyla Chihuán de Fuerza Popular –con el notorio y mediático respaldo del congresista Kenji Fujimori de la misma bancada–, que propone un texto legislativo de similar contenido al del Decreto Legislativo N° 1323.

- Proyecto N° 1.378 de mayo de 2017, presentado por los congresistas oficialistas Alberto De Belaunde y Carlos Bruce, y las integrantes del Frente Amplio Indira Huilca y Marisa Glave, que propone restituir los supuestos de hecho derogados (discriminación por género, orientación sexual, entre otros) del Decreto Legislativo N° 1.323 sobre el delito de discriminación. También establece sanciones civiles y administrativas para este tipo de discriminación en los ámbitos de la contratación de consumo y contratación de trabajadores.

- Proyecto N° 1.598 de junio del 2017, presentado por el congresista César Segura de Fuerza Popular, que incluye más supuestos de hecho al artículo 323 del Código Penal sobre el delito de discriminación (nacionalidad, condición migratoria, apellido, actividad laboral, opinión, nivel socio económico, filiación política, indumentaria, etc.), mas no las categorías de identidad de género y orientación sexual. Cabe añadir, por su relevancia, aunque fue archivado durante el periodo legislativo pasado, el proyecto N° 1.687, presentado por Rosa Mavila del grupo parlamentario Acción Popular-Frente Amplio (ex miembro de Gana Perú), que proponía sancionar con una pena de cárcel de entre tres y seis años a quien incitara a la discriminación, en concreto, a quien “públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas”.

⁴¹ Ley N° 27.942 “Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual”, B.O del 27/02/2003, Art. 1.

cia de jerarquía, cargo o función.⁴² También la Ley N° 30.314 (2015) para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, que incluye la expresión verbal de connotación sexual (gestos obscenos, comentarios e insinuaciones sexuales) cuando la víctima no desea o rechaza estas conductas.

2. Protección a menores

Durante el período investigado, se emitieron dos tipos de normas vinculadas con el discurso y la protección a menores de edad: las normas sobre *bullying* y las leyes sobre el acceso a Internet y pornografía infantil.

Respecto de las primeras, en 2011, se aprobó la Ley N° 29.719, “que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas” y prohíbe expresamente el acoso escolar “cometido por los alumnos entre sí, que provoca violencia y saldo de víctimas”.⁴³ Se trata de una norma que, esencialmente, busca que instituciones educativas y padres adopten medidas de prevención y corrección frente a los actos de “intimidación, hostigamiento, discriminación, difamación” entre alumnos, a través de “medios telefónicos, electrónicos o informáticos”.

Con relación a las segundas, se han emitido normas penales que castigan la exhibición o difusión de información pornográfica o de contenido “obsceno” a menores de edad (artículo 183 del Código Penal) y que utilizan a menores de edad en contenidos pornográficos (artículo 183-A del Código Penal),^{44, 45} con el agravante de que el material pornográfico sea difundido a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.⁴⁶ En relación con este último delito, también se han incorporado tipos especiales (Ley N° 28.251 de 2004) que castigan la promoción y favorecimiento del turismo sexual infantil “a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de internet”, y a los gerentes o responsables de publicaciones y medios de comunicación masiva “que publiciten la prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata de menores de edad”.⁴⁷

Fuera del ámbito penal, el legislador peruano también adoptó normas para limitar el acceso de menores de edad a ciertos contenidos considerados “nocivos” en internet. Así, se prohibió el acceso de menores a páginas web de contenido pornográfico (Ley N° 28.119 de 2003)⁴⁸ y a “canales de conversación o cualquier otra forma de comunicación en red de contenido y/o información pornográfica”. También determinó los establecimientos abiertos al público que brindan servicios de cabinas de Internet deben instalar software de filtros y bloqueo de estos contenidos (Ley N° 29.139 de 2007).⁴⁹ Esta última norma, además, prohibió que los menores puedan ingresar

⁴² Ley N° 29.430, “Ley que modifica la Ley N° 27.942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual”, B.O. del 08/11/2009, Art. 1.

⁴³ Ley N° 29.719, “Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas”, B.O del 25/06/2011, Art. 2.

⁴⁴ En 2004, a través de la Ley N° 28.251, se precisa expresamente que la promoción o difusión de pornografía infantil penada puede manifestarse “por cualquier medio incluido la internet”.

⁴⁵ En 2014, la Ley N° 30.171 crea un nuevo tipo especial en el artículo 183-B del Código Penal, consistente en hacer proposiciones a menores de edad para realizar actividades sexuales con él (se entiende que la sola oferta es penada) o para obtener de él material pornográfico.

⁴⁶ Ley N° 30.096, “Ley de Delitos Informáticos”, B.O del 22/10/2013, Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria.

⁴⁷ Ley N° 28.251, “Ley que modifica los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A (...)”, B.O del 08/06/2004, Art. 2.

⁴⁸ Ley N° 28.119, “Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico y a cualquier otra forma de comunicación en red de igual contenido, en las cabinas públicas de internet”, B.O del 13/12/2003, Art. 1.

⁴⁹ Ley N° 29.139 “Ley que modifica la Ley N° 28.119, Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico”, B.O. 01/12/2007, Art. 1.

a las cabinas públicas de Internet durante el horario escolar⁵⁰. Pero durante el período legislativo revisado hubo otras iniciativas que buscaban limitar aun más el horario de acceso de menores de edad a una cabina de internet y extender los filtros de contenidos en internet también a aquellos que “promuevan o inciten a la violencia extrema, a la comisión de hechos punibles, al uso y consumo de cigarrillos y derivados del tabaco, de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas” .⁵¹

3. Pornografía en internet

Más allá de las prohibiciones vinculadas con el acceso de menores de edad, la pornografía *online* no fue materia de regulación legal hasta la fecha.

Sin embargo, durante el presente período legislativo se presentaron dos iniciativas en la materia. La primera vinculada con la difusión y acceso a cualquier contenido pornográfico *online*. La segunda está relacionada con la divulgación de un contenido sexual por parte de quien accedió a él en el marco de una relación íntima o de confianza, un fenómeno conocido como “pornografía de venganza”.

En el primer caso, el congresista Yonhy Lescano de Acción Popular presentó el Proyecto de Ley N° 825 de diciembre de 2016, que tiene por objeto establecer una prohibición general y absoluta de la difusión de pornografía en internet, bajo el argumento de que todo tipo de información pornográfica representa “una afectación a la salud mental y a la educación sexual de las personas” y “representa un factor que incentiva los delitos sexuales”.

En virtud de esta iniciativa, las empresas proveedoras del servicio de Internet estarían obligadas a instalar bloqueadores que impidan la visualización de páginas de contenido pornográfico. Esta propuesta ha sido duramente criticada en los medios de comunicación y la opinión pública por carecer de un mínimo de sustento en relación con su afirmación sobre los efectos nocivos de la pornografía en el público adulto. Además, representa una intromisión paternalista en las libertades de los adultos. Hasta el momento, este proyecto no fue dictaminado por ninguna de las comisiones parlamentarias a las que fue derivado (transportes y comunicaciones, y mujer y familia).

La segunda propuesta legislativa a la que hacíamos referencia es la N° 1.669 de julio de este año, presentada por el congresista de Fuerza Popular José Marvin Palma y firmada por parlamentarios de otras tres agrupaciones. El proyecto incorpora un nuevo delito al Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 154 – B.- Difusión de material íntimo de manera no consentida

El que, sin consentimiento y de forma deliberada, difunde, amenaza o pone en disposición imágenes, material audiovisual o audios, con contenido sexual de un individuo con el que este hubiera mantenido o mantiene una relación íntima o de confianza será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La exposición de motivos de este proyecto hace alusión expresa a esta forma de difusión de pornografía como “pornografía de venganza” y señala que se trata de una manifestación de “violencia psicológica, doméstica e incluso como una forma de abuso sexual”.

⁵⁰ Artículo 6 de la Ley N° 28.119, incorporado mediante el artículo 2 de la Ley N° 29.139 “Ley que modifica la Ley N° 28.119, Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico”, B.O. 01/12/2007.

⁵¹ Proyecto de Ley N° 919 del 21 de marzo de 2012, del congresista Jaime Delgado.

Hay dos aspectos interesantes a destacar de esta iniciativa. El primero es que entiende a este tipo de difusión como una forma de violencia; es decir, una forma agravada de expresión que, en tal concepto, sería merecedora de menor protección. El segundo es que el castigo es aplicable no a cualquier persona que, sin consentimiento, difunda imágenes, audios o videos de contenido erótico de una persona, sino únicamente a quien hubiera mantenido o mantiene una relación íntima o de confianza con tal persona; es decir, una pareja o ex pareja sexual o sentimental. Esta acotación es importante pues excluye de responsabilidad a terceros que, sin tener ningún contacto con la persona afectada, hubieran accedido y difundido dicho material. No obstante, hubiera resultado pertinente precisar que el autor calificado del delito tenía que acceder al contenido íntimo con ocasión de la relación sexual o sentimental. En tal caso, este último no podría alegar encontrarse en el lugar del tercero que accede y difunde el material sin conocer que éste se obtuvo sin consentimiento. El proyecto de ley recién se encuentra en estudio en la comisión parlamentaria de Justicia y Derechos Humanos.

VII. Terrorismo y Apología

1. La legislación antiterrorista

La legislación sobre terrorismo en el Perú existe desde los años 80. Sin embargo, las normas vigentes datan de 1992 con la aprobación de las normas que derogarían y suplirían el capítulo II del Título XIV (Delitos contra la Tranquilidad Pública) del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635).

El tipo básico del delito de terrorismo es el que se describe en el artículo 2 de dicho Decreto Ley N° 25.475:

Artículo 2.- Descripción típica del delito.

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

A diferencia de lo que sucede en otros países, el delito de terrorismo en el Perú es esencialmente uno de acción. Aunque luego fuera modificado para incluir algunas formas expresivas (como la incitación o la colaboración), en el Perú se consideró un delito autónomo las expresiones que favorecen o reivindicán los actos delictivos, y en particular los de terrorismo: el delito de apología.

En otros artículos del Decreto Ley N° 25.475 se contemplaban otros tipos penales como la colaboración con el terrorismo, la instigación al terrorismo y la afiliación a organizaciones terroristas.⁵²

⁵² Decreto Ley N° 25.475 “Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”, B.O del 06/05/1992, Arts. 4 al 8.

Sin embargo, la legislación antiterrorista –que fue complementada por los Decretos Leyes N° 25.659, 258.806 y 257.087– fue objeto de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional peruano en 2003 (Caso *Tineo Silva*), por varias restricciones al derecho de defensa y debido proceso que se contemplaban⁵³.

En lo que respecta al delito de expresión propiamente dicho, la apología fue incorporada dentro de los delitos contra la tranquilidad pública del Código Penal, el mismo título en el que se contemplaron en su momento los delitos de terrorismo. El artículo 316 original del Código Penal definía al delito de apología en estos términos:

Artículo 316.- *El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.*

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Desde su concepción, el delito de apología fue objeto de controversia por la dificultad para definir los contornos dentro de los cuales una expresión puede ser considerada apologética *e ilícita*.

Así, se discutió los distintos grados de expresión que podrían calzar dentro de la figura de la apología. En un grado menor se encuentran la justificación del sentenciado por un delito o la crítica a la sentencia que lo condena. Con mayor intensidad en la expresión, estaría la exaltación o enaltecimiento del condenado o de la conducta que le valió la sentencia en su contra. Y en un nivel *aún* superior, está la incitación a la comisión de acciones que califican como delitos, o repetir los actos de quien hubiera sido sentenciado.

Para Chirinos Soto, la figura planteada en el artículo 316 del Código Penal, resulta de carácter desproporcionado: “No vemos cómo, por ejemplo, la apología de una difamación o de su autor pueda, de alguna manera, comprometer el sosiego colectivo. La norma, pues, tiene alcances excesivos”⁵⁴.

En 1992, el Decreto Ley N° 25.474 incorporó un delito específico de apología en su artículo 7, en términos bastante similares a los del primer párrafo del artículo 316 del Código Penal original:

Artículo 7.- Apología.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.

Este artículo fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que culminó con la ya comentada sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del caso *Tineo Silva*.

En dicha oportunidad, el TC declaró la inconstitucionalidad del artículo antes citado junto con el artículo 1 del

⁵³ Tribunal Constitucional, “Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y 5.000 ciudadanos”, sentencia del 3 de enero de 2003, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, disponible en: <http://bit.ly/152rllz>.

Sentencia del TC del 3 de enero del 2003, acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes Nos 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. EXP. N.º 010-2002-AI/TC.

⁵⁴ Chirinos Soto, Enrique, *Código Penal*, Lima, Editorial Rodhas, 2da ed., 2005, p. 685.

Decreto Ley N° 25.880 que tipificaba la apología terrorista por parte de un docente.⁵⁵ Después de reconocer que las libertades de expresión no son absolutas y pueden ser limitadas, el TC consideró que los tipos penales genérico y agravado de la apología “no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella”.⁵⁶ De esta forma, el delito de apología “no es, *per se*, inconstitucional”, siempre que la represión penal de la expresión se realice “de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas” .⁵⁷

Una precisión importante en esta sentencia es la distinción que el TC hace entre la apología y la instigación. La primera “no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. (...) en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista”⁵⁸. Por ende, la razón de sancionar la apología está en la legitimación discursiva de la acción delictiva en sí misma.

En su sentencia, el TC también da parámetros que deben respetarse en la tipificación del delito de apología:

- a) *Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;*
- b) *Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;*
- c) *Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,*
- d) *Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.*⁵⁹

Si bien las primeras dos condiciones son objetivas y suficientemente claras, el problema con la configuración normativa del delito es aún mayor y la controversia no queda resuelta con los últimos dos requisitos. De hecho, el último (“que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso”) resulta subjetivo y difícilmente permite trazar una línea clara al legislador.

Cuando menos, el TC sí parece haber estimado que el tipo de expresión apologética sancionable no necesita ser tan intenso como una instigación, sino que bastaría con la exaltación o el elogio. Queda por definir si otras expresiones como la crítica, la ironía, la sátira o incluso la justificación pueden ser consideradas como apologéticas.

Después de la sentencia, los gobiernos de Alejandro Toledo (Decreto Legislativo N° 924 de 2003) y Alan García (Decreto Legislativo N° 982 de 2007) emitieron normas contemplando a la apología del terrorismo como un delito especial en el Código Penal e incluso estableciendo agravantes a sus penas, pero sin corregir la vaguedad de la conducta típica. En el caso del Decreto Legislativo N° 982, una de las agravantes incluía la apología del terrorismo llevada a cabo “a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como internet u otros análogos”.

⁵⁵ Decreto Ley N° 25.880, “Consideran como autor de Delito de Traición a la Patria al que, valiéndose de su condición de docente influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo”, B.O del 26/11/1992.

Artículo 1.- El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo, será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36° del Código Penal.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, “Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y 5.000 ciudadanos”, supra nota 53, Fundamento Jurídico 88.

⁵⁷ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 87.

⁵⁸ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 84.

⁵⁹ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 88.

Apesar de que las iniciativas legislativas en la materia habían proliferado con el tiempo, no se habían aprobado nuevas leyes en materia de apología hasta 2017, cuando a mitad de junio se aprobó una modificación del artículo 316 del Código Penal. El contexto que propició su rápida aprobación fue el de una reciente marcha del Movadef –la facción política del grupo terrorista Sendero Luminoso– por las calles de Lima, la capital del Perú. Mientras algunos sindicatos laborales hacían una marcha pacífica por el Día del Trabajador, algunos miembros del Movadef se insertaron en la manifestación con pancartas alusivas a terroristas sentenciados y encarcelados, y en las que se leían mensajes a favor de su amnistía y la culminación de algunos procesos penales pendientes.

Ello motivó una fuerte crítica de parte de varios sectores políticos, principalmente de Fuerza Popular, agrupación opositora al gobierno y que cuenta con una amplia mayoría en el Congreso de la República. La crítica llegó al punto de solicitar la interpelación y renuncia del ministro del Interior por no haber tomado acciones inmediatas en contra de los manifestantes, como detenerlos, por considerar que se trataba de un acto flagrante de apología al terrorismo.

Dado que el tipo de mensaje que difundían los miembros del Movadef no era directamente una reivindicación de los condenados por terrorismo ni de sus actos, muchos especialistas opinaron que resultaba complicado penalizar esta manifestación bajo los términos de la legislación penal vigente.⁶⁰

Eso motivó el empuje que recibieron en el trámite parlamentario cinco recientes proyectos legislativos (397-2016,⁶¹ 611-2016,⁶² 714-2016,⁶³ 801-2016⁶⁴ y 1395-2016⁶⁵). Ellos fueron derivados a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que aprobó por mayoría un dictamen que condensaba las propuestas de las distintas iniciativas legislativas. El 15 junio de 2017 se aprobó la nueva ley en el Pleno del Congreso y el 19 de julio se publicó la Ley Nº 30.610.

Como primera novedad, la norma aprobada separa en dos artículos distintos del Código Penal (316 y 316-A) los delitos de apología general y de apología del terrorismo. También propone una redacción más específica sobre lo que se entiende como apología: “El que públicamente **exalta, justifica o enaltece** un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe...” (resaltado propio). Esta definición contrasta con la de la norma vigente hasta entonces, que describía la conducta típica en términos vagos y circulares: “el que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe”.

Como se puede apreciar, la tercera novedad es que se especifica que el condenado al que se trata apologéticamente debe tener una sentencia firme, lo que otorga mayor claridad y seguridad jurídica.

La regulación del delito de apología del terrorismo sigue la misma técnica legislativa: “Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo o de cualquier de sus tipos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe”. Se contemplaron además dos agravantes en el caso del delito de apología de terrorismo:

Cuando la apología se realiza a través de medios escritos, o medios de comunicación social o el uso de tecnologías de la información o comunicación (algo ya previsto con una redacción diferente en la norma anterior).

⁶⁰ “¿Policía podía detener a integrantes del Movadef por marcha?”, *El Comercio*, 2 de mayo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2E6M54d>.

Chang, Romy, “¿Delito de apología o libertad de expresión?”, *El Comercio*, 5 de mayo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2BcWi09>.

Calderón, Andrés, “Movadef: odio vs. odio”, *El Comercio*, 8 de mayo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2FR6v1o>.

⁶¹ Presentado por el congresista Octavio Salazar de Fuerza Popular.

⁶² Presentado por el congresista Carlos Tubino de Fuerza Popular.

⁶³ Presentado por la congresista Luciana León de la Célula parlamentaria Aprista.

⁶⁴ Presentado por el congresista Edmundo del Águila de Acción Popular.

⁶⁵ Presentado por el congresista Marco Miyashiro de Fuerza Popular.

Cuando la apología se realiza como autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa o usando la presencia de menores de edad.

Si bien la nueva redacción otorga mayor claridad sobre los contornos del delito de apología, lo cual representa un importante avance en aras de los principios de predictibilidad y tipicidad en materia penal, la nueva norma conlleva una restricción muy grande a la libertad de expresión.

Por un lado, el Congreso peruano se reafirma en su posición de estar dentro de los países que penalizan esta suerte de discurso de odio, aun cuando este no suponga un llamado a la realización de una conducta violenta o lesiva. Y, por el otro, se llega al extremo de no sólo criminalizar la opinión laudatoria o enaltecedora de quien cometió un delito, sino también la opinión crítica de quien considera injusta la condena de un delito.

Al incluir la conjugación verbal “justifica” dentro de la conducta típica, se limita excesivamente el espacio para la opinión crítica. Así, por ejemplo, quien considera que una conducta calificada como punible por el sistema de justicia no merece tal suerte por encontrarse justificada, podría calzar dentro del tipo penal de apología porque estaría “justificando” el delito o al autor del delito.

La nueva configuración del delito de apología supone, así, una restricción desproporcional a la libertad de expresión y al derecho que tiene todo ciudadano a expresar públicamente su opinión sobre el funcionamiento del Estado. En particular, de su aparato judicial.

Se impulsaron otras iniciativas legislativas vinculadas con el delito de terrorismo y la expresión que, finalmente, no fueron aprobadas. Por ejemplo, el Proyecto de Ley N° 1.464 de 2012, presentado por el Gobierno de Ollanta Humala, que buscaba incorporar el delito de “negacionismo de los delitos de terrorismo” al Código Penal, y que castigaba al que públicamente aprobara, justificara, negara, o minimizara los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas. De acuerdo a este planteamiento, la negación de estos delitos tenía por efecto “menospreciar, hostilizar u ofender a un colectivo social”, “enaltecer a los responsables” del terrorismo, “propiciar o estimular la violencia terrorista” o servir “como medio para adoctrinar con fines terroristas”. También se puede mencionar el Proyecto de Ley N° 1.565 de 2012, presentado por Pedro Spadaro de Fuerza Popular, que tenía por objeto establecer una franja televisiva y radial en los canales del Estado (señal abierta), que contenga mensajes, videos o fotografías con el fin de recordar los efectos lesivos que causaron organizaciones terroristas a la sociedad peruana.

VIII. Responsabilidad de intermediarios

La posibilidad de que diversos derechos tradicionales (imagen, derechos de autor, privacidad, propiedad) sean vulnerados en internet motivó una amplia discusión mundial sobre la pertinencia de regular a los intermediarios. Esto abarca tanto a los proveedores de servicios de internet (ISP, por sus siglas en inglés) como a quienes brindan servicios intermedios en internet como el servicio de *hosting*, de almacenamiento temporal, de motores de búsquedas o plataformas que permiten el acceso a contenidos de terceros.

La importancia que han desarrollado estas plataformas para el desarrollo de relaciones (comerciales o personales) en internet motivó que este tipo de servicios (así como los de *hosting* y los de los ISP) fueran objeto de atención por parte de legisladores en todo el mundo que vieron en ellos a actores relevantes en el control y defensa de los derechos que podrían vulnerarse en internet.

Son millones los potenciales usuarios de internet que difunden sin autorización obras protegidas por derechos de autor, trafican con productos que vulneran derechos marcarios o atentan contra la imagen de personas. A raíz de eso, el legislador optó en ocasiones por atribuir obligaciones (y responsabilidades) a los intermediarios para detectar y/o combatir estas infracciones.

A nivel local, este tema fue objeto de limitada atención legislativa. El Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (APC) firmado en 2006 y que entró en vigencia en 2009 contiene un subcapítulo específico titulado “Limitaciones a la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios”. Éste establece la obligación del Estado peruano de no responsabilizar a los proveedores intermediarios por infracciones a los derechos de propiedad intelectual que cometan sus usuarios, siempre que se cumplan con ciertos presupuestos y adopten ciertas acciones de prevención o reacción (*safe harbor*). En concreto, se demanda que el proveedor intermediario no participe directamente en la acción infractora, no perciba un beneficio directo y tome acciones expeditivas y atienda el problema una vez que haya tomado conocimiento de la infracción.⁶⁶

En la doctrina local, esto fue entendido como una obligación para que el Perú adopte una regulación similar a la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) de EE.UU.⁶⁷, que establezca la inmunidad de las ISP siempre que cumplieran con estándares de diligencia en la detección de infracciones a las normas de *copyright*.⁶⁸ Así, la DMCA incorpora un sistema de notificaciones y contranotificaciones, conocido como *notice and takedown*, a partir del cual el titular de un derecho de *copyright* presuntamente vulnerado notificará al ISP adjuntando las pruebas de la infracción.⁶⁹ Siguiendo la línea de la DMCA, el APC Perú-Estados Unidos dispone que el ISP corra el traslado al presunto infractor y, con o sin su respuesta, evalúe el caso y tome acción para retirar el contenido infractor y, en última instancia, cancelar el servicio del usuario infractor.⁷⁰ En virtud de estas acciones, el ISP no será considerado responsable.⁷¹

Sin perjuicio de que el Perú aún no reguló legalmente un sistema similar, la autoridad de protección de derechos de autor (el Indecopi) ha aplicado el artículo 39 del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el derecho de autor –vigente desde abril de 1996–, respecto de terceros que hubieran colaborado con la infracción del derecho patrimonial de comunicación pública.⁷² Uno de los pocos casos en los que se señaló preliminarmente que una plataforma *online* podría ser responsable por la comunicación no autorizada de obras protegidas por el derecho de autor fue el del registro del dominio web The Pirate Bay en el Perú.⁷³

⁶⁶ Montezuma, Oscar. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en derechos de autor”, en: Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, *Investigaciones conmemorativas por los 16 años de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Tesis de alumnos y Congreso Internacional*, Lima, PUCP, 2016, p. 414.

⁶⁷ Digital Millennium Copyright Act. 17 U.S. Code § 512.

⁶⁸ Montezuma, Oscar. “Regulando al intermediario. El régimen de limitación de responsabilidad para los proveedores de servicios de Internet en el APC Perú-Estados Unidos”, en: *Actualidad Jurídica*, 184, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 42.

⁶⁹ Montezuma, Oscar. “La sobrerregulación de los derechos de autor en Internet. ¿Cómo llegamos a SOPA, PIPA y OPEN?”, en: *Gaceta Constitucional* 50, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 401.

⁷⁰ APC Perú – Estados Unidos, Art. 16.11.29(b)(viii).

⁷¹ APC Perú – Estados Unidos, Art. 16.11.29(b)(x).

⁷² Decreto Legislativo N° 822,

Artículo 39.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

Ver también: Montezuma, Oscar, *supra* nota 134, 2016, p. 411.

⁷³ Comisión de Derecho de Autor del Indecopi, “De Oficio c/ Red Científica Peruana”, Resolución 00601-2013/CDA-INDECOPI del 16 de diciembre de 2013.

Fuera de la legislación de derechos de autor, y sin una previsión normativa específica que regule el caso de intermediarios o plataformas *online*, a nivel jurisprudencial se ha atribuido ciertas responsabilidades por las acciones de usuarios a los titulares de plataformas de comercio electrónico como MercadoLibre,⁷⁴ Google,⁷⁵ y se ha limitado el alcance de otras como Groupon⁷⁶ y Easy Taxi,⁷⁷ desde la perspectiva de la protección de datos personales y protección al consumidor, respectivamente.

Recientemente, en junio de 2017, el congresista Miguel Ángel Elías Ávalos de Fuerza Popular presentó el Proyecto de Ley N° 1.505 que busca regular el servicio de taxi de plataformas tecnológicas como Uber, Easy Taxi, Taxi Beat, entre otros. El proyecto impone una serie de requisitos como contar con mecanismos para identificar al vehículo y la ruta a seguir y tener una oficina administrativa en el país, un centro de atención telefónica. Estas exigencias han sido objeto de críticas por limitar la innovación tecnológica y pretender regular y limitar una oferta en constante cambio.⁷⁸

Además, la poca claridad en la redacción del texto de esta iniciativa podría generar que no se distinga entre la responsabilidad del proveedor del servicio (el taxista) y el de la plataforma. De esa forma se establece una suerte de corresponsabilidad por la infracción de normas de carácter administrativo y de protección al consumidor.⁷⁹

IX. Síntesis

Como adelantábamos al inicio de este trabajo, los últimos veinte años de producción legislativa y los últimos cinco de propuestas de la misma naturaleza en materia de libertad de expresión pueden ser catalogados como reacciones coyunturales a eventos del momento, que no tuvieron una clara dirección o apuesta a favor de este derecho fundamental.

⁷⁴ DGPDP, “No identificado c/ MercadoLibre Perú”, Resolución 066-2014-JUS/DGPDP del 7 de agosto de 2014, disponible en: <http://bit.ly/2EkmDvr>, y Resolución 073-2014-JUS/DGPDP del 3 de octubre de 2014, disponible en: <http://bit.ly/2BGF64c>.

⁷⁵ DGPDP, “No identificado c/ Google Perú”, Resolución 045-2015-JUS/DGPDP del 30 de diciembre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2BeP7EX>, y Resolución 026-2016-JUS/DGPDP del 11 de marzo de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2GVhsR5>.

⁷⁶ Comisión de Protección al Consumidor 2 del Indecopi, “Ministerio de Transportes y Comunicaciones c/ Needish Perú y Globos del Perú”, Resolución Final 482-2013/CC2 del 14 de mayo de 2013.

⁷⁷ Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. “De oficio c/ Easy Taxi Perú”, Resolución 099-2015/CD1-INDECOPI del 19 de agosto de 2015.

⁷⁸ “Uber y otras apps de taxi afrontarán intento de regulación del Congreso”, *El Comercio*, 13 de junio de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2rWTJu5>.

⁷⁹ **Proyecto de Ley N° 1.505, Artículo 3. De la intermediación de las plataformas tecnológicas en el servicio de transporte privado.**

(...)

La oferta del servicio privado de transportes a través de plataformas tecnológicas o aplicaciones virtuales, no exime al operador del servicio de las responsabilidades y obligaciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, ni del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ni las que se deriven en materia civil o penal producto del servicio.

Artículo 7. De la corresponsabilidad del administrador de la plataforma.

El administrador de la plataforma virtual del servicio de transporte privado y el conductor de la unidad que presta el servicio son responsables del cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 y 6 de la presente ley, su omisión es sancionable conforme lo dispuesto por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Sin embargo, sí se pueden apreciar algunas preferencias legislativas durante los periodos investigados. Por ejemplo, a nivel temático existe un particular interés del legislador peruano por las materias de discriminación por un lado y por los delitos de terrorismo y apología del terrorismo, por el otro. De los 39 proyectos de ley revisados, 7 versaban sobre discriminación y 11 sobre terrorismo y apología. A nivel de leyes, de las 29 normas aprobadas en el intervalo temporal considerado, 8 tuvieron que ver con discriminación y 4 con terrorismo y apología.

Otra inclinación clara del legislador nacional es la apuesta constante por normas de carácter penal (en lugar de optar por alternativas en los ámbitos civil y administrativo) para tratar de dar solución a pretendidos problemas vinculados con la expresión. 21 de las 39 iniciativas legislativas criminalizan la expresión y 5 de ellas proponen una nueva figura penal. Apenas 1 proyecto de ley propuso la despenalización. Felizmente, la mayoría de iniciativas penales no prosperó. 9 de las 29 leyes aprobadas criminalizan la expresión.

El número de iniciativas legislativas que regulan el discurso *online* fue creciendo. En total, se presentaron 19 propuestas, 8 de las cuales corresponden al último año (2017). 14 de esos proyectos hacen más difícil el discurso *online* que el *offline*, sea por medio de regulación especialmente dirigida a internet o a través de sanciones agravadas para expresiones que utilizan las tecnologías de la información y comunicación. En lo que refiere a leyes aprobadas que regulan contenidos en internet, estas fueron 8 sin que se aprecie un incremento sustancial de número en los últimos años.

Finalmente, el resultado agregado no es alentador. La gran mayoría de las acciones legislativas fueron destinadas a limitar y no promover el discurso. En total, 19 de las 29 leyes analizadas establecieron restricciones adicionales a la expresión y sólo 8 lograron superar, a nuestro criterio, el test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad. En proyectos de ley, 34 de los 39 estudiados proponían restricciones adicionales a la expresión. Aunque la gran mayoría superaba el requisito de legalidad (31), sólo 4 pasarían la exigencia de proporcionalidad y ninguno la de necesidad. Y esto se explica por la costumbre de los proyectos legislativos de ni siquiera explorar alternativas regulatorias y también por la predilección por la respuesta más radical: la penal.

Aunque las acciones legislativas fueron esencialmente el producto de reacciones coyunturales y muy poco reflexionadas, la verificada proliferación de iniciativas que ahondan en la criminalización del discurso y que perjudican a la expresión *online* arrojan un resultado poco alentador para la legislación sobre libertad de expresión en el Perú.

* * * *