

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**EXCEPCIONALIDAD DEL MARCO
REGULATORIO PARA COMBATIR LA
DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS EN
EL PERÚ: EL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL
DEL INTERCAMBIO DE IDEAS FRENTE AL
FENÓMENO DE LA CONECTIVIDAD
GLOBALIZADA**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Gabriel David Castillo Lozada

Código 20160308

Asesor

Luis Roel Alva

Lima – Perú

2023

**EXCEPTIONALITY OF THE REGULATORY
FRAMEWORK TO COMBAT
DISINFORMATION THROUGH FAKE NEWS IN
PERU: THE CONSTITUTIONAL STANDARD OF
THE EXCHANGE OF IDEAS FACING THE
PHENOMENON OF GLOBALIZED
CONNECTIVITY**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	IV
ABSTRACT.....	V
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	2
1.1 Pregunta Principal e Hipótesis	2
1.2 Objetivos de la Investigación	4
1.3 Justificación.....	5
1.4 Estado del Arte	8
1.5 Marco teórico.....	13
1.6 Metodología de la Investigación.....	18
CAPÍTULO II: LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	19
2.1 Aproximaciones generales en el sistema jurídico nacional e internacional	19
2.2 Los límites a la libertad de expresión en el Perú según el bloque de constitucionalidad.....	27
2.3 La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información.....	33
2.4 La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y los bienes jurídicos protegidos por el Estado.....	38
2.5 Crítica al paradigma de la autorregulación de las <i>fake news</i> en el espectro de la radiodifusión peruana.....	47
CAPÍTULO III: EL MARCO REGULATORIO QUE SANCIONA LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS.....	54
3.1 Crítica a los avances legislativos para sancionar la desinformación mediante <i>fake news</i> en el Derecho Comparado.....	54

3.2	<i>Fake news</i> en Estados Unidos: Hillary Clinton v. Donald Trump.....	62
3.3	Delimitación de la responsabilidad en las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea frente a las <i>fake news</i>	66
3.4	Justificación de la naturaleza jurídica penal del marco regulatorio que sanciona la desinformación mediante <i>fake news</i>	70
3.5	El estándar constitucional del intercambio de ideas ante las <i>fake news</i>	74
	CAPÍTULO IV: PROPUESTA TÉCNICO – JURÍDICA DE LA LEY QUE SANCIONA LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS.....	78
4.1	Conceptos jurídicos aplicables del régimen penal a la desinformación mediante <i>fake news</i>	78
4.2	Delimitación del concepto de <i>fake news</i> para el Derecho Peruano.....	81
4.3	<i>Fake news</i> vs. la posverdad.....	86
4.4	Supuestos jurídicos de desinformación mediante <i>fake news</i> en el Código Penal.....	87
4.5	La excepcionalidad en la procedencia de la acción penal.....	92
4.6	Condiciones objetivas para la determinación de la sanción penal de carácter pecuniario y/o la privación de la libertad.....	95
4.7	Respecto a la propuesta legislativa “Ley que sanciona la desinformación mediante <i>fake news</i> (noticias falsas)”.....	98
	CONCLUSIONES.....	101
	ANEXO I: LEY QUE SANCIONA LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS (NOTICIAS FALSAS).....	104
	REFERENCIAS.....	107

RESUMEN

En la presente tesis, el autor analiza el carácter constitucional de la legislación aplicable a las *fake news* en el Perú conforme al bloque de constitucionalidad, el estándar actual de la libertad de expresión y sus límites externos. En ese sentido, evidencia las deficiencias del *soft law*, derivado de la autorregulación de los medios de comunicación, proponiendo la aplicación de otros medios idóneos para combatir la desinformación en el Perú. Asimismo, revisa los avances legislativos en el Derecho Comparado, contrastándolos con las disposiciones en tratados internacionales, revelando sus excesos frente al derecho a la libertad de expresión, así como las deficiencias técnicas y jurídicas en la redacción de los supuestos de hecho. Luego, explica las razones jurídicas para aplicar el Derecho Penal a las *fake news* y descarta en parte el estándar constitucional del intercambio de ideas como obstáculo para su regulación. En atención a lo expuesto, propone un régimen penal específico para sancionar la difusión reiterativa de *fake news*, define jurídica y técnicamente dicho fenómeno, establece los presupuestos para la procedencia excepcional de la acción penal, las consideraciones para la graduación de la pena y la interpretación sistemática en armonía con las fuentes de Derecho citadas.

Palabras clave: Fake news, libertad de expresión, redes sociales, derecho a la información, redes sociales, ciberespacio.

ABSTRACT

In this thesis, the author analyzes the constitutional character of a regulatory framework against fake news in Peru in accordance with the constitutional block, the current legal standard of freedom of expression and its external limits. In this sense, it shows the deficiencies of the soft law, derived from the self-regulation of the media, proposing the application of other suitable means to combat disinformation in Peru. Likewise, it reviews the legislative advances in Comparative Law in order to contrast them in the light of the provisions of international treaties and revealing their excesses in relation to the right to freedom of speech, as well as the technical and legal deficiencies in the draft of the legal assumptions. Then, it explains the legal reasons for applying Criminal Law to fake news and partly discards the constitutional standard of the exchange of ideas as an obstacle to its regulation. Based on the points mentioned, it proposes a specific criminal regime to penalize the repeated dissemination of fake news, it defines legally and technically the phenomenon in question, establishes the assumptions for the criminal action's exceptional fair, the conditions for the graduation of the penalty and the systematic interpretation in harmony with the sources of law.

KEYWORDS: Fake news, freedom of speech, social networks, right to information, social networks, cyberspace.

INTRODUCCIÓN

Gracias al ciberespacio y las plataformas digitales se ha aumentado el alcance de las opiniones y declaraciones, lo cual ha permitido una comunicación globalizada e instantánea, ampliando los márgenes de actuación del derecho a la libertad de expresión por la mayor accesibilidad a diversas fuentes de información.

Paradójicamente, ello ha incrementado la difusión de *fake news*, creando escenarios de conflicto por una grave tergiversación de la realidad, quebrando la relación de confianza entre individuos e instituciones claves para el correcto funcionamiento del Estado (Castillo, 2021, p. 14).

En el ámbito internacional, han propiciado el auge de grupos extremistas y la tergiversación de las medidas adoptadas por organismos internacionales sobre el cambio climático o la salud pública, provocando el quiebre en la confianza entre Estados vecinos y el cuestionamiento a mantener las comunidades de naciones como la Unión Europea.

En Perú, las *fake news* han adquirido protagonismo a partir de las últimas elecciones presidenciales y congresales del año 2021 y, especialmente, durante la pandemia mundial debido al Covid-19, principalmente en las redes sociales por la concentración masiva de interacciones, obligando a las autoridades de salud a copar los espacios virtuales para comunicar las medidas preventivas y de distanciamiento social ante la asimetría informativa mencionada (Hartley & Vu, 2020, p.738).

Siendo evidente los graves y potenciales conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información, así como otros bienes jurídicos protegidos por el Estado, esta tesis plantea un marco penal específico para sancionar la desinformación vía *fake news* sin que ello amerite un escenario de censura o prohibición indirecta, tomando en cuenta los avances legislativos en el Derecho Comparado, los recientes pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional y la doctrina, y el paradigma jurídico establecido en el bloque de constitucionalidad.

CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACION

En este capítulo se plantea la pregunta principal y las secundarias con sus respectivas hipótesis iniciales, los objetivos principales y secundarios, la justificación para la elaboración de esta tesis, el estado del arte sobre las investigaciones realizadas sobre la regulación de las *fake news* y el marco teórico sobre libertad de expresión, tecnología y desinformación

1.1 Pregunta Principal e Hipótesis

Pregunta principal

¿Cuáles serían los supuestos de hecho y condiciones jurídicas para la procedencia excepcional de la aplicación y ejecución del marco regulatorio para sancionar la desinformación mediante *fake news* en el Perú?

Hipótesis principal

La determinación de los supuestos de hecho de desinformación mediante *fake news* en el ordenamiento peruano comprenderían la creación, difusión y propagación de hechos o sucesos irreales y/o la deformación de situaciones verídicas con el fin de engañar a una población determinada y afectar gravemente el Estado constitucional de Derecho, los derechos constitucionalmente reconocidos de la ciudadanía y los objetos jurídicos protegidos por el Estado.

Asimismo, para determinar su gravedad y la actuación excepcional del poder coercitivo del Estado se deben observar ciertas condiciones técnicas dentro del espectro radio eléctrico y del ciberespacio: alcance y grado de difusión, tipo de información utilizada o deformada, la imposibilidad del sistema social para erradicar su difusión global, etc.

Primera subpregunta

¿Cuál es la fundamentación dogmática y socio – jurídica para conceptualizar la excepcionalidad de la aplicación y ejecución del marco regulatorio para sancionar la desinformación mediante *fake news* en el Perú?

Primera subhipótesis

Conforme al artículo 2 sección 4 de la Constitución Política del Perú y los pactos internacionales suscritos por el Estado peruano, es posible sancionar las manifestaciones de la libertad de expresión por la afectación a otros derechos fundamentales como el derecho a la información u objetos jurídicos protegidos como la salud pública, en la medida que ello no configure situaciones de censura o la prohibición de su difusión.

Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido la necesidad de un margen de optimización para limitar o restringir su ejercicio, que no vulnere su contenido sustancial al punto de represión.

Desde un punto de vista socio – jurídico, el avance agigantado de las telecomunicaciones y las plataformas digitales ha creado un subsistema social para autorregular la desinformación y sus derivados; no obstante, requiere la cooperación de los Estados y la ponderación de los valores constitucionales para reorganizar la estrategia privada sin vulnerar los derechos fundamentales de la persona.

Segunda subpregunta

En el Derecho Comparado, ¿cuáles han sido los resultados de aplicar y ejecutar marcos regulatorios para combatir la desinformación mediante *fake news*?

Segunda subhipótesis

En Estados Unidos, los avances legislativos han ignorado la desinformación y la radicalización en los medios digitales por temas políticos, así como el favorecimiento a los administradores de las redes sociales para eximirse de responsabilidad ante la filtración de contenido ilegal en sus dominios de Internet o la discrecionalidad del cifrado.

Por otro lado, en el escenario europeo, se han implementado acuerdos con las redes sociales de mayor y menor escala para obtener reportes sobre las quejas de información falsa, se ha apostado por la intervención de los canales periodísticos

nacionales o la expulsión de empresas extranjeras que cometen actos de desinformación y otras medidas del mismo carácter.

A pesar de estos avances, Naciones Unidas ha criticado la falta de supervisión judicial sobre su legitimidad y legalidad de manera directa o indirecta para remover y eliminar el contenido, principalmente en el ciberespacio.

Tercera subpregunta

¿Qué argumentos jurídicos sostienen que el bloque de constitucionalidad del Estado Peruano aboga por el estándar constitucional del intercambio de ideas frente al fenómeno de la conectividad globalizada?

Tercera subhipótesis

La Constitución Política del Perú, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos considera, de manera implícita, que el ejercicio de la libertad de expresión en el marco colectivo se desenvuelve como en un mercado de ideas con carga moral según la cantidad de personas que apoyan los valores, idearios y principios inmersos dentro de ello.

Sin embargo, guarda distancia con el estándar estadounidense en la medida que reconoce los deberes y obligaciones del ejercicio de la libertad de expresión para con la sociedad ante la afectación de determinados derechos fundamentales u objetos jurídicamente protegidos, por lo que el margen de actuación es más reducido.

Desde un punto de vista funcionalista, ante el avance tecnológico de los medios de comunicación tradicionales y las redes sociales, es posible identificar la abstracción del mercado de ideas con el escenario material de la globalización, que discute el alcance territorial del poder coercitivo de los Estados frente a este fenómeno económico, social y político.

1.2 Objetivos de la Investigación

Objetivo superior

- Determinar los supuestos de hecho y condiciones jurídicas para la procedencia excepcional de la aplicación y ejecución del marco regulatorio para sancionar la desinformación mediante *fake news* en el Perú.

Objetivos secundarios

- Analizar los resultados de aplicar y ejecutar marcos regulatorios para combatir la desinformación mediante *fake news*.
- Analizar la fundamentación jurídica respecto a que el bloque de constitucionalidad del Estado Peruano abogue por el estándar constitucional del intercambio de ideas frente al fenómeno de la conectividad globalizada.

1.3 Justificación

Actualmente, las campañas políticas, los personajes públicos y los medios de comunicación se han visto enfrentados por la propalación de información falsa y/o tergiversada con el fin de provocar revuelo o desorden social, afectando el orden público y bienes jurídicos como salud, administración pública, seguridad, etc.

Así, se plantea cuáles serían los supuestos jurídicos que delimiten la desinformación mediante *fake news* en el Perú, considerando los bienes jurídicos y derechos constitucionales afectados, los sujetos involucrados en la creación, distribución y difusión, y la hegemonía de las redes sociales y otras plataformas digitales sobre los medios de comunicación tradicionales.

Según la encuesta de Ipsos Global Advisor (2018), el 48% de encuestados en 27 países han considerado verdadero el contenido de una información falsa, en Latinoamérica, Brasil con 62% y Perú con 57% lideran dicha tendencia (Ipsos, 2018, p. 13). Asimismo, son los políticos con 52%, los medios de comunicación tradicionales con 49% y las redes sociales con 41% los principales creadores de bulos (Ipsos, pp. 21-24).

En definitiva, la propalación de información falsa y/o tergiversada no es un fenómeno propio del siglo XXI.

Como señala Marqués (2019), los romanos crearon bulos con fines políticos para atacar la reputación de emperadores, senadores y cualquier otra autoridad como el

supuesto incendio de Roma a manos del emperador Nerón, quien nunca estuvo en dicha ciudad según el Antium y el siniestro fue considerado un caso fortuito (Marqués, 2019, pp. 234 - 236).

Ello puede reafirmarse con las distorsiones históricas en la educación actual por parte de los grupos políticos e ideológicos tanto en estados autoritarios como democráticos.

Ahora bien, el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información ha ido escalando de manera significativa y explícita con la apuesta por el modelo de Estado democrático, el revestimiento constitucional y universal de ambos derechos en Occidente.

También, por la labor del Tribunal Constitucional para garantizar las bases de la democracia y la transparencia estatal mediante el *habeas data* y el amparo contra medios de comunicación, que transmiten programas racistas y xenófobos hacia minorías y/o mayorías étnicas en situación de subdesarrollo o de alta vulnerabilidad.

Ciertos personajes de opinión y juristas comentan la necesidad de aplicar sanciones penales a quienes promueven, distribuyen y/o crean información falsa en la medida que afecten bienes jurídicos relevantes para la sociedad peruana como la vida, la salud pública y la estabilidad económica, superando el conflicto original entre libertad de expresión y acceso a la información.

La problemática de la desinformación radica en su afectación a la percepción de la realidad de la ciudadanía sobre temas de suma importancia como educación, economía, política, seguridad ciudadana y otros, lo cual puede desencadenar en mayores contingencias y conflictos sociales o escalar los ya existentes por los estereotipos, rumores, prejuicios y bulos.

Así se ha señalado que: “La grave angustia que pueden provocar las situaciones de desinformación, incluso cuando son relativamente insignificantes, demuestra la necesidad de percibir un orden en el curso de las cosas o la necesidad de introducir un orden en los acontecimientos” (Watzlawick, 1979, p. 33).

En el sistema jurídico peruano, la presentación de información y documentos falsos es sancionada, mayoritariamente, en procesos judiciales y administrativos, con multas pecuniarias y penas privativas de libertad efectivas.

No obstante, debe considerarse que el escenario de confianza entre las partes y el juez o funcionario público a resolver el petitorio o solicitud respectiva se rige por el principio de buena fe procesal, que permite la sanción correspondiente al introducir informes, auditorías, estudios u otro documento con información falsa o inexacta con el fin de obtener una ventaja ilegítima a expensas del engaño.

Por tanto, dicho escenario es diametralmente distinto al fenómeno de *fake news*, porque este no abarca un conflicto de intereses o de incertidumbre jurídica ni existen partes materiales para establecer una relación procesal válida, fundamentos básicos del paradigma actual de la teoría del proceso.

En ese sentido, se debe buscar la regulación jurídica específica sobre *fake news* o una modificación de los tipos penales para considerar los nuevos escenarios propuestos por la globalización y la aparición del ciberespacio.

Indefectiblemente, debe evaluarse la excepcionalidad del *ius puniendi* del Estado peruano para intervenir frente al fenómeno de *fake news* y evitar una violación irreparable al derecho constitucional de libre expresión y libertad de prensa.

Como se deduce, ello puede convertirse en un escenario de censura política sin posibilidad alguna de aperturar el debate político y la crítica válida de los medios de comunicación frente a los errores de la administración estatal o la comisión de abusos de poder, por ejemplo.

También, se examinará el Derecho Comparado para evaluar los avances legislativos sobre *fake news*, las principales críticas respecto a su conceptualización y aplicación en casos específicos, y si resulta aplicable al caso peruano ciertos supuestos jurídicos del extranjero.

En atención a ello, se postula la necesidad de evaluar si el estándar constitucional del intercambio (mercado) de ideas y la apuesta por la autorregulación en los medios de comunicación tradicional son suficientes para combatir la desinformación mediante *fake*

news en un mundo globalizado e inmiscuido en el intercambio masivo, virtual y directo vía redes sociales y plataformas de mensajería instantánea.

1.4 Estado del Arte

A nivel de investigaciones en torno a las consideraciones para implementar un marco regulatorio de carácter excepcional para combatir la desinformación a través de *fake news*, existen trabajos al respecto en el plano internacional y local con diferentes métodos de análisis y escenarios específicos de investigación como el ciberespacio, las redes sociales o los medios de comunicación tradicionales.

En relación a la presente investigación, resaltamos los trabajos de Coronado (2015), Ortiz (2017), Schackmuth (2018), Mínguez (2020), Tapia (2020).

Del trabajo de Coronado (2015) en *La libertad de expresión en el ciberespacio*, consideramos importante el segundo capítulo dedicado al derecho fundamental a la libertad de expresión, las diferencias y similitudes con otros derechos fundamentales como el derecho a la información, y la relevancia actual de la libertad de expresión en la dimensión individual para el desarrollo personal y la expansión del conocimiento, y en el proceso político democrático.

Además, expone los aciertos realizados por los jueces y los legisladores para delimitar el campo de actuación de los personajes públicos en las redes sociales o páginas web de acceso gratuito, y las situaciones de conflicto latente entre Estados autoritarios y buscadores de información del ciberespacio.

En definitiva, Coronado considera como límites a la libertad de expresión el orden público para prevenir delitos y garantizar la seguridad nacional, y los derechos de terceros como la privacidad, la propiedad intelectual y el acceso a la cultura para los internautas.

Por ello, propone la regulación de la libertad de expresión en el ciberespacio con una iniciativa polémica como la constitución ciberespacial y la declaración de derechos del ciberespacio, si bien reconoce las iniciativas legislativas de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea para solucionar conflictos a corto plazo como los datos personales en los sistemas informáticos, la protección de menores de edad expuestos a páginas de proxenetismo o pornografía infantil y los derechos intelectuales en Internet.

En suma, Coronado presenta una posición innovadora frente a la temática en discusión, basada en los avances del Derecho Comparado expuestos en su tesis doctoral, y los escenarios polémicos y de urgente actuación de los agentes internacionales y los Estados implicados por la afectación al orden público y a la esfera privada de los individuos.

Por tanto, el paradigma propuesto puede ser materia de análisis y motiva a investigar si nuestro ordenamiento jurídico peruano cuenta con una regulación sobre *fake news* y/o pronunciamientos jurisdiccionales locales o de la región latinoamericana en atención a conflictos similares en América del Norte o el continente europeo.

En *El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2017), Ortiz analiza el cuerpo normativo de los Estados mencionados para verificar si existen estándares similares para la protección de los derechos humanos en cuestión y si cumplen o superan los razonamientos mínimos previstos por la CIDH.

Debido a ello, la autora revisa los pronunciamientos del órgano judicial autónomo de la OEA sobre la doble dimensión del derecho a la libertad de pensamiento-expresión e información de carácter indivisible, la importancia de evitar arbitrariedades o menoscabos para impedir su ejercicio y el rol del Tribunal Constitucional de cada Estado para garantizar las libertades individuales y sociales.

Ahora bien, Ortiz delimita y conceptualiza los derechos a la libertad de pensamiento, de expresión y de información, en contradicción a la tesis de la CIDH, ya que no podría existir la figura de abuso de derecho si se parte de una concepción universal e indivisible y no se podría determinar el objeto de protección específico bajo dicha premisa.

Asimismo, postula la necesidad de identificar límites objetivos para el ejercicio irrestricto de la libertad de expresión en el campo privado, en tanto en cuanto, el derecho al acceso a la información frente a la administración pública no solo implica cuestionar e indagar sobre el manejo de los recursos del Estado, sino que se extiende a la exigencia de decisiones fundamentadas en datos verídicos y de conocimiento público por mandato

legal y mediante la implementación de políticas públicas para su realización (Ortiz, 2017, pp. 547 – 548).

En *Extremism, fake news and hate: effects of social media in the post-truth era* (2018), Schackmuth examina el uso de las redes sociales por actores políticos y los medios de comunicación tradicional para distribuir información falsa o tergiversación de datos verídicos, así como el resurgimiento de movimientos extremistas y comunidades de odio como consecuencia del fenómeno de *fake news*.

Schackmuth considera que las redes sociales tienen la obligación de revelar las fuentes sobre los artículos o reportes publicados en el ciberespacio al haber un porcentaje considerable de las distintas generaciones estadounidenses, que se informa sobre la política y las leyes al revisar dichos documentos.

Sin embargo, el autor considera inviable e ineficientes las prácticas actuales de cancelación de cuentas en redes sociales o la censura de información mediante el bloqueo temporal al usuario, por cuanto dichas prácticas de aislamiento potencian la distribución de *fake news* ante el enojo colectivo y la apariencia de certeza en el discurso de los grupos extremistas.

Tras el análisis de los casos *Pizzagate*, *Birther Movement* y *Russian Influence on the 2016 Election*, Schackmuth concluye que la desinformación en el ambiente político puede evolucionar a escenarios de conspiración o persecución contra candidatos presidenciales o altos funcionarios de la administración pública con posibilidad de afectar la gobernabilidad si no existe o se pierde la coordinación dentro de una campaña de descrédito político.

Como propuesta de solución para la desinformación en redes sociales, Schackmuth plantea la necesidad de cambiar los algoritmos para la conexión entre las personas de ideología extremista, a fin de evitar la conformación o aumento del colectivo dentro de las redes sociales al emparejarlos con cibernautas de ideologías contrarias, y una distinción necesaria entre los artículos publicados en internet para que el público objetivo diferencie entre noticias objetivas, artículos de opinión, opinión sobre noticias y blogs personales de los redactores (Schackmuth, 2018, pp. 71 – 72).

Podemos concluir que el autor bajo comentario no considera oportuno la intervención del Estado en los escenarios analizados ni aprueba las políticas de comunidad de las redes sociales para censurar o bloquear a los usuarios por contravenir el derecho a la libertad de expresión.

Así, el escenario de las redes sociales se regiría bajo sus propias reglas comunitarias entre los cibernautas y solo bastaría la variabilidad de los algoritmos de interacción para prevenir la desinformación y sus efectos colaterales, lo cual es una óptica innovadora e interesante frente a las actuales medidas aplicadas.

Mínguez (2020) en *Fake News en tiempos de Covid-19. Análisis de las herramientas Maldito Bulo y Newtral durante el estado de alarma en España* realiza en su segundo apartado una aproximación al concepto de *fake news*, desarrolla la evolución de dicha acepción y menciona la necesidad de incentivar la cultura del *fact-checking* con una breve comparación entre continentes sobre la cantidad de agentes de la Red Internacional de Verificación de Datos (IFCN por sus siglas en inglés), principal promotora de la lucha contra bulos.

Respecto al apartado de los efectos de la desinformación, Mínguez permite esclarecer la diferencia entre los anglicanismos *misinformation*, *disinformation* y *malinformation*, con el propósito de determinar un panorama completo del desorden desinformativo.

Asimismo, analiza ejemplos internacionales de bulos en las plataformas digitales y la técnica del *clickbait* como la herramienta digital de la prensa amarillista en el ciberespacio.

Dentro de las principales conclusiones mencionadas a lo largo de su investigación, rescatamos la siguiente:

Estas técnicas pueden ser una forma estratégica de comunicación de algunas empresas o de algunas plataformas, teniendo en cuenta el tipo de target que tienen. El conflicto acaba dándose cuando esta técnica es empleada también por medios de comunicación convencionales como pueden ser periódicos, ya que acaba convirtiéndose en un sitio de noticias vacías sin contenido que ofrecer y por lo tanto en una mala fuente de información. (Mínguez, 2020, p.30)

La postura de Mínguez considera innecesaria implementar un régimen sancionador contra los personajes públicos que difunden y crean información falsa, toda vez que ello puede ser utilizado como medio de publicidad y marketing sin el ánimo de afectar el derecho al acceso de información, y las *fake news* siempre han existido a lo largo de la historia.

Entonces, como siempre, solo correspondería esperar una respuesta social frente a dicho fenómeno como los verificadores de datos, la práctica del *fact-checking* y el accionar de las instituciones sociales sin que el resurgimiento de su popularidad, por la presente era del ciberespacio y las redes sociales como impulsor de la globalización, motive a implementar medidas coercitivas en contra del derecho a la libertad de expresión.

En cuanto al aporte de Tapia (2020) en *Las fake news: impacto social y nuevos desafíos para los servicios de información*, en el cuarto capítulo desarrolla la tipología de *fake news* y rescata la posibilidad de la superposición de dos tipos de información falsa en un mismo escenario social, económico y/o político.

Evidentemente, las ciencias jurídicas pueden ser beneficiadas para la formación y análisis de supuestos de hecho que contemplen la tipología descrita por la autora, así como establecer criterios objetivos para la intervención excepcional del Estado sin menoscabar la libertad de expresión de los individuos.

La metodología de la investigación de Tapia consiste en revisar el rol de las redes sociales frente a la reproducción de *disinformation* y *misinformation*, así como las medidas para disminuir su propagación, prohibir su filtración o la eliminación del contenido malintencionado, concretamente en Facebook y Twitter con el lanzamiento de programas de verificación y el desarrollo de algoritmos para la detección de noticias falsas mediante la inteligencia artificial, respectivamente.

En consecuencia, Tapia propone las actuales medidas no gubernamentales para frenar el fenómeno de *fake news* como las bibliotecas académicas, la alfabetización informacional y mediática, y el rol activo del profesional de la información.

Dicho de otro modo, la autora no considera necesario la implementación de un marco normativo para regular la información falsa mediante *fake news*, toda vez que

existen otros medios alternativos de la sociedad para frenar la desinformación sin el menoscabo a las libertades individuales como el derecho a la libertad de expresión y la libertad de prensa, y evitar la consecuente polarización social y política por los reclamos de posible censura por parte del gobierno de turno.

Por tanto, resultará necesario analizar si dichas acciones de cambio social son suficientes para contrarrestar el fenómeno de la desinformación y garantizan la protección al derecho al acceso de información sin requerir la actuación del *ius puniendi* en el Estado peruano.

1.5 Marco teórico

El presente acápite versará sobre los antecedentes, consideraciones teóricas, contextuales y legales de los conceptos de derecho a la libertad de expresión y la relación entre la tecnología y desinformación, a fin de demostrar el aporte novedoso de la presente tesis

- **Derecho a la libertad de expresión.** Su reconocimiento como derecho fundamental y la extensión de su campo de actuación presenta una evolución dinámica de su conceptualización a lo largo de la historia. Al principio, según Robinson (1940) y Charlesworth (1943), la República Romana no definió con exactitud el concepto de libertad de expresión y la Ley de las XII Tablas no sancionaba la calumnia y/o la difamación, a pesar de que hubo intentos de extender lo dispuesto sobre el uso de la magia a los ataques difamatorios en público. Posteriormente, el emperador Augusto estableció una serie de medidas reales contra la difamación pública solo para casos extremos.

El primer antecedente histórico es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que reconoce a la libertad de expresión como el derecho de todo hombre francés a expresar sus opiniones, pensamientos e ideas religiosas mediante el habla, la escritura y la publicidad; así, estipula las limitaciones por abuso de derecho y por trastornos al orden público conforme a los supuestos legales señalados (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, arts. 10-11).

Mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos, se entiende como la facultad de todo individuo a no ser molestado en razón a sus opiniones, investigar y recibir información y opiniones, y difundirlas sin fronteras por cualquier medio de expresión; sin embargo, los ataques a la honra y reputación del individuo son el único límite a su actuación (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, arts. 11 y 19).

En virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), la libertad de expresión comprende buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, mediante la oralidad, la escritura, la prensa o el arte, o por cualquier otro procedimiento elegido por el individuo. También, comprende deberes y responsabilidades por lo que está sujeto a restricciones legales y necesarias para asegurar el respeto a los derechos o reputación a los demás, y proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 19).

En el continente europeo, la libertad de expresión se visualiza como una dualidad: libertad de opinión y libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas, sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

A pesar de ello, los Estados tienen la facultad de imponer un régimen de autorización previa a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o televisión, así como exigir formalidades, condiciones, restricciones o sanciones debidamente tipificadas y necesarias para la protección de la seguridad nacional, la integridad territorial, la prevención del delito y otros bienes jurídicos importantes para la sociedad democrática (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1948, art. 10).

Desde otra perspectiva, los Estados del continente americano no postulan la potestad estatal de censura previa, salvo en el supuesto de espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y adolescencia, sino las

responsabilidades posteriores fijadas por ley y necesarias para asegurar los mismos bienes jurídicos esenciales señalados en el ICCPR.

Incluso, prohíben la restricción por vías o medios indirectos con el fin de impedir la comunicación y circulación de ideas opiniones, a excepción de propagandas a favor de la guerra y toda apología de incitación a la violencia por ídoles raciales, ideológicas o de pensamiento (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978, art. 13).

La Norma Fundamental del Estado peruano prescribe que el derecho fundamental a la libertad de expresión se ejerce mediante la palabra oral, escrita, imagen u otro medio de comunicación social sin necesidad de previa autorización, censura o impedimento alguno, en tanto en cuanto el individuo se hará responsable de las consecuencias conforme a ley y que toda acción destinada a suspender o clausurar algún órgano de expresión o el impedimento de la libre circulación de información como delito (Constitución Política del Perú, art. 2 secc. 4).

En virtud del párrafo anterior, el máximo intérprete de la Constitución de la República del Perú lo considera como garantía institucional del sistema democrático constitucional, que debe contar con un margen de optimización más intenso ante la posibilidad de afectar otros derechos constitucionales, siempre que las limitaciones o restricciones a su ejercicio no afecten su contenido esencial al punto de suprimirlo de la vida democrática (STC del Exp. N° 0905-2001-AA-TC, 14 de agosto de 2002, fjs. 13 y 14).

También, el Tribunal Constitucional estableció, respecto a la información publicada por plataformas digitales, sitios web y otros medios tradicionales en el espectro ciberespacial, que debe basarse en datos objetivos y contrastables; especialmente si se trata de temas de alta relevancia e interés público como el narcotráfico o el terrorismo, para lo cual debe apoyarse en la data proveída por instituciones nacionales e internacionales, con el fin de evitar la afectación a los derechos personalísimos del individuo (STC del Exp. N° 03041-2021-PHD/TC, 17 de junio de 2022, fjs. 20, 23 y 24).

- **La tecnología y la desinformación.** En relación a lo anteriormente expuesto, la desinformación ha resurgido en nuestra actualidad por el avance de las tecnologías de información y comunicación como instrumento para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Así comentan Watzlawick (1979), Almería & Rodríguez (2011) y Aparici & Marín (2019) al señalar que la desinformación es la manipulación informativa a partir de la edificación de mentiras altamente estructuradas y planificadas con la finalidad de perturbar o trastornar la realidad del receptor del mensaje para así controlar y predecir el comportamiento humano, todo ello en función de fines políticos, económicos o de otra índole para mantener al ser humano en su propio autoconocimiento individual mediante la relativización de la verdad para ignorar contingencias reales o centrar su atención en hechos o situaciones no verificados o imaginarios.

Coinciden Tomás, Feixas & Marqués (1999) y Belloch (2012) en que la humanidad se encuentra inmersa en la sociedad de la información, donde las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) han asumido un rol protagónico mediante el almacenamiento, recuperación, procesamiento y comunicación de la información, considerada la materia prima más importante con la ayuda del auge de las redes sociales y el acceso progresivo al internet, principalmente; sumado a ello, se construyen nuevas realidades comunicativas mediante la interactividad e interconexión, mayoritariamente en el campo de la educación escolar y universitaria.

En contrapunto a los argumentos anteriores, Hopenhayn (2013) no concilia la supuesta democratización de la comunicación por intermedio de la era virtual, dado que las influencias culturales y políticas tienen facultad de controlar, monitorear o modificar los contenidos compartidos como verdaderos y existe la ausencia de autoridades en el ciberespacio para limitar la participación virtual de los individuos, lo cual permite el traspaso de las fronteras de las naciones y la interferencia en asuntos competentes de otro

Estado soberano como se observa en la globalización financiera o las brechas digitales en Iberoamérica (Hopenhayn, 2013, pp. 21 - 22).

La posición optimista (Dahlberg, 2007; Benkler, 2008; Simone, 2008) a las oportunidades, que ofrece Internet y las redes sociales al mundo globalizado señala la democracia deliberativa con espacios compartidos con públicos subalternos, la reproducción de los discursos dominantes y el hecho de ser una fuente de información autogestionada por la interacción entre los cibernautas como los principales puntos de ventaja.

En cambio, la visión pesimista (Mayer, 2001; Galston, 2003; Dahlberg, 2007) aboga a la existencia de un proceso de fragmentación de la información por la excesiva participación heterogénea en redes sociales, la posibilidad de islas de comunicación política de grupos extremistas y el carácter plausible de ser fuente potencial de la democracia radical como las desventajas más llamativas del descubrimiento del ciberespacio.

En último término, De la Fuente (2010) y Ponce & Rincón (2020) comentan que las nuevas TIC han favorecido la desinformación al permitir un mayor control e impacto en la opinión pública con la proliferación en las esferas públicas periféricas y el aumento participativo de distintos sectores sociales y generacionales con marcadas brechas de conocimiento respecto a delimitar la veracidad de la información compartida en la redes sociales o plataformas virtuales (Ponce & Rincón, 2020, pp. 12 – 13).

Así el orden de las cosas, los cuestionamientos a la institucionalidad y las convocatorias a movilizaciones sociales por la tergiversación de los hechos históricos o aspectos coyunturales deconstruyen y cuestionan profundamente los ideales de la democracia moderna y la interacción entre los poderes del Estado ante la desconfianza y la deformación de la realidad política y económica, que puede ser aprovechada por la clase política de turno o puede significar el fin de la obediencia a la autoridad tradicional (Ponce & Rincón, 2020, pp. 12 – 13).

1.6 Metodología de la Investigación

Debido al tema de investigación y con la finalidad de cumplir la labor de investigación descrita, se aplicará la metodología cualitativa por cuanto antes de determinar la procedencia excepcional del marco regulatorio para sancionar la desinformación mediante *fake news* en el Perú, es necesario realizar previamente el análisis e interpretación de la dogmática jurídica y los aportes socio – jurídicos para acceder al conocimiento de la realidad, comprender las diferentes perspectivas, señalar coincidencias y discrepancias, y orientar la mirada científica hacia lo más significativo y relevante del objeto de estudio (Balcázar et. al., 2013, pp. 21 - 23).

Así, corresponderá revisar la información existente sobre la aplicación y ejecución del marco regulatorio para sancionar la desinformación mediante *fake news* en el ámbito local e internacional, y los resultados de aplicar y ejecutar dichos parámetros legales, complementado con la realización de entrevistas a investigadores científicos que hayan contribuido con avances reconocidos sobre la desinformación, y a funcionarios públicos o catedráticos que hayan participado en la elaboración de marcos regulatorios o políticas públicas para la protección o limitación de la libertad de expresión, así como encuestas a nivel nacional sobre *fake news* en el Perú, a fin de contrastar los argumentos jurídicos y sociales con datos verídicos y plausibles de un mayor análisis.

Aunado a ello, corresponde la revisión de libros sobre temas de investigación relacionados con el presente, ponencias, ensayos científicos, investigaciones secundarias, artículos de revista, normas, jurisprudencia nacional e internacional, entre otros, en material físico como electrónico, y el análisis de textos nacionales y extranjeros.

Además, la revisión de información estadística sobre el consumo de *fake news* en el ciberespacio, la aplicación de políticas de comunidad en redes sociales, la actuación de verificadores de datos, principalmente de fuentes externas.

Ello será usado con el objeto de crear un referente teórico para el conocimiento de la situación actual del ejercicio de la libertad de expresión en un mundo globalizado, las perspectivas del actuar del Estado frente al fenómeno de la desinformación frente al paradigma actual del intercambio de ideas en la conectividad globalizada. También, para “el conocimiento de las instituciones y las prácticas jurídicas, evaluar el cambio jurídico y el desarrollo de cualquier enfoque socio – jurídico” (Calvo & Picontó, 2017, p. 138).

CAPÍTULO II: LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A continuación, se expondrá la visión actual en el panorama internacional sobre el derecho a la libertad de expresión y sus apreciaciones en los diferentes sistemas jurídicos.

Luego, se revisará su estándar constitucional actual en el Derecho peruano conforme al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la opinión autorizada de ciertos juristas.

Además, se analizarán y comentarán sus actuales límites externos según los tratados internacionales y la normativa interna, así como su ponderación con otros derechos constitucionales y objetos jurídicos protegidos mediante casos prácticos.

Por último, se criticará el paradigma actual de la autorregulación en los medios de comunicación y su posición para afrontar las *fake news*, así como su ineficiencia y falta de idoneidad para atender las graves consecuencias de dicho fenómeno en la realidad social en los últimos años.

2.1 Aproximaciones generales en el sistema jurídico nacional e internacional

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión es la base indispensable para la democracia, en tanto permite la formación de la opinión pública de manera libre y su restricción ilegal afecta gravemente a la colectividad al impedir la recepción de informaciones e ideas de diversas fuentes primarias o secundarias, limitando al colectivo social (CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 30 y 70).

Inicialmente, la Corte Interamericana aplicaba implícitamente la jurisprudencia de los derechos preferentes a la libertad de expresión, en tanto establecía su jerarquía a priori sobre otros derechos fundamentales e, incluso, consideraba las decisiones judiciales como formas de censura previa, aún si las expresiones afectan gravemente los derechos fundamentales de la persona (Marciani Burgos, 2005, p. 357).

Hoy en día, se ha adoptado la aplicación de un test tripartito¹ para controlar la legitimidad de las limitaciones a la libertad de expresión, así como su compatibilidad con el principio democrático de la Convención Americana y el carácter excepcional de dichas medidas restrictivas (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010, arts. 66-67).

Dicha posición se evidencia en el Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (2009), donde la Corte Interamericana subrayó que “el tipo penal en cuestión no establece claramente qué conductas implican una grave lesión a dicho derecho” (SCIDH, 20 de noviembre de 2009, fj. 75), “los señalamientos realizados por el señor Usón Ramírez se relacionaban con temas de notorio interés público” (SCIDH, 20 de noviembre de 2009, fj. 84) y “el delito por el cual se condenó al señor Usón Ramírez no guarda relación explícita con la protección de la seguridad nacional o el orden público” (SCIDH, 20 de noviembre de 2009, fj. 94)

Bajo la misma línea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, desde una interpretación sistemática, establece que la faz positiva de su ejercicio, consistente en la difusión y recepción de informaciones y opiniones en cualquier medio comunicativo, no puede contravenir la dignidad y derechos del resto de seres humanos como la honra o su reputación, conforme a sus arts. 1, 2 y 12².

En definitiva, existe una doble dimensión de la libertad de expresión: a) el derecho de cada individuo a no ser impedido u obstaculizado arbitrariamente a difundir sus propias ideas; y b) el derecho colectivo a recibir información y conocer los pensamientos ajenos.

¹ A partir del art. 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos: a) Limitación precisa y clara a través de una ley formal y material, b) Orientada a lograr objetivos imperiosos autorizados por la Convención, c) Idónea, necesaria y proporcional a la finalidad perseguida.

² **Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**

Artículo 1. - Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. - Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

(...)

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

Esta conceptualización de sus primeras limitaciones se contempla también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, ligado nuevamente a la protección de la honra y reputación en el ámbito privado y familiar,

No obstante, los Estados contemporáneos han considerado otras limitaciones ajenas al núcleo individual del ser humano como el orden público y/o la seguridad nacional, que son de carácter colectivo o afectan la institucionalidad de la organización estatal.

En consecuencia, es unánime en la comunidad occidental que la libertad de expresión *a primera facie* no puede ser interrumpida por las autoridades públicas, incluso si el remitente de la información es extraño al Estado, en cuyo territorio se difunde la data proveída.

Empero, si el informante es una empresa o asociación dedicada a contribuir en el fenómeno de la comunicología como la radiodifusión, cinematografía o la televisión, se entiende que tienen mayores posibilidades para la impartición de ideas, principalmente de contenido político, social y/o económico, que pueden alterar o modificar la percepción de la realidad de los ciudadanos de manera celeré, en un solo acto comunicativo y con legitimidad social respecto al contenido difundido.

En ese orden de ideas, la comunidad europea es un claro ejemplo del primer hito legal que establece la autorización previa de los medios de comunicación masivos en su territorio.

Según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la libertad de expresión contempla deberes y responsabilidades para asegurar la vigencia sociedad democrática si bien es una de sus bases esenciales, y el poder inherente de estas organizaciones puede afectar la prevención del delito, la divulgación de información confidencial o la imparcialidad del poder judicial (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, art. 10).

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1948)

Artículo 17

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

A partir de ello, podemos concluir que el ejercicio actual de la libertad de expresión requiere de ciertas formalidades, condiciones o restricciones para los medios de comunicación masivos y tradicionales, así como las plataformas digitales de mensajería instantánea o las redes sociales, que han superado en demasía el panorama inicial de la comunicación globalizada a mitades del siglo XX.

Consecuentemente, la aplicación del régimen jurídico para sancionar la libertad de expresión conlleva a realizar un juicio de ponderación para evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto a la medida formulada por cada Estado.

Según Linera (2022), cada Estado considera las circunstancias y hechos de cada caso en particular, así como los fundamentos jurídicos para la justificación del menoscabo a la libertad de expresión como el grado de diligencia, la importancia del asunto o la gravedad de la información (Linera, 2022, pp. 463-464.466).

En virtud a ello, se podría concluir *a priori* que cada Estado tendría discrecionalidad para considerar qué puede ser expresado o no según sus antecedentes culturales y sociales sin contemplar razones objetivas o contrastables y simplemente imponer sus concepciones ideológicas mediante la promulgación de leyes o jurisprudencia vinculante.

Al contrario, el fin primordial de esta regulación es evitar una tergiversación o confusión de la realidad e implementar una infraestructura para verificar la “verdad” esgrimida por los sujetos inmiscuidos en el proceso comunicativo (Alzola, 2022, p. 32), en tanto la desinformación a gran escala afecta gravemente a la sociedad democrática, el Estado de derecho, la institucionalidad, los bienes jurídicos protegidos y los derechos inherentes al ser humano.

Claro ejemplo de ello han sido los continuos debates en los Estados Unidos de América respecto a la pornografía, el discurso de odio, y la opinión ultrajante.

Post (2016) señala que la pornografía afecta el estatus de las mujeres al construir la realidad social de género y las define como sexualmente desiguales, así como ciertos discursos afectan la visibilidad de minorías étnicas o religiosas (Post, 2016, p. 59).

El discurso público presenta un dominio maximizado por el autogobierno democrático, que no determina cuáles son los resultados sociales y funcionales para que una opinión ultrajante pueda socavar los valores en competencia y las normas sociales preexistentes (Post, 2016, p. 166).

Dicho de otro modo, la desinformación, entendida como el ejercicio anómalo del derecho a la libertad de expresión, es el objeto de estudio y de análisis para que los Estados regulen el intercambio de ideas, opiniones y datos dentro del espectro comunicativo.

En un sentido amplio implica los prejuicios, estereotipos y tergiversaciones creados, difundidos y propagados en una sociedad contra grupos étnicos, religiosos o de cualquier otra índole, instituciones públicas o privadas y temas de opinión pública con bases puramente subjetivas o pseudocientíficas.

De manera restrictiva serían las noticias, datos cualitativos o cuantitativos e informes que carecen de fuentes originarias de información, son de dudosa procedencia por la falta de legitimidad de su emisor y escaso escrutinio científico del contenido, presentan una interpretación parcializada de los resultados obtenidos o bien existe una manipulación en su presentación mediante la omisión o modificación de la información publicitada.

Cabe mencionar que no todo acto desinformativo es pasible de ser castigado, en tanto ello conllevaría a afectar irremediamente el derecho a la libertad de expresión y, en consecuencia, las bases indispensables de una sociedad democrática.

Ello se debe a que el efecto disuasorio de la sanción penal o administrativa esgrimida por el Estado desprotegería el libre debate sobre cuestiones de interés general, las expresiones artísticas vía la sátira o la ironía y las manifestaciones políticas para la crítica del gobierno de turno.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado una extensa labor casuística, principalmente en el escenario de protestas políticas, para considerar que ciertas expresiones violentas y con múltiples interpretaciones de movimientos sociopolíticos como PussyRiot o el Partido Demócrata Cristiano del Pueblo están protegidas por la Convención Europea de D.D.H.H., por cuanto permite expresar a una

opinión ofensiva y molesta contra el régimen de turno, independientemente de la cuestionabilidad de su contenido propagandístico (Linares, 2022, pp. 483-485).

Además, se ha observado que las redes sociales, nuevo campo para ejercer la libertad de expresión, han permitido mayor desenvolvimiento de los actos desinformativos.

Por tal razón, las empresas administradoras del dominio web deben asumir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la proliferación de comentarios difamatorios o información tergiversada ante la ausencia de procedimientos eficaces o la inacción para aminorar el escalamiento del conflicto (Linares, 2022, pp. 486-487).

Caso distinto es la posición tomada en Latinoamérica que prohíbe la censura previa de opiniones o pensamientos y prescribe una lista taxativa de restricciones a su ejercicio.

Sin embargo, ha producido marcos legales con limitaciones excesivamente amplias o desproporcionadas que desvirtúan los preceptos constitucionales por los cambios políticos, dejando a salvo la libertad de los medios de comunicación sin considerar el caso cubano (Núñez, 2020, pp. 19-21).

Resulta contraproducente que los Estados del continente americano otorguen mayor libertad de expresión a los medios tradicionales de comunicación y se inhiban a proponer una serie de deberes y obligaciones por su rol protagónico en el intercambio de ideas dentro de cada sociedad.

En su lugar, trasladan toda la responsabilidad derivada del ejercicio anómalo de este derecho en cuestión a las personas naturales con menos recursos económicos y técnicos para defenderse ante los pedidos de rectificación o réplica.

En el Perú, la Constitución Política de 1993 señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de

comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.”

Según la opinión autorizada de Abad (2005), tomando en consideración los documentos internacionales ratificados por el Estado peruano, se acoge “una concepción unitaria al comprender a la libertad de expresión en sentido estricto, es decir, la libre comunicación de ideas u opiniones, así como a la llamada libertad de información, que tiene por objeto la transmisión de hechos o datos.” (Abad, 2005, p. 108)

En base al análisis sociológico, se observa que existe un intercambio o mercado de ideas en la sociedad peruana, donde los derechos a la libertad de expresión y libertad de información chocan con el derecho a la información pública y transparente por la exigencia de una debida diligencia sobre la autenticidad y veracidad información compartida.

A propósito de ello, Marciani (2005) señala que el sistema constitucional peruano no establece una jerarquía de derechos, descartando la tesis de los derechos preferentes, y que las limitaciones del derecho a la libertad de expresión se establecen por su confluencia con otros derechos y, excepcionalmente, otros bienes jurídicos constitucionales (Marciani, 2005, p. 370).

Con mayor detalle, el Tribunal Constitucional explica lo siguiente:

“Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser.” (STC del Exp. N° 0905-2001-AA-TC, 14 de agosto de 2002, fj. 9)

En atención a ello, es lógico y constitucional prohibir la censura previa, por cuanto habría una contradicción dentro del concepto unitario del derecho a la libertad de expresión esgrimido en la Norma Suprema.

Así, la responsabilidad posterior es el piso mínimo para establecer el régimen sancionador contra la libertad de expresión ya que se “ha optado por una fórmula según la cual la justicia actúa luego de cometido el exceso en el ejercicio de la libertad de expresión, más no previamente.” (Abad, 2005, p. 111)

A tenor de lo expuesto, las restricciones o sanciones a la libertad de expresión como hechos noticiosos deben ser los únicos medios idóneos, necesarios y proporcionales para aminorar o revertir los efectos negativos a otros derechos constitucionales y objetos jurídicamente protegidos (Guerrero, 2010, p. 325), ya que ello devendría en la desaparición o el ejercicio nulo del mismo por ser necesario para la vida democrática (STC del Exp. N° 0905-2001-AA-TC, 14 de agosto de 2002, fjs. 13 y 14).

Frente a esta problemática, la Defensoría del Pueblo ha mantenido su posición a favor de la autorregulación, considerando que la sociedad civil debe participar y vigilar el correcto ejercicio de la libertad de expresión, desplazando la obligación estatal que adolece de un ocultismo informativo en las divisiones de inteligencia y que atenta contra la sociedad democrática y la protección a los derechos humanos (Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 127 – 128).

En 2017, la Defensoría reiteró que el Estado debe garantizar el ejercicio de la libertad de expresión sin impedimentos, en relación a ciertas prohibiciones para ser propietario de medios de comunicación o ejercer algún cargo directivo, y el control o supervisión de la Veeduría Ciudadana por parte del Ejecutivo como un escenario de censura previa e indirecta en el contenido informativo. (Defensoría del Pueblo, 2017).

Incluso en el polémico escenario de las elecciones generales del 2021, la Defensoría se limitó a recomendar a las instituciones públicas y privadas realizar campañas de concientización y de *fact-checking* sobre las noticias falsas, tomando como ejemplo las actuaciones de la OEA sobre las falsas acusaciones contra sus observadores. (Defensoría del Pueblo, 2021, pp. 24 - 25).

Respecto a ello, la Ley de Radio y Televisión, Ley N° 28278, establece que los servicios de radiodifusión, sonora y de televisión responderán por el ejercicio anómalo de la libertad de expresión si su accionar infringe el Código de Ética de cada institución.

En caso de conflictos éticos en el periodismo, se acude al Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana, el cual carece de potestad coercitiva para aplicar sanciones disuasoras y solo orienta a los infractores a evitar dichos comportamientos en el futuro.

En síntesis, el ejercicio de la libertad expresión ha superado las fronteras estatales ante el fenómeno de la globalización y ello resulta alarmante si consideramos los efectos devastadores de la distribución a gran escala de la información tergiversada o modificada frente a los derechos de terceros, la seguridad y el orden público, la salud pública y otra serie de objetos protegidos jurídicamente por los Estados.

A pesar de la actuación previa o autorregulación de los medios tradicionales de comunicación e informáticos para evitar escenarios conflictivos a futuro, el efecto disuasorio deseado ha carecido de presencia, especialmente en el ciberespacio con el fenómeno de las *fake news*.

En el caso peruano, se ha apostado por la autorregulación en el espectro de la radiodifusión peruana, mientras que las personas naturales y las personas jurídicas ajenas al *mass media* deben responder ante las sedes administrativas y el Poder Judicial por sus actos desinformativos de menor escala difusiva y sin fuentes legítimas, lo cual será comentado en el acápite final del presente capítulo.

De inmediato, conviene evaluar si las *fake news* presentan un límite objetivo a la libertad de expresión en virtud de la Norma Suprema y la jurisprudencia constitucional, a partir de un breve análisis sobre el actual paradigma en el bloque de constitucionalidad peruano.

2.2 Los límites a la libertad de expresión en el Perú según el bloque de constitucionalidad

Como señala Huerta (2010), los límites de la libertad de expresión están dirigidos a reducir alguno de sus elementos jurídicos con la finalidad de prohibir la difusión del contenido de un discurso o de carácter neutro para regular la forma, tiempo, lugar o medio de su transmisión (Huerta, 2010, p. 325).

Respecto a la estricta proporcionalidad de la medida limitativa de la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) dispuso considerar lo siguiente:

“(i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario y (iii) si la satisfacción justifica la restricción del otro” (Kimel c. Argentina, 2008, párr. 84).

A partir de una interpretación sistemática entre el Pacto de San José⁴ y la Constitución Política por el control de convencionalidad, se podrían considerar como límites explícitos al derecho a la libertad de expresión: a) Los derechos de los individuos, principalmente, el honor y la buena reputación; b) La seguridad nacional; c) El orden público, la salud o moral públicas.

Evidentemente, el derecho al honor y la buena reputación han tenido mayor desarrollo constitucional y notablemente legal mediante la tipificación de delitos como la difamación, la calumnia y la injuria dentro del vigente Código Penal, lo cual será comentado más adelante.

El debate radica sobre el discurso de odio, entendido como “toda manifestación que ataque a una persona o colectivo sobre la base de atributos tales como el género, el origen étnico, la religión, la raza, alguna discapacidad o la orientación sexual” (Nockleby, 2000).

Ciertamente, el *hate speech*, que podría confundirse como un ataque al derecho al honor o una especie de calumnia, afecta a la dignidad de la persona humana, su identidad y su integridad moral, valores reconocidos en el art.1 y en el inciso 2 del art. 2 de la

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 13

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Constitución Política⁵, pero resulta difícil determinar cuál es el bien jurídico específicamente afectado a razón de proponer un nuevo delito en la normativa penal.

Ahora, existen ciertas posiciones que consideran a la dignidad humana desde un aspecto intrínseco como el bien jurídico afectado ante este abuso de la libertad de expresión al tratar al hombre como un objeto para un fin específico (Valiente, 2020, p. 45).

Empero, ello devendría en un absurdo jurídico al aplicar dicho raciocinio a las acciones delictivas contra la salud, la vida y el honor, que son expresiones físicas y abstractas de la dignidad humana, arribando a conflictos sumamente innecesarios de carácter semántico y entre normas de la misma jerarquía.

En adición a ello, cabría preguntarse si toda manifestación de odio requiere de sanción penal o si es necesario acudir a la persecución del delito existiendo otros medios convencionales como la deliberación y el escrutinio público, habida cuenta del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

Herrera (2017) propone la aplicación de la teoría del *clear and imminent damage*, a fin de dilucidar si las consecuencias discurso de odio producirían daños irreversibles, concretos o potenciales dentro del contexto político a social, pues los factores culturales deben ser predominantes por encima de las concepciones morales o deontológicas que por sí solas afectarían la sociedad democrática (Herrera, 2017, p. 206).

Considerando las opiniones vertidas, el discurso de odio sería otro ejemplo de ejercicio anómalo de la libertad de expresión e iría en contra de la defensa de la persona y su dignidad que promueve la Constitución.

Sin embargo, ello requiere un mayor análisis y estudio para su regulación dentro de la normativa penal, lo cual concretizaría otro límite expreso para el ejercicio de la libertad individual en casos extremos.

⁵ **Constitución Política del Perú (1993)**

Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)

Resulta evidente que la mentira en estricto no es perseguida penalmente y, como se verá más adelante, existe una graduación a las declaraciones falsas para determinar su lesividad; por tanto, podría hablarse de que existe el derecho a mentir sin afectación a los derechos de los terceros, en especial dentro del ámbito de las investigaciones penales.

Herrera (2020), al evaluar las declaraciones de Keiko Fujimori en la investigación del Caso Cócteles, concluye que los procesados pueden mentir en razón al derecho de no autoincriminación, siempre y cuando ello no configure el delito de obstrucción de la justicia al realizar declaraciones que tergiversen los dichos de terceros, o bien impliquen una falsa acusación a otra persona sobre delitos no cometidos, entendido como el delito de calumnia (Herrera, 2020).

Bajo esta misma línea, Bocanegra (2021) expresa que “la declaración falsa podrá contribuir a evitar que el imputado por error o intimidación acepte los cargos, teniendo en consideración que el imputado no tiene una obligación legal de contribuir con el esclarecimiento de los hechos, si ello significa tener que aceptar su responsabilidad dentro del proceso penal” (Bocanegra, 2021, p. 39)

Otro límite al ejercicio de la libertad informativa, desarrollado por el Tribunal Constitucional, es respecto a que los hechos noticiosos difundidos por los medios de comunicación deben ser veraces y transmitidos de forma imparcial.

Así, el objeto protegido de dicho derecho es la información veraz para así ostentar la protección constitucional.

Con todo, no se puede impedir mediante orden judicial su difusión, quedando a salvo el derecho de rectificación o hacer valer los derechos al honor y buena reputación en la vía civil o penal (STC del Exp. N° 0905-2001-AA-TC, 14 de agosto de 2002, fjs. 10 y 15).

Este límite de la jurisprudencia constitucional ha sido recientemente actualizado, respecto a la autodeterminación informativa⁶, en específico el derecho al olvido.

⁶ El TC ha definido la autodeterminación informativa como “la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos” (STC del Exp. N° 4739-2007-PHD/TC, fundamento 2)

Según el máximo intérprete de la Constitución, si la información publicada en redes sociales, buscadores de internet u otras plataformas digitales se remite a investigaciones policiales y fiscales, que son bases de datos objetivos y contrastables, respecto a delitos de narcotráfico y terrorismo con alta relevancia e interés público, entonces están protegidos por el derecho a la libertad de la información, salvo prueba en contrario (STC del Exp. N° 03041-2021-PHD/TC, 17 de junio de 2022, fjs. 10, 20, 23 y 24).

Es necesario precisar que, en el caso particular, se han tomado ciertas condiciones y circunstancias para ratificar el ejercicio constitucional de los demandados:

- i) No se utilizaron peyorativos o frases malintencionadas en la redacción de las noticias.
- ii) Se enmarcó dentro de un proceso electoral, siendo dicha información indispensable para el debate público y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática.
- iii) Independientemente del archivamiento o demora de las investigaciones penales, su reanudación o continuación es altamente posible y permite la vigencia de las notas informativas.

En línea con la protección a la autodeterminación informativa, se han expedido la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y la Resolución Directoral 045-2015-JUS/DGPDP, del 30 de diciembre de 2015, que conceptualizan y garantizan su protección en relación a la data personal y el derecho al olvido, respectivamente, dentro de la nueva era de las tecnologías de la información y comunicación.

Respecto a ello, Castro & Díaz (2021) comentan que, a pesar de la falta de incorporación en la Constitución o en la legislación nacional del derecho al olvido, “puede derivarse de la conjunción de los derechos de oposición y cancelación que, dicho sea de paso, están reconocidos en los artículos 20 y 22 de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 29733, 2011), aunque bajo la forma de un derecho a la supresión de datos personales.” (Castro & Díaz, 2021, p. 23)

Habiendo entrado a la problemática originada por la aparición de las nuevas TIC, el *big data* y la desinformación dentro del ciberespacio, se plantea si el fenómeno de las *fake news* permitiría definir otro límite implícito para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la libertad a la información.

Respecto a este tópico, Landa (2021) considera necesario la regulación de *las fake news* y los *trolls* durante los procesos electorales al afectarse los principios de transparencia y pluralismo de información política y electoral ante la ineficacia del Pacto Ético Electoral para disuadir el uso de cuentas falsas o *bots* con la finalidad de manipular la inteligencia artificial (Landa, 2021, p. 45)

Incluso, se han afectado los derechos fundamentales de los grandes operadores tecnológicos, ya que la autorregulación es “insuficiente para la protección razonable y proporcional de los derechos a la libertad de expresión, derecho a la privacidad y datos personales, igualdad y no discriminación, derechos al voto libre y adecuadamente informado, derecho al debido proceso y al acceso a tutela procesal efectiva (...).” (Landa, 2021, p. 48)

Las repercusiones políticas, económicas y sociales por la difusión de *fake news* se han evidenciado en diversas situaciones en el panorama internacional.

Según la investigación de Alvarado & Díaz (2020), en las elecciones presidenciales del 2016 en los Estados Unidos de América se detectaron inconsistencias en la información que accedían los usuarios con filtros de burbuja para favorecer ciertas corrientes ideológicas.

Por ejemplo, la supuesta vinculación de Hillary Clinton con la red de abuso infantil *Pizzagate*, o en el direccionamiento de los votantes en el Brexit al exponer falsamente que habría una pérdida de los 350 millones de euros recibidos por semana de la Unión Europea para el servicio de salud pública sin considerar el reembolso a favor del Reino Unido que reducía considerablemente la cifra real del costo de la membresía (Alvarado& Diaz, 2020, p. 6).

Concluyendo el presente acápite, resulta necesaria la regulación de la desinformación mediante las *fake news* en el Perú ante las consecuencias nefastas y potenciales de este ejercicio anómalo de la libertad de expresión, especialmente si se

observa que ha aprovechado la aparición del ciberespacio y las nuevas TIC para su difusión célere, masiva e intempestiva.

Por ende, el Derecho debe actualizarse y adentrarse en estos espacios inexplorados para mejorar el estándar constitucional del ejercicio de la libertad de expresión.

Resulta claro que la concepción tradicional del aparato estatal como mero ente supervisor de las relaciones privadas ha sido desfasada y ahora se contempla al Estado regulativo ante el aumento de la complejidad de los procesos sociales y económicos (Calvo & Picontó, 2017, p. 198).

A continuación, se observará la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información y los bienes jurídicos protegidos por el Estado peruano para verificar si corresponden como límites objetivos a la libertad de expresión mediante las *fake news*, así como verificar si dicha ponderación es correcta en la casuística a comentar.

2.3 La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información

Como primer límite a las *fake news* se distingue al derecho a la información, que en la Norma Suprema ha sido conceptualizada bajo el derecho al acceso a la información pública:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. (...)”

Hoy en día, la legislación nacional ha avanzado eficientemente respecto a la regulación de la información proveída por entidades de la administración pública a través de la promulgación de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una exhaustiva labor de interpretación constitucional para mejorar el estándar dentro de este ámbito del derecho a la información.

Ahora bien, dicho Tribunal ha establecido ciertas consideraciones respecto a la obligación de los medios de comunicación privados de informar a la población de asuntos de interés público, específicamente en la labor periodística.

En el Exp. N° 0012-2018-PI-TC y 0013-2018-PI-TC (2018), “[a]lgunos medios de comunicación privados hacen uso del espectro radioeléctrico, (...), los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, (...) de ahí se deriva el deber de informar sobre todo asunto de dicho carácter, incluyendo (...) las actividades del Estado y sin (...) contraprestación alguna.” (STC del Exp. N° 0012-2018-PI-TC y 0013-2018-PI-TC, 11 de octubre de 2018, fj. 196).

Asimismo, refiere que las obligaciones de los medios del espectro electromagnético y los medios impresos de carácter privado y dedicados a la actividad periodística deben cumplir con informar según las obligaciones pertinentes del Código de Ética Profesional del Colegio de Periodistas del Perú y el Código de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (STC del Exp. N° 0012-2018-PI-TC y 0013-2018-PI-TC, 11 de octubre de 2018, fjs. 197 y 198).

Ahora bien, cabe señalar que la libertad de información está limitada por la vida íntima o familiar de las personas, que implica el libre ejercicio de la personalidad moral sin invasión de ninguna clase como la reproducción de actos sexuales en televisión abierta, aún si la finalidad es perseguir la prostitución clandestina (STC del Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 17 de octubre de 2005, 2005, fj. 39).

En consecuencia, el derecho a la intimidad impide que se acceda o reproduzcan ciertos pasajes personales a través de los medios de comunicación, máxime si se trata de actividad sexual, carece de total relevancia para la formación moral y cultural de la nación y la vía comunicativa no es adecuada para perseguir un fin público.

Por tanto, el derecho al acceso a la información pública es una consecuencia natural del derecho a la información, que implica que las fuentes sobre temas de interés público sean verídicas, debidamente documentadas y plausibles de confrontación, con la

finalidad de garantizar la libertad de expresión, de conciencia y autodeterminación informativa del receptor; siempre y cuando la búsqueda de información no contravenga otros derechos constitucionales como la vida privada y el desenvolvimiento personal.

A partir de una interpretación del bloque de constitucionalidad peruano, Ramírez (2016) comenta que, con el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se establece el derecho a la información como precondition para el ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión, en tanto ello implica el derecho a ser informado y correlativamente a la obligación de brindar información veraz, objetiva y oportuna (Ramírez, 2016, p. 16).

Ello se refleja con mayor intensidad en los casos de afectación a la autodeterminación informativa por los bancos de datos públicos o privados, relacionados a hechos noticiosos de interés público.

Luego, Díaz Colchado (2019) explica que el derecho al olvido digital, derivado de la autodeterminación informativa, es “el bloqueo de los datos personales del titular, de modo que ya no sea posible que el interesado, a través del motor de búsqueda, obtenga información o el acceso a las fuentes que contienen información sobre la persona afectada” (Díaz Colchado, 2019, p. 37).

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que si la información publicada corresponde a temas de alta relevancia e interés público en los que está inmiscuido el accionante según bases objetivas y contrastables sin existir prueba en contrario (STC del Exp. N° 03041-2021-PHD/TC, 17 de junio de 2022, fjs. 18, 20, 23 y 24), la autodeterminación informativa no estaría protegida en este supuesto.

Gracias a la condición necesaria sobre la objetividad y confrontación de las fuentes de datos que respaldan la información expuesta en los motores de búsqueda, plataformas digitales de medios de comunicación particulares y redes sociales, se puede concluir que el derecho a la información se reafirma como precondition para el ejercicio de la libertad de expresión.

Por consiguiente, se extiende el deber de diligencia a entidades ajenas a la labor periodística como Facebook, WhatsApp, Google, Safari, etc., entendiéndose cierto grado de responsabilidad para sus administradores.

Ello se debe a que “las redes sociales funcionan en un espacio en donde la presencia regulatoria del Estado es mínima (al menos en Latinoamérica), así como la presencia de la autorregulación contractual y la asunción unilateral del control sobre el contenido por parte de los proveedores del modelo, (...)” (Castro & Díaz, 2021, p. 28).

Esta situación ha sido estudiada y regulada en la legislación comparada y, como se verá más adelante, “genera un impacto directo en la libertad de expresión y plantea, en algunos casos, preocupantes cuestiones para el Estado de Derecho sobre legalidad, legitimidad y proporcionalidad” (Landa, 2021, p. 44).

Fácticamente, las *fake news* afectan el derecho a la información ya que le titular del derecho, el receptor, percibe tergiversaciones, malinterpretaciones o hechos irreales sobre los temas de mayor interés público, es decir, información pública carente de veracidad.

De tal manera que el individuo se ve inmiscuido en el fenómeno de la posverdad por las *fake news*, dirigiendo su pensamiento y actuación conforme a los datos recibidos o se inhibe de contrastar los hechos al dejarse llevar por sus emociones y el debate público e ignorando su sentido objetivo.

La preocupación radica en la cantidad incalculable de cibernautas que acceden a las noticias falsas, la rapidez del proceso comunicativo entre el *upload* y el acceso, y el abanico de reacciones por temas coyunturales, políticos, económicos y sociales. (Alvarado & Díaz, 2020, pp. 15 – 17).

Entonces, a partir de lo mencionado, corresponde realizar la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información desde la teoría y su aplicación práctica en simultáneo.

En julio de 2022, el periodista Jaime Chinchá afirmó en televisión nacional que el ex presidente Alberto Fujimori llevaba droga en el avión presidencial durante su mandato, lo cual fue señalado como noticia falsa por el partido Fuerza Popular y motivó la presentación de una queja en su contra frente al Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana. (Redacción IP, 2022)

En primer lugar, el periodista en cuestión se rectificó sobre sus declaraciones, así como el canal de televisión en el que hizo su declaración.

Ahora bien, estas medidas adoptadas califican de idóneas al perseguir un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante, que serían el derecho a la información de los televidentes, principalmente, y la buena reputación del ex mandatario, y al adecuarse para corregir la falsa noticia en la misma manera en que fue difundida: en televisión nacional y en vivo.

Además, es necesaria para preservar el ejercicio de la libertad de expresión del señor Jaime Chinchá y evitar mayores afectaciones al derecho a la información de la audiencia televisiva, debido a que la censura, la prohibición o la intervención radioeléctrica distan de ser las únicas opciones para lograr el fin constitucional y evitar la grave afectación o nulo ejercicio de la libertad de expresión.

Por último, la limitación de la libertad de expresión, entendida como la rectificación realizada por el periodista y Canal N, es proporcional con la garantía del derecho a la información al haberse realizado en un plazo corto y bajo los mismos estándares del ejercicio anómalo.

Otro caso fue la parcialización de América TV y Canal N durante la segunda vuelta para las elecciones presidenciales del 2021, manifestada, entre otros, en la omisión de contenidos noticiosos relevantes sobre Keiko Fujimori por la posible afectación a su candidatura conforme a la Resolución N° 003-TdE/2021 (Canal N, 2021).

La controversia radica en los efectos políticos y sociales por la actuación de los medios de comunicación televisiva implicados, ya que la omisión informativa provocó una ruptura ideológica entre la población peruana.

En definitiva, se acrecentó el discurso de extrema izquierda a favor del ex mandatario Pedro Castillo y debilitó las bases democráticas del sistema electoral ante el ejercicio irresponsable de la libertad de expresión de los principales actores y propiciadores del debate público.

La medida adoptada consistió en solamente publicitar la resolución del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana en los medios informáticos y televisivos de América TV y Canal.

Resulta evidente la falta de proporcionalidad con la afectación al derecho a la información de los televidentes y cibernautas, en conjunto a los efectos colaterales en las esferas sociales, económicas y políticas, a fin de acotar las consecuencias negativas del ejercicio anómalo.

Debido a la autorregulación de los medios de comunicación masivos en el Perú, que se comentará más adelante, la falta de coercitividad de las sanciones éticas y la ausencia de seriedad respecto a la desinformación permite plausibles escenarios de irreparabilidad de los derechos fundamentales como el caso en cuestión.

La publicitación en espacios televisivos para reconocer la parcialización en las elecciones presidenciales de 2021 y la mención de los hechos omitidos por los programas televisivos respecto a la ex candidata presidencial Keiko Fujimori son formas idóneas, necesarias y proporcionales para cumplir con el fin constitucional de entregar información veraz y actualizada a la ciudadanía.

Así, actuar diligentemente en la labor periodística referida a los procesos electorales y evitar mayores politizaciones entre los sectores sociales, quienes pueden ser manipulados por los grupos extremistas para realizar actos delictivos contra las autoridades designadas, las instituciones del sistema electoral y el desacato a la normativa constitucional en base a la subjetividad.

2.4 La ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y los bienes jurídicos protegidos por el Estado

La legislación nacional ha desarrollado diversos límites al derecho a la libertad de expresión en relación a ciertas características objetivas del emisor, los derechos personalísimos, el proceso electoral, la imparcialidad en la función pública y la protección al menor.

Huerta (2010) señala que esta legislación consiste en veintiún normas del Código Penal, los arts. 14, 15 y 16 del Código Civil⁷, la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones en el extremo de la forma o momento de emitir un discurso para propaganda política⁸, el art. 43 de la Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión⁹, el art. 184 inc. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰ y el art. 23 inciso d) del Decreto Legislativo N° 276¹¹. (Huerta, 2010, pp. 332-333).

Por tal motivo, corresponde verificar si los bienes jurídicos protegidos mencionados en esta normativa son plausibles de ser afectados por las *fake news* y si sería redundante añadir o modificar el texto jurídico para que incluya los actos desinformativos sobre hechos noticiosos en el ciberespacio como acciones delictivas según cada caso.

También, los aportes de los conceptos jurídicos actuales para esgrimir un cuerpo normativo de carácter penal para sancionar las *fake news*.

Respecto a los delitos contra al honor, existe una excepción para invertir la carga de la prueba sobre la veracidad de las imputaciones al autor del delito de difamación según el art. 134 del Código Penal¹².

⁷ Código Civil Peruano de 1984

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

Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.

Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

⁸ Arts. 187 a 193 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones

⁹ Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión

Artículo 43.- Los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico o que promuevan el comercio sexual.

¹⁰ Decreto Supremo N° 017-93-JUS, TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Artículo 184.- Son deberes de los Magistrados:

(...)

6.- Guardar absoluta reserva sobre los asuntos en los que interviene;

¹¹ Decreto Legislativo N° 276, Ley de las Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público

Artículo 23.- Son prohibiciones a los servidores públicos:

(...)

d) Emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente; (...)

¹² Código Penal Peruano de 1991

La denominada *exceptio veritatis* sirve para “(...) probar la verdad de la frase o atribución de hechos de contenido ofensivo, sobre todo cuando ello resulta beneficioso para el interés público o cuando el propio afectado, con afán reivindicativo, requiere que se acredite lo sostenido contra su honor.” (Prado, 2017, p. 62)

Dentro del fenómeno de las *fake news*, sería válido establecer condiciones similares para la inversión de la carga de la prueba, en tanto en la casuística a comentar se puede observar la reiteración del actor comunicativo en la propagación de la información falsa, la negación de los datos proveídos por las fuentes originarias mediante investigaciones propias, etc.

Sin embargo, si las *fake news*; solo afectan el honor del personaje público, entonces solo sería aplicable la legislación comentada por el principio de especialidad de normas, salvo la afectación a otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos en un mismo acto comunicativo que amerite el concurso ideal de delitos.

Entonces, la ponderación entre el derecho al honor y la libertad de expresión radica en que los atentados contra el primero generan “un menoscabo de las posibilidades de realización en su entorno y de mantener relaciones interpersonales en condiciones de equilibrio e igualdad” (Prado, 2017, p. 60), así se deriva la idoneidad y necesidad de criminalizar ciertas opiniones, discursos, declaraciones, etc.

Además, existen conductas atípicas¹³ de difamación por lo que no es una limitación desproporcional a la libertad de expresión al solo extraer un conjunto de ejercicios anómalos para su persecución penal y cuya sanción comprende penas de multa,

Artículo 134.- El autor del delito previsto en el artículo 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones sólo en los casos siguientes:

1. Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
2. Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.
3. Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.
4. Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido.

Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena.

¹³ **Artículo 133.-** No se comete injuria ni difamación cuando se trata de:

1. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.
2. Críticas literarias, artísticas o científicas.
3. Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

prestación de servicios a la comunidad y penas privativas de libertad menores a cuatro años, aplicándose generalmente la suspensión.

Adicionalmente, reciente jurisprudencia¹⁴ ha subsumida la práctica del “terruqueo” en el delito de difamación al considerar:

- i) La asimetría de los momentos históricos de las fotografías expuestas entre la querellante y el señor Alejandro Astorga durante un segmento del programa televisivo.
- ii) La prioridad a la disertación de la querellada sobre el contenido virtual expuesto, a sabiendas de la interpretación bifurcada de la audiencia.
- iii) Exponer un rotulo informativo durante un segmento televisivo, que, por máximas de experiencia, se interpreta en que la querellante está vinculada a organizaciones terroristas.
- iv) Establecer como único medio probatorio sobre el supuesto vínculo con organizaciones terroristas, la relación sentimental entre la querellante y Alejandro Astorga. (Sentencia del Séptimo Juzgado Penal Liquidador de Lima del Exp. N° 10191-2021-0-1801-JR-PE-07, 19 de enero de 2023)

En otro escenario, el delito de falsedad genérica¹⁵ se circunscribe como límite legal al individuo que altera la verdad intencionalmente mediante palabras para obtener un documento o certificación oficial.

Es decir, las declaraciones falsas versadas en el procedimiento administrativo o notarial correspondiente para obtener documentos o certificaciones oficiales revestidos de fe pública serán punibles.

Debido a la naturaleza colectiva y funcional de la fe pública para exigir la veracidad legal o jurídica sobre el cumplimiento de presupuestos o formas (Prado, 2017,

¹⁴ Exp. N° 10191-2021-0-1801-JR-PE-07

¹⁵ **Artículo 438.-** El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

p. 133), la tipificación penal de la alteración de la verdad mediante palabras es idónea y necesaria para erradicar una conducta inaceptable moral y constitucionalmente hablando.

Ello se debe a la posible la afectación a terceros, que se encuentran en situaciones desventajosas y lesivas a sus derechos por la presentación de un documento con fe pública que les requiere el cumplimiento de deberes y obligaciones ajenas a su voluntad.

Asimismo, la proporcionalidad de los elementos objetivos del tipo y la sanción penal permiten la vigencia de la libertad de expresión del actor por afectar el contenido en escenarios específicos.

Otros delitos a comentar son los relacionados al orden económico constitucional, donde el delito de pánico financiero¹⁶ permite establecer las consideraciones iniciales para aproximarse al marco regulatorio actual de las *fake news* en el Perú.

Respecto a este delito, Soto (2021) comenta “que constituye una modalidad financiera, donde básicamente lo que se pretende sancionar es la propalación de noticias falsas con la finalidad de afectar la estabilidad del sistema financiero” (Soto, 2021).

En consecuencia, solo es necesario la posibilidad del retiro masivo de fondos o la redención de instrumentos financieros para la consumación del delito, dejando en claro que se está sancionando la libertad de expresión en base a la doctrina del *clear and imminent damage*.

La graduación de la pena en esta acción delictiva aumenta respecto a los otros tipos penales comentados, debido a que se está vulnerando el derecho a la información y el sistema financiero, que forma parte del orden económico constitucional, como objeto jurídico protegido por el Derecho penal.

Por tanto, la proporcionalidad de la sanción es correcta al haberse afectado dos esferas jurídicas distintas; incluso, la consideración del peligro potencial sirve como base

¹⁶ **Artículo 249.-** El que a sabiendas produce alarma en la población propalando noticias falsas atribuyendo a una empresa del sistema financiero, a una empresa del sistema de seguros, a una sociedad administradora de fondos mutuos de inversión en valores o de fondos de inversión, a una administradora privada de fondos de pensiones u otra que opere con fondos del público, cualidades o situaciones de riesgo que generen el peligro de retiros masivos de depósitos o el traslado o la redención de instrumentos financieros de ahorro o de inversión, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa

para establecer condiciones necesarias para la punibilidad del ejercicio de la libertad de expresión mediante *fake news*.

Lo mencionado en el párrafo anterior se repite en el plano en los delitos de denuncia calumniosa¹⁷ y falsedad en juicio¹⁸, relacionados a la vulneración de la administración de justicia, y la falsa declaración en procedimiento administrativo¹⁹ por el quebrantamiento del principio de presunción de veracidad establecido en la ley de la materia.

Además, la afectación al derecho a la información es nula en los citados escenarios por la predominancia de otros bienes jurídicos protegidos, la restringida circunscripción de la difusión informativa y la ausencia de efectos negativos a la percepción colectiva.

Vale mencionar que la opción judicial de eximir de sanción por rectificación del autor antes de ocasionar perjuicio en el delito de falsa declaración en juicio es una medida legislativa idónea y proporcional con la finalidad de evitar la supresión del derecho a la libertad de expresión e invita a la autocorrección del sujeto activo.

Así, es importante tomar en cuenta la figura jurídica de la rectificación como otra condición para la procedencia excepcional de la acción penal o sobreseimiento del proceso penal, siempre y cuando los perjuicios a terceros sean nulos o hayan sido reparados en su totalidad.

Distinta puesta en escena es el delito de grave perturbación a la tranquilidad pública²⁰, cuya acción típica comprende difundir masivamente la realización de un hecho

¹⁷ **Artículo 402.-** El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido o que ha sido cometido por persona distinta a la denunciada, o el que simula o adultera pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

¹⁸ **Artículo 409.-** El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.

¹⁹ **Artículo 411.-** El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

²⁰ **Artículo 315-A. -** 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

o situación falsa o inexistente para producir alarma mediante la autoridad pública, medios de comunicación social o cualquier otro.

Respecto a ello, Valle Odar (2020) señala que sí se puede subsumir las *fake news* en dicho delito si se comprueba el grado de intensidad de la alarma al punto de pánico colectivo; caso contrario se debería hablar de falta contra la tranquilidad pública por generar un mero malestar o molestia en el colectivo, aunque debe recordarse el principio *ultima ratio* del Derecho Penal (Valle Odar, 2020).

Si bien cierto sector de la doctrina considera que el delito en cuestión debería estar relacionado a difundir la realización de los delitos apología, terrorismo y disturbios por estar en la misma sección sobre afectación a la paz pública, dicha interpretación no descarta totalmente la posibilidad de hablar sobre otros posibles escenarios como crisis sanitarias o económicas, conflictos bélicos cercanos, etc.

Debido al aprovechamiento del contexto para la comisión de este delito, se observa que las *fake news* requieren escenarios controvertidos para su difusión masiva en la población y pueden afectar otros bienes jurídicos ajenos a la paz pública si el colectivo actúa de manera violenta frente a la información falsa.

Sin embargo, se requiere determinar las condiciones necesarias para la procedencia excepcional de la acción penal en dichos casos para que se cumpla el juicio de necesidad y proporcionalidad del límite a la libertad de expresión, habiendo otros medios menos lesivos distintos al Derecho Penal.

Pasando al ámbito del derecho electoral, las prohibiciones respecto a la difusión de la propaganda política conforme a la Ley Orgánica de Elecciones, configuran límites neutros sobre la forma, tiempo o lugar de la transmisión.

Así tenemos la proyección de encuestas en medios de comunicación en la semana de elecciones, la difusión de información por parte del Estado contra cualquier partido

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

político tras la convocatoria de elecciones o el empleo de pintura en calzadas y muros de predios públicos, el uso o invocación de temas religiosos de cualquier credo²¹ es el único límite de contenido de la libertad de expresión en materia electoral.

Conforme a la Norma Suprema, el sistema electoral ocupa un rol fundamental en el Derecho Constitucional por ser el pilar principal de la democracia peruana, cuya finalidad es “asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos” (Constitución Política del Perú, art. 176).

Ergo, es idóneo el establecimiento de prohibiciones de la libertad expresión para asegurar el fin constitucional en mención y asegurar el bienestar social derivado del cambio de funcionarios de los poderes legislativo y ejecutivo.

En atención a que el sistema electoral y la libertad de expresión resultan indispensables para las bases democráticas del Estado constitucional de Derecho del Perú y son recíprocos e interrelacionados entre sí para garantizar su subsistencia, los límites neutros predominan en la legislación comentada, salvo la prohibición excepcional de contenido religioso por afectar adicionalmente al precepto constitucional de la laicidad y la igualdad de trato a los diversos credos.

Respecto a la normativa para los medios de comunicación tradicionales, el impedimento de difundir contenido pornográfico en el espectro radioeléctrico²² obedece a la prevención del delito de proxenetismo, el límite constitucional de las buenas costumbres y la cosificación de la mujer para evitar escenarios de violencia de género.

Por ello, la limitación del contenido persigue diversos fines constitucional y socialmente aceptados, es la vía adecuada para asegurar la vigencia de la libertad de expresión en la radiodifusión sin menoscabar totalmente su contenido y el grado de proporcionalidad es satisfactorio para erradicar el ejercicio anómalo, pero adolece de relación alguna con las *fake news*.

²¹ Art. 188 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones.

²² Art.43 de la Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión

Misma situación se trasluce con el deber de confidencialidad de los asuntos judiciales conducidos por el juez²³ y la prohibición de emitir opinión sobre temas de Estado para los servidores públicos²⁴, ya que ellos obedecen a los principios constitucionales de independencia de la función jurisdiccional²⁵ y relativos a la función pública²⁶, respectivamente.

La autorización previa del superior jerárquico al servidor público para opinar sobre temas de Estado corresponde a que la información proveída alcanza mayores niveles de legitimidad y tiene implicaciones a nivel nacional e internacional.

De tal manera que, se establece una limitación razonable por las graves consecuencias derivadas de compartir datos inexactos o falsos desde las instituciones públicas sin cargo expreso de funcionarios con mayor jerarquía, que asuman las responsabilidades correspondientes y otorguen mayor seguridad sobre la veracidad de las declaraciones.

Por último, cabe señalar que no existen propuestas legislativas desde la esfera política o los colectivos ciudadanos encaminados a regular específicamente el fenómeno de la desinformación mediante *fake news*; en realidad, se ha observado un único proyecto de ley, cuya finalidad busca sancionar las noticias falsas, pero su redacción dista enormemente del objetivo propuesto.

Así, de la revisión del archivo congresal, el Proyecto de Ley N° 6567/2020 – CR propone incorporar la prohibición de propaganda política mediante imputaciones o noticias que se refieran a hechos capaces de alterar la sinceridad del proceso electoral en curso o uno a futuro mediante medios de comunicación masivo o red social con responsabilidad penal y la exclusión del proceso electoral si el autor es candidato a cargo de elección popular (Rubio, 2020, pp. 1 – 2).

A pesar que la exposición de motivos está encaminada a legislar sobre las *fake news* en los procesos electorales, es notable la deficiencia técnico – jurídica y el poco análisis de ponderación constitucional al redactar la propuesta legislativa.

²³ Art. 184 del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial

²⁴ Art. 23 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de las Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público

²⁵ Inc. 2 del art. 139 de la Constitución Política del Perú.

²⁶ Arts. 39 y 40 de la Constitución Política del Perú.

Primero, se ha establecido que cualquier imputación o noticia capaz de alterar la honestidad de los comicios será prohibido, lo cual es claramente lesivo al derecho a la libertad de expresión, por cuanto los cuestionamientos válidos y fundados en información veraz serían sancionados y se despotricaría el debate público, formulándose un supuesto de censura directo por la limitación del contenido.

Segundo, se afecta el derecho a la participación política de los candidatos, que planteen o propaguen estas noticias sean veraces o no, lo cual en la práctica aumentaría los reclamos extremistas y antidemocráticos de ciertas figuras políticas, así como el debilitamiento de los partidos políticos y la representatividad de la ciudadanía con legítimo derecho para cuestionar la actuación de las autoridades electorales o del gobierno de turno.

Por último, no se ha examinado la posibilidad de medios no coercitivos para evitar la afectación de los derechos mencionados como la rectificación o el intercambio de ideas, así como las medidas sociales establecidas en las normas comunitarias de las redes sociales o los avisos de verificadores de datos sobre la información publicitada en plataformas digitales, que desincentivarían la proliferación de *fake news*.

La falta de idoneidad de la propuesta legislativa se observa en su inadecuado concepto de *fake news* y la carencia de condiciones necesarias para determinar la gravedad de la información propagada; así como la desproporcionalidad entre la conducta prohibida y la limitación al contenido del derecho a la libertad de expresión, siendo manifiesta la supresión total de su ejercicio dentro de la vida democrática como se ha desarrollado previamente.

2.5 Crítica al paradigma de la autorregulación de las *fake news* en el espectro de la radiodifusión peruana

Hoy en día, se afirma que en el mercado de los medios de comunicación en el Perú no está regulado en la práctica y el principio de autorregulación no reviste la vinculatoriedad idónea para obligar a los productores formales de información a acatar las disposiciones convenidas sobre la conducta ética en escenarios coyunturales, especialmente en las últimas elecciones presidenciales (Castillo, 2021, p. 5).

Este argumento resulta sumamente importante si se toma en consideración que, en la última década, ha habido constantes intentos políticos y legislativos para reformar la normativa relacionada a la radiodifusión, que han sido declarados inconstitucionales por reprimir gravemente la libertad de expresión.

Aunado a ello, la percepción social de desconfianza frente a la información proporcionada por los medios de comunicación tradicionales demuestra cómo han surgido plataformas de información independientes. También, cómo otros canales de televisión han ganado más popularidad por quebrar con la agenda política de turno o adoptar las posiciones políticas mayoritarias de los sectores más afectados.

Dentro de este orden de ideas, Calvo y Picontó (2017) señalan que “la eficacia de las políticas de seguridad (...) pasa por la extensión y endurecimiento de los espacios del control tradicional (...), requiere la existencia de mecanismo de control preventivo, positivos y negativos, más amplios y sofisticados” (Calvo & Picontó, 2017, p. 92).

De tal manera que, la ineficacia de la autorregulación y la necesidad del *ius puniendi* del Estado para corregir este ejercicio ilegal de la libertad de expresión se demuestra en los últimos escándalos periodísticos en territorio nacional.

En agosto de 2021, el conductor Beto Ortiz señaló en WillaxTV que el periodista Marco Sifuentes recibe fondos públicos para apoyar al gobierno de turno al ser auspiciado por entidades electorales y lo calificó de “mermelero”, lo cual motivó la presentación de una queja, que fuera declarada fundada mediante Resolución N° 006-TE/2021 (Redacción EC, 2021).

Si bien el Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana solicitó a WillaxTV publicitar la resolución citada, se omitió la emisión del comunicado y los demás medios de comunicación asociados debieron cumplir con la media acotada como el caso de El Comercio al ser este pedido un exhorto moral sin responsabilidad alguna por su incumplimiento.

Además, no hubo rectificación o aclaración por parte del conductor o el canal de televisión a pesar de haberse reconocido la divulgación de información falsa contra el periodista de La Encerrona.

Vale mencionar que la actuación de oficio del Tribunal de Ética es nula ante escenarios de mayor gravedad que afectan el derecho a la información de los televidentes y la salud pública como las declaraciones de Ernesto Bustamante sobre las vacunas Covid-19 y el apoyo de Willax TV a estas apreciaciones tergiversadas.

Como señala la Red Ama Llulla (2021), las declaraciones de Bustamante sobre la ineficiencia de las vacunas Sinopharm son falsas por haber realizado una tergiversación dolosa de los ensayos clínicos de la Universidad Cayetano Heredia, la presentación de resultados negativos sobre otra vacuna distinta a la adquirida por el Estado peruano y la omisión de que no ha habido cuadros severos de Covid-19 para aquellos ciudadanos que se contagiaron y estaban vacunados con Sinopharm (Red Ama Llulla, 2021).

Otro ejemplo fue la difusión tergiversada de un audio del ex congresista Ricardo Burga por parte del periódico La República, alegando la orquestación de un plan de vacancia contra la otrora presidente del Congreso, Mirtha Vásquez, y la inmediata respuesta de diversos grupos políticos ante otra “crisis política” (Expreso, 2020).

En esta situación se ha verificado que este medio de comunicación no realizó ninguna rectificación o aclaración en sus redes sociales o en los periódicos físicos o virtuales, habida cuenta de la falta de diligencia en el análisis de los audios y mayor investigación sobre el contexto de tales declaraciones.

La misma dinámica de *fake news* es utilizada por personajes públicos ajenos al periodismo como las declaraciones del ex parlamentario Daniel Olivares, respecto a que la legislatura del periodo 2019 – 2020 jamás aprobó iniciativas de seguridad ciudadana, lo cual resulta falso si se observa la fecha de promulgación de la Ley N° 30558, la Ley N° 31001 y la Ley N° 30506 (Red Ama Llulla, 2020).

Si bien se ha mencionado ciertas situaciones de cumplimiento de los fallos del Tribunal de Ética por parte de los medios de comunicación masivos como Jaime Chíncha en Canal N (Redacción IP, 2022), la rectificación o aclaración de las declaraciones no ha sido lo suficientemente trascendente para reconducir la conducta desinformativa y motivar una mejora en la ética profesional del periodismo peruano.

Resulta evidente que, si no existe un marco legal para apercibir o sancionar las conductas anómalas de los medios de comunicación masivos, responsables principales

de la libertad de información y la opinión pública, y la actual opción privada de autorregulación no ha producido ningún cambio sustancial.

Entonces, es necesario una reforma de la Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión, o del Código Penal para establecer supuestos de desinformación mediante noticias falsas o su agregado en los delitos analizados anteriormente, o todo ello en conjunto.

Con todo ello se afirma que la actuación catastrófica de los medios de comunicación para cumplir con los deberes de rectificación y obligarse a los principios éticos, lo cual ha derivado en la destrucción de los estándares o filtros establecidos y pronostica un peor panorama en las redes sociales si se persiste con apostar en la autorregulación de los grupos sociales (Castillo, 2021, p. 19).

Como se ha observado en el acápite anterior, la regulación actual de *fake news* en el derecho peruano carece de coercibilidad y requiere la puesta en peligro concreto o potencial sin posibilidad de sancionar la creación, distribución y proliferación de información falsa mediante los medios de comunicación masivos y las redes sociales.

Así, la falta de medidas coercitivas permita una mayor proliferación de estas conductas anómalas y las actuales propuestas legislativas para la regulación de *fake news* se olvidan de inmiscuir a las plataformas virtuales, los medios de comunicación tradicionales y a la ciudadanía como actores principales (Castillo, 2021, p. 6).

Por tanto, la solución radica en el derecho penal con mayores efectos disuasorios y viable constitucionalmente al sancionar ejercicio anómalo de la libertad de expresión en atención a sus consecuencias.

Podría argumentarse que la aparición del *fact-checking*, con Ojo Público o la Red Ama Llulla en el Perú, o la implementación de políticas de comunidad en redes sociales confirma la adaptabilidad de la autorregulación.

No obstante, se señala que son insuficientes en sí mismas y que las plataformas digitales deben cooperar en evitar la elusión de la responsabilidad de los comentarios o publicaciones realizadas que afecten derechos de otras personas o provoquen pánico en la población mediante noticias falsas (Castillo, 2021, p. 17).

En realidad, la censura de la información o el bloqueo de cuentas en redes sociales, paradójicamente, ha reforzado el enojo colectivo y la apariencia de certeza en el discurso político de corriente extremista, debiendo adoptarse otras medidas como la variación de algoritmos de emparejamiento y la distinción necesaria en el tipo de información compartido (Castillo, 2021, p. 18).

En seguida, Baxter et. al. (2020) señala que la política de autorregulación promovida por las empresas tecnológicas busca crear ambientes seguros, donde los usuarios se comprometan voluntariamente a ejercer correctamente su libertad de expresión y coincidan en sus propias normas comunitarias para la viabilidad económica de la plataforma digital, resultando más atractiva frente a otros competidores (Baxter et. al., 2020, p. 4).

Sin embargo, la cantidad absurda de usuarios e interacciones dentro de la plataforma digital superan ampliamente la capacidad de supervisión de los administradores para que se lleguen a consensos comunitarios, lo cual ha derivado a la ausencia de compromisos éticos entre los usuarios y la imposición de políticas de comunidad, carentes de coercibilidad y que contradicen el principio de autorregulación corporativa.

En el panorama internacional, la problemática de noticias falsas alcanzó su punto álgido en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos de América en 2016.

Como se recuerda, la propagación de *fake news* contra el Partido Demócrata se realizó mediante Facebook y Google por ingenieros informáticos, que plagieron al New York Times y otros medios tradicionales para elaborar boletines con información falsa o tendenciosa sobre los supuestos escándalos de Hillary Clinton y el favorecimiento del gobierno mexicano para la inmigración ilegal (New York Times, 2016).

Paradójicamente, los líderes de diversos gobiernos han utilizado el mismo argumento de *fake news* para denunciar persecuciones políticas o ignorar los conflictos sociales y de inmigración en su territorio (Erlanger, 2017), de tal manera que los ataques ilegales a la prensa, como la clausura de los centros de radiodifusión o el vandalismo a las cadenas televisivas, adquieren legitimidad para preservar una falsa institucionalidad.

Recientemente, el absurdo de la autorregulación en las redes sociales ha escalado con las nuevas políticas administrativas y comunitarias en Twitter bajo la dirección de Elon Musk.

A partir de octubre de 2022, Twitter Blue concede la opción de pagar por el sello de verificación de cuenta, que garantiza la autenticidad del usuario y sus declaraciones en el ciberespacio a través de esta aplicación digital, desplazando la antigua verificación de insignia azul, que está pronto a desaparecer de la plataforma. (Infobae, 2023).

Empero, ello ha devenido en diversos escenarios de suplantación de identidad, *fake news*, afectación a los derechos de autor y propiedad intelectual, la apropiación de nombres comerciales y marcas, etc. al considerar que la comunidad de Twitter podría establecer sus propias reglas comunitarias y cumplirlas sin necesidad de coerción por parte de los administradores (Pascual, 2022).

Incluso, la propuesta de suscripción de Musk no ha superado la barrera de 300 mil usuarios en el mundo, si se considera que ello representa el 0,2% de perfiles activos en Twitter (Redacción EC, 2023). De tal manera que el fracaso de la comercialización de la autenticidad de los perfiles al apostar por una autorregulación mercantilista en dicha plataforma ni siquiera es aceptada y/o asumida por los cibernautas.

Por tanto, la intervención del Estado es necesaria, simplemente para adecuar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en coordinación con los agentes principales de la comunicación masiva en la época contemporánea, salvo la producción de efectos negativos como delitos contra el orden económico constitucional y/o la paz pública, aunado a la afectación masiva del derecho a la información, por lo que corresponde la procedencia excepcional para aplicar el Derecho penal.

Ahora bien, podría argumentarse que insertar una nueva normativa penal para regular las *fake news* implicaría un aumento sustancial en la carga procesal del Poder Judicial, saturando la administración de justicia innecesariamente.

Según Hernández (2009), la sobrecarga procesal proviene de la incapacidad del sistema para procesar los expedientes pendientes, que sobrepasan a la cantidad de expedientes ingresados con variable constante a pesar de la mayor tipificación de delitos, el incremento de la población, la conflictividad, etc. (Hernández, 2009, p. 75)

Según el Poder Judicial (2021), entre enero y marzo de 2021 había 2'408,470 procesos judiciales principales pendientes (Poder Judicial, 2021, p. 18) y 367,265 procesos principales ingresados (p. 19); en adición a ello, se habían resuelto 340,910 procesos principales (p. 20).

Si bien la situación de la pandemia por el Covid-19 y la digitalización de los expedientes judiciales explicaría la disminución en la demanda judicial, es innegable que existe un deficiente problema administrativo ya que los expedientes ingresados superan a los expedientes archivados y ello impide disminuir la carga procesal de más de 2 millones de procesos pendientes.

En definitiva, es indefendible el mito sobre el aumento de carga procesal por implementar un nuevo tipo penal, como en este caso sobre la desinformación mediante *fake news*, avalando la tesis expuesta por Hernández (2009).

CAPÍTULO III: EL MARCO REGULATORIO QUE SANCIONA LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS

Como se podrá verificar en este capítulo, los avances jurídicos en materia de *fake news* se han inclinado a calificar los actos desinformativos sobre hechos noticiosos como delitos y han establecido una serie de obligaciones y deberes para los administradores y programadores de los sitios web, dominios de internet o redes sociales.

De ahí que será importante observar las ventajas, errores y resultados obtenidos en el Derecho comparado para formular una propuesta jurídicamente certera, aplicable a la realidad social peruana y consecuente para perseguir los fines constitucionales del Estado peruano.

En adición a ello, se comentarán las elecciones presidenciales de Estado Unidos de América en 2016, que conto con abundantes escenarios *fake news*, a fin de determinar si las autoridades políticas y judiciales han establecido algún parámetro o límite nuevo a la libertad de expresión.

Además, se expondrá las razones para regular las *fake news* mediante el Derecho Penal ante la necesidad de mejorar el estándar actual del ejercicio de la libertad de expresión.

Finalmente, se contraargumentará contra el estándar constitucional del intercambio de ideas, derivado del derecho estadounidense, y se tomará en consideración ciertas proposiciones para reforzar la apuesta por un régimen penal contra las noticias falsas.

3.1 Crítica a los avances legislativos para sancionar la desinformación mediante *fake news* en el Derecho Comparado

En el Derecho Comparado, la mayoría de Estados modernos ha apostado por implementar normas o recomendaciones para la correcta actuación de las plataformas de medios sociales, remitiéndoles la responsabilidad y la discrecionalidad para intervenir

ante posibles escenarios de noticias falsas sin parámetros objetivos en común (Castillo, 2021a).

Además, los avances legislativos a comentar no conciben un nivel de ponderación estándar sobre el derecho a la libertad de expresión, en tanto algunos sistemas jurídicos lo conciben de carácter absoluto con límites demasiado laxos e imposible de ser restringido mediante cualquier dispositivo legal.

Una primera aproximación es los Estados Unidos de América, donde se ha implementado la *Communication Decency Act* (1996), cuya Sección 230 otorga inmunidad a las plataformas digitales de interacción social respecto al contenido compartido por los usuarios en el ciberespacio; además, permite remover contenido legal u objetable sin responsabilidad respecto al daño ocasionado por su decisión amparada en la buena fe (*Communication Decency Act*, 1996).

Ello ha sido una respuesta a corto plazo para prohibir y detener las redes de proxenetismo, pedofilia y pornografía infantil, que se vieron favorecidos con el auge de los medios virtuales de comunicación global a finales del siglo XX.

Ahora bien, la falta de actualización normativa en la CDA ha demostrado su ineficiencia e ignorancia en relación a ciertos tipos de contenido ilegal y sumamente controversial, en especial el discurso político en línea, la desinformación mediante *fake news* y la radicalización ideológica tras el avance agigantado de las telecomunicaciones, principalmente por la aparición de redes sociales como Facebook e Instagram, y motores de búsqueda como Safari o Google.

Como comenta Baxter et. al. (2020), se está buscando la modificación de la Sección 230 para despojar de la inmunidad a quienes filtran o moderan los discursos políticos en redes sociales, y exceptuar la personalización algorítmica o condicionar la protección al uso del cifrado a ciertos contenidos sensibles relacionados a la vida íntima y privada de los usuarios (Baxter et. al., 2020, p. 3).

En respuesta a la crítica citada, es recomendable definir si se busca restringir el contenido o motivos ajenos al mismo, en tanto no vulnere lo establecido en la Primera Enmienda de la Constitución Americana²⁷.

En adición a ello, se debería evaluar si el intercambio de ideas, establecido jurisprudencialmente en el *track two* de la enmienda en cuestión, es insuficiente para superar o revertir este contenido ilegal para la procedencia de la represión federal, o tiene un efecto comunicativo para crear riesgos potenciales al ser entendido por el observador promedio (Alexander, 1992, pp. 921-922).

Conforme a la jurisprudencia estadounidense, debe aplicarse el test del *clear and present danger* por medio del cual se puede discernir la verdad durante el intercambio de ideas al confrontarse opiniones contrarias, que permiten observar la claridad del peligro manifestado en el discurso y si es inminente o potencial para las personas.

Como señala Linera (2022a):

“Por lo que respecta a la claridad, esta debe ser identificada con la probabilidad de que lo dicho pueda generar un daño; por tanto, las expresiones representan un peligro claro cuando hay una elevada probabilidad de que causen ese mal. Por su parte, la exigencia de que el peligro sea inminente hace referencia a la inmediatez entre la expresión y el resultado dañoso. Así, (...) es preciso estar siempre vigilante frente a los intentos de controlar las opiniones que detestamos, e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenacen de manera tan inminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho que sea necesario controlarlos de inmediato para así salvar a la nación.” (Linera, 2022a, p. 23).

En otro panorama, el sistema jurídico europeo propone un paquete legislativo para modificar la Directiva sobre Comercio Electrónico (ECD, en inglés) del año 2000, destacando la Ley de Servicios Digitales (DSA, en inglés).

²⁷ **Constitución de los Estados Unidos de América de 1787**

Primera Enmienda. – El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo la libertad de culto; o que coarte la libertad de expresión o de la prensa, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios.

Dicha modificación normativa propone dar nuevas obligaciones a las plataformas online, principalmente Google, Facebook y Amazon; ello consiste en bloquear contenido ilegal de manera célere y reforzar la supervisión de las políticas de contenido en la UE mediante la presentación de informes de transparencia, y la comunicación a los usuarios ante la adopción de medidas comunitarias (Comisión Europea, 2020, pp. 39-41).

La ECD estipula un amplio marco de protección para cualquier empresa o negocio, que opera en línea, evitando asumir la responsabilidad por el contenido publicado, almacenado o transmitido en su plataforma digital, lo cual es bastante similar a la Sección 230 de la *Communication Decency Act* de Estados Unidos de América.

Si bien la propuesta de la Comisión Europea mantendrá ciertas protecciones para eximir de responsabilidad o la prohibición de monitoreo por entidades estatales en las plataformas digitales, otros Estados europeos han tomado decisiones unilaterales.

En particular, establecer una serie de obligaciones de los administradores y programadores de los negocios en línea para la prevención y remoción de contenido dañoso o desagradable, así como establecer políticas para desarrollar y compartir mecanismos de moderación entre competidores, lo cual sobrepasaría el piso mínimo de la DSA y podría configurar un supuesto de autocensura (Baxter et. al., 2020, pp. 2-3).

Como antecedente para la formulación de la anterior iniciativa en la Comunidad Europea, se encuentra la *Loi N° 2018-1202*²⁸.

La misma dispone la acción judicial para dictar medidas provisionales en 48 horas durante periodos electorales para interrumpir la difusión masiva de una publicación sobre noticias falsas. (*Loi N° 2018-1202*, 2018, art. 1)

También, el deber de cooperación de las plataformas digitales en la lucha contra la desinformación y concientización a los internautas, y la facultad sancionadora del Consejo Superior Audiovisual para suspender la difusión de un canal de televisión de otro Estado o bajo el poder extranjero, que expida noticias falsas (*Loi N° 2018-1202*, 2018, arts. 5 y 6).

²⁸ Ley contra la manipulación de la información del 22 de diciembre de 2018 (Francia).

Otro antecedente legislativo es la *Newtork Enfrocement Act* (2017). Así, Alemania ha establecido que las redes sociales con más de 2 millones de usuarios nacionales deberán remitir reportes sobre las quejas por contenido ilegal y noticias falsas con el detalle de las medidas adoptadas para la eliminación del contenido, así como el plazo de actuación y la comunicación al infractor y al denunciante sobre las medidas adoptadas (*Newtork Enfrocement Act*, 2017, secc.2 y 3).

Incluso, la facultad de divulgar información sobre los datos del suscriptor, siempre que sea necesario para la ejecución de una pretensión civil por violación a derechos protegidos por contenido ilegal (*Newtork Enfrocement Act*, 2017, secc. 2).

A tenor del caso europeo, el aumento de responsabilidades a las plataformas digitales y la plausible configuración de prácticas de censura y prohibición indiscriminada por el ejercicio del derecho de la libertad de expresión se ven inmiscuidas en la formulación de los preceptos normativos comentados.

Más aún, la visualización de un plausible y nuevo escenario para la violación sistemática de derechos fundamentales en base a criterios vagos y ambiguos en la reciente legislación europea sobre qué son las *fake news* sin una concepción objetiva y bajo escasas condiciones proporcionales para evitar la afectación irreparable a la libertad de expresión.

Acorde a la crítica anterior, las Naciones Unidas han señalado la falta de supervisión judicial sobre la responsabilidad de las redes sociales para remover y eliminar el contenido, que podría ser potencialmente legítimo bajo el derecho a la libertad de expresión, y configura una inapropiada interferencia a la libertad individual y la privacidad de los ciudadanos (Kaye, 2017, p. 4).

Se hace hincapié que el Convenio Europeo de Derecho Humanos reconoce a los Estados la facultad de imponer un régimen de autorización previa a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o televisión, así como la discrecionalidad de establecer serie de formalidades, condiciones y restricciones para la distribución y propalación del contenido en el espectro radioeléctrico (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950, art. 10).

Este paradigma jurídico resulta diametralmente distinto al establecido en el continente americano que ha restringido la actuación del Estado para sancionar de manera posterior el ejercicio de la libertad de expresión.

En atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Linera señala que:

“(…) [L]a libertad de expresión en Internet y las redes sociales está sujeta a límites dirigidos a garantizar otros derechos fundamentales no menos importantes, como el honor o la intimidad, lo que puede exigir, a la hora de articular instrumentos de tutela de esos otros derechos, que se tengan en cuenta las especificidades de los medios a los que nos estamos refiriendo a la hora de (…) valorar la lesión causada, que se puede agravar mediante el llamado “efecto amplificador” de las redes sociales (…) pero, (…) dicho efecto no debe presumirse siempre y en todo caso, pues, como es bien sabido, también hay espacios relativamente “privados” en Internet, donde el impacto de una expresión injuriosa será, en principio, menor” (Linera, 2022a, p. 386).

Por tanto, existe una falta de unidad legislativa en la comunidad europea frente a la aproximación para combatir la desinformación vía *fake news*, para establecer las obligaciones comunes para los administradores y programadores de las redes sociales y plataformas digitales, así como las disposiciones excepcionales para limitar la responsabilidad civil, penal o administrativa y preservar el ejercicio de libertad de expresión y libertad de empresa de los principales conglomerados de tecnología en el ciberespacio.

Ello demuestra que no se ha realizado una adecuada evaluación técnica y jurídica sobre cómo funciona la interacción política, económica y social vía Internet y de qué manera su dinámica digital permite delimitar correctamente los deberes y obligaciones inherentes a los agentes de control y supervisión en los portales cibernéticos.

En Latinoamérica, el Estado nicaragüense, mediante la Ley Especial de Ciberdelitos (2020) tipifica el delito de propagación de noticias falsas a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC)²⁹.

Sin embargo, como se ha comentado en el caso del Código Penal Peruano, la propagación de noticias falsas puede afectar a otros derechos o bienes jurídicos fundamentales por lo que se podría subsumir la acción típica en otros los delitos como la injuria o difamación en el caso del derecho al honor, o el pánico financiero, que se encuentran tipificadas en el art. 173 del Código Penal de Nicaragua (2007).

Asimismo, la sola producción de alarma o zozobra a una persona o su familia por medio de noticias falsas a través de las TIC revela la desproporcionalidad entre la sanción y el ejercicio de la libertad de expresión, si observamos que la pena privativa es la misma si se afecta a la población o a un sector de la misma.

Por otro lado, no se han considerado otros medios menos lesivos a la libertad de expresión distintos a la sanción penal como la rectificación, la aclaración o la observancia de condiciones objetivas para determinar la procedencia de la acción penal como algún supuesto de cuestión previa.

En otro extremo, ante la falta de consenso para penalizar la desinformación electoral o poner en agenda legislativa las *fake news*, Argentina ha creado un Observatorio de la Desinformación y la Violencia Simbólica en medios y plataformas digitales sin facultades supervisoras o de control.

En la misma línea, Uruguay ha obligado a los partidos políticos a firmar pactos éticos frente a las noticias falsas en época electoral.

²⁹Ley N° 1042, Ley Especial de Ciberdelitos, aprobada el 27 de octubre de 2020

Artículo 30. - Propagación de noticias falsas a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación

Quien, usando las Tecnologías de la Información y la Comunicación, publique o difunda información falsa y/o tergiversada, que produzca alarma, temor, zozobra en la población, o a un grupo o sector de ella a una persona o a su familia, se impondrá la pena de dos a cuatro años de prisión y trescientos a quinientos días multa.

Si la publicación o difusión de la información falsa y/o tergiversada, perjudica el honor, prestigio o reputación de una persona o a su familia, se le impondrá una pena de uno a tres años de prisión y ciento cincuenta a trescientos cincuenta días multa.

Si la publicación o difusión de la información falsa y/o tergiversada, incita al odio y a la violencia, pone en peligro la estabilidad económica, el orden público, la salud pública o la seguridad soberana, se le impondrá pena de tres a cinco años de prisión y quinientos a ochocientos días multa.

En atención a ello, ciertos Estados sudamericanos mantienen la autorregulación en el espectro radioeléctrico y la cooperación ética entre los principales actores electorales, debido a la difícil tarea de arribar a un consenso político y jurídico sobre la materia de *fake news*.

En Brasil, se espera la aprobación del Senado respecto al Proyecto de la Ley de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en Internet (2020).

En síntesis, se obligaría a usuarios de redes sociales y de aplicaciones de mensajería instantánea a presentar documentos de identificación y un número de teléfono activo (Proyecto de Ley 2.630/2020, 2020, art. 22).

Adicionalmente, las plataformas de almacenamiento de datos deberían conservar registros de todos los mensajes compartidos e intercambiados para rastrear a los autores de la campaña de desinformación, bajo apercibimiento del bloqueo generalizado y nacional de las redes sociales y de los servicios de mensajería instantánea (Proyecto de Ley 2.630/2020, 2020, art. 19).

Este proyecto legislativo recoge la mayoría de estipulaciones establecidas en la *Newtork Enfrocement Act* de Alemania como el deber de transparencia de los proveedores de aplicaciones digitales y las obligaciones para los administradores de los servicios de mensajería privada.

No obstante, establece sanciones contrarias a la normativa internacional, específicamente la Convención Americana de Derechos Humanos, como la suspensión temporal o la prohibición total de actividades (Proyecto de Ley 2.630/2020, 2020, art. 28).

Asimismo, la censura a determinadas aplicaciones de Internet con cuentas falsas, con contenidos patrocinados no rotulados, de diseminación artificial para la desinformación o cuyo uso no es comunicado al usuario o al proveedor, presumiendo que su finalidad es desinformar (Proyecto de Ley 2.630/2020, 2020, art. 5).

Además, se observa que sería una imposición del Estado a los proveedores digitales sin haber realizado un diálogo para aclarar o consensuar las obligaciones y deberes mínimos, así como su evidente inclinación política al circunscribirlo

especialmente en temas electorales sin mediar la efectividad de su cumplimiento, en caso de aprobación por el Senado brasileño.

A pesar de ello, es rescatable los criterios de fijación o graduación de la pena, que permiten observar la proporcionalidad requerida para evitar la supresión de la libertad de expresión y es un claro aporte para el Derecho peruano: a) La gravedad del hecho, a partir de la consideración de los motivos de la infracción y de las consecuencias en el ámbito individual y colectivo; b) la reincidencia en las infracciones; c) La capacidad económica del infractor en caso de multa (Proyecto de Ley 2.630/2020, 2020, art. 28 inc. 1).

Cabe señalar que las propuestas latinoamericanas mencionadas contravendrían las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Ellas configuran una restricción al ejercicio de la libertad de expresión por vías o medios indirectos³⁰: disponer que cada gobierno de turno defina el término noticias falsas, prohibir medios de comunicación como las redes sociales, afectando gravemente otros derechos fundamentales de la población.

Como se ha advertido en los avances legislativos de Estados Unidos, Europa y Brasil, se ha propuesto o aplicado un conjunto de obligaciones y deberes para las redes sociales y los servicios de mensajería; por tanto, cabe estudiar la justificación jurídica para la adjudicación de la responsabilidad y delimitar su campo de actuación para establecer las bases de su regulación en el derecho al consumidor en el Perú.

Posteriormente, se expondrá la fundamentación jurídica y práctica sobre la naturaleza penal del régimen sancionador de las *fake news* en el panorama internacional y en la propuesta de esta tesis para el sistema jurídico peruano.

3.2 Fake news en Estados Unidos: Hillary Clinton v. Donald Trump

En 2016, Estado Unidos estuvo en el foco de la prensa y la política internacional, debido a la abrupta campaña de desprestigio entre candidatos presidenciales, en donde

³⁰Artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978.

diversos cibernautas pro republicanos manufacturaron una serie de noticias falsas contra el Partido Demócrata y su candidata Hillary Clinton.

Entre ellos, se hace mención al *Birther Movement*, una red de conspiraciones que revivió el debate de 2008 sobre el lugar de nacimiento del ex presidente Barack Obama y si efectivamente era válido su certificado de nacimiento (Schackmuth, 2018, p. 47).

A pesar de las pruebas y el rechazo judicial a revisar los actuados administrativos, múltiples electores afirmaron como cierta dichas declaraciones por la proliferación vía redes sociales y correos electrónicos de la campaña de desprestigio (Schackmuth, 2018, p. 48), lo cual habría aumentado la cantidad de electores a favor del Partido Republicano.

El caso más notable fue la presunta vinculación de Hillary Clinton con la red de abuso infantil *Pizzagate* tras la filtración de los correos electrónicos de su jefe de campaña, donde los usuarios dedujeron erróneamente que los demócratas participaban en actos de pedofilia, trata de menores y satanismo al usar el término *cheese pizza*, jerga utilizada para hablar en clave sobre pornografía infantil (Schackmuth, 2018, p. 49).

Actualmente, se ha verificado que hubo interferencia de Rusia en dichas campañas de desprestigio, como las inversiones en publicidad de anuncios por miles de dólares en Facebook para promover las *fake news* contra Hillary Clinton (Alvarado & Díaz, 2020, p. 6).

Incluso, esta red social descubrió 470 cuentas y más de 3,000 publicidades relacionadas al gobierno ruso, así como la creación páginas y grupos en común para distribuir el material informativo con un alcance a 126 millones de americanos, gracias al algoritmo de Facebook que hizo la mayor parte del trabajo (Schackmuth, 2018, pp. 50-51).

La repercusión sobre este evento histórico ha traído secuelas en Estado Unidos, sobre todo el resurgimiento y proselitismo de la extrema derecha y los grupos supremacistas blancos, con mayor notoriedad en la zona centro y sur de dicho país como en la ciudad de Charlottesville en 2017.

Si bien Facebook anunció la contratación de terceros para verificar la información publicada y los artículos distribuidos en la plataforma, su postura de rechazo a publicar

datos sobre el avance en esta medida y la relación de los *fact-checkers* con las organizaciones periodísticas con prevalencia en esta red social (Schackmuth, 2018, p. 64), han devenido en un nuevo obstáculo para aminorar los efectos negativos de las *fake news*.

Como se expuso en el acápite anterior, la legislación estadounidense mantiene un constante debate sobre los límites constitucionales para regular la libertad de expresión, en tanto contemplan un mayor marco de actuación por su tradición liberal y la actual jurisprudencia basada en la doctrina del *clear en present danger*.

Si bien la Corte Suprema de Estado Unidos ha considerado que las declaraciones falsas no agregan valor alguno al mercado de ideas, su prohibición podría implicar que otras conductas son más valoradas por el gobierno y la autocensura devendría de un miedo a romper la ley (Infocus, 2022, p. 1).

Así, la cuestión recae en el nivel de escrutinio aplicable a la regulación de las declaraciones falsas, lo cual mantiene dividida a la Corte Suprema y ello es importante al ser la base central para la constitucionalidad de las leyes estatales y federales.

La regla general de la Corte es el escrutinio estricto y consideraran que cuando el peligro pueda ser superado o revertido por un intercambio de ideas, la represión federal será innecesaria e inconstitucional; por tanto, el legislador debe considerar el contexto y el modo para determinar si las expresiones son adecuadas o no a fin de proteger un interés irresistible (United States v. Alvarez, 2012).

Sin embargo, la Corte Suprema ha avalado históricamente que ciertas categorías de libertad de expresión puedan ser reguladas según su contenido como la difamación, el fraude y la falsa declaración comercial (Infocus, 2022, p. 1).

Dentro del discurso político, se criminalizan los reclamos falsos sobre los procedimientos electorales a nivel federal como en las elecciones presidenciales de 2020, donde el Departamento de Justicia acusó a un *influencer* de conspirar para violentar los derechos de los electorales al haber señalado que podían votar por mensaje de texto o redes o sociales (Gielow, 2022, p. 293).

A nivel estatal existen leyes que explícitamente sancionan las acciones desinformativas en línea, incluso en defraudar las elecciones, como en Texas o California, si bien están siendo revisadas por las cortes estatales para verificar su constitucionalidad (Gielow, 2022, p. 294).

En el caso de los medios tradicionales, las leyes estatales han impuesto numerosos tipos de requisitos y límites para la responsabilidad por volver a publicar el contenido a través de medios escritos o a través de internet, aunado a la inmunidad provista por la sección 230 de la *Communications Decency Act* (Gielow, 2022, p. 297).

Por otro lado, la Comisión Federal de Comunicaciones prohíbe excepcionalmente dar licencias a las agencias dedicadas a las bromas en vivo o la distorsión de noticias; sin embargo, las redes de comunicación más grandes de cable y programas en vivo se encargan de evaluar y aprobar el contenido de los programas, dándoles el control de la información que más se difunde en su territorio (Gielow, 2022, pp. 298-299).

En suma, el aporte principal de las elecciones presidenciales de 2016 y su casi nula respuesta por las ciencias jurídicas demuestra que la autorregulación no ha permitido ningún avance para reconducir el correcto ejercicio del periodismo y la difusión de noticias por parte de la ciudadanía.

Evidentemente, los valores estadounidenses y la jurisprudencia de la Corte Suprema limitan severamente cualquier intento de regulación; no obstante, a efectos de la propuesta legislativa, permiten observar que se requiere establecer la afectación a un objeto jurídico afectado y/o un derecho constitucional, siempre que evidencie consecuencias potenciales nefastas o irreversibles para la intervención del poder estatal.

Incluso, la necesidad de regular mediante el Derecho al Consumidor el servicio brindado por las redes sociales, cuyo algoritmo y administradores han permitido la proliferación de las *fake news* y comparten la responsabilidad de afectar el derecho a la información de ellos cibernautas.

3.3 Delimitación de la responsabilidad en las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea frente a las *fake news*

La tendencia al alza a obtener información a través de las redes sociales como Instagram, Facebook o Twitter ha demostrado que los usuarios se fían de su principal fuente de información por el número de interacciones de la publicación, independientemente del número de seguidores del medio de comunicación o la similitud en la data publicada, que era manipulada a cierto grado por interés políticos (Gil, 2021, pp. 157 -158).

Tanto las redes sociales mencionadas como las plataformas de mensajería instantánea como WhatsApp o Telegram permiten la difusión masiva de información en brevísimos lapsos de tiempo con un efecto concatenante de reacciones y compartidos expresado en miles y millones de usuarios de distintas regiones y países, logrando un avance comunicativo por la globalización.

Paradójicamente, la desinformación también participa con el auge de los bulos, noticias falsas o *fake news* con la posibilidad de crear múltiples cuentas falsas, la ausencia de atribuir y exigir fuentes verídicas al momento de realizar la publicación, el engaño en la presentación de datos, entre otros.

A partir del caso de las protestas en Cuba en 2021, se ha concluido que el 91.30% de la muestra de publicaciones tendenciosas eran *fake news* sin atribución de autoría o con fuentes anónimas, lo cual contempla difusión de fotografías o relatos de manifestaciones o sucesos acaecidos con anterioridad en otros países o ciudades, que han sido superpuestos en las publicaciones vía Twitter y Facebook, cuyos filtros y controles de verificación resultaron ineficientes ante la proporción elevada de contenidos fraudulentos (Córdoba Cabús & López Martín, 2021, pp. 466.468.470).

Conforme a estas investigaciones, podemos verificar la importancia de las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea dentro del fenómeno de las *fake news*.

En definitiva, han superado a los medios tradicionales de comunicación respecto a la interconexión e interactividad de la población mundial, ya que permiten la formación acelerada de la opinión pública en cuestión de segundos, especialmente en el escenario de los comicios electorales, las pugnas políticas y problemáticas sociales como la

deficiencia del sistema de salud, el desempleo, la seguridad ciudadana, la violencia contra la mujer, etcétera.

Por ello, el abuso y manipulación de las redes sociales en la propaganda política ha permitido la viralización de publicaciones sensacionalistas con hechos no verificados e intentos de provocar reacciones emocionales de los usuarios al aprovechar los filtros de burbuja, que han sido creados para acercar a la población con opciones amenas a sus creencias e ideologías y evitando u oscureciendo las opiniones contrarias o que refutan las ideas mencionadas (Goswami, 2018, p. 12).

Si consideramos la existencia de millones de usuarios en Facebook y Twitter que interactúan constantemente y comparten información sin verificar la autenticidad de la misma, podemos concluir que las *fake news* tomarán un alto grado de veracidad hasta cierto punto, y en algunos casos de manera extrema, tergiversando la realidad política, social y económica a nivel local, estatal y global.

A efectos de ejemplificar esta situación, cabe mencionar la publicación de Associated Press sobre dos explosiones en la Casa Blanca en 2013, que provocó la caída del mercado estadounidense en 150 puntos en tan solo minutos; y el anuncio de la muerte del presidente de Siria en 2012 mediante una cuenta falsa del Ministerio del Interior ruso, que aumentó el precio del petróleo al tope de 92 dólares al cierre de la Bolsa de Valores por la tardía reacción de Rusia. (Goswami, 2018, pp. 7 – 8)

Por tanto, las graves consecuencias a nivel mundial por la virilización de *fake news* mediante redes sociales es preocupante y da pie a la interrogante de quién es responsable, cómo se puede identificar individualmente a los sujetos implicados y de qué manera se pueden prevenirse dichas situaciones ante la complejidad del ciberespacio.

En la campaña de desprestigio y desinformación en las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos de América sobre fraude electoral, el 85.3% de fuentes de desinformación provinieron de usuarios anónimos y las redes sociales fueron el principal canal de desinformación con 67.4%, mayormente a través del espectro audiovisual por publicaciones o historias de los usuarios (Benaissa Pedriza, 2021b, pp. 8 - 10).

Entonces, es lógico deducir que los administradores y programadores del servicio proveído mediante las redes sociales tienen cierto grado de responsabilidad sobre la información falsa creada, compartida y publicitada en los dominios de sus plataformas digitales.

Esto se debe a que sin el software de la aplicación sería imposible arribar al objetivo de la difusión masiva de *fake news* y reinterpretar los hechos a los internautas para favorecer a ciertas ideologías o partidos políticos, o provocar zozobra en la población para afectar las esferas sociales y económicas de una población en específico.

Si bien existe cierta resistencia a considerar que las leyes del ciberespacio son ajenas e imposibles de comprender y asemejar con el Derecho, es innegable que las consecuencias derivadas de las acciones realizadas en este espectro cibernético afectan gravemente a los derechos fundamentales de las personas y los objetos jurídicos protegidos por cada Estado en particular.

Las redes sociales son agentes intermediarios que alojan el contenido de los usuarios, debiendo existir lineamientos específicos para evaluar el mensaje transmitido como las normas comunitarias de Facebook para verificar si la acción de los usuarios es inapropiada para el resto con la sanción correspondiente a criterio del administrador, amén de vacíos por falta de un marco general de regulación de los derechos ciberespaciales (Cabrera Sánchez, 2017, p. 10).

Se coincide con Lessig (2002) en que la regulación total del ciberespacio por parte del Estado es imposible al carecer de soberanía sobre una dimensión con código propio y maleable, aparte de la costosa infraestructura para controlar un sistema invisible e inherente a la vida contemporánea (Lessig, 2002, p. 178).

Consecuentemente, la autorregulación en las redes sociales es irrevocable por la naturaleza del fenómeno ciberespacial y como figura máxima de la libertad de expresión en el siglo XXI.

En cambio, la posición privilegiada de los administradores de los sitios web y los programadores encargados del diseño del algoritmo es el nexo causal principal para considerar la responsabilidad compartida con el contenido falso y difundido por los usuarios anónimos.

Otra razón para vincular a los encargados de supervisar y programar el correcto funcionamiento de las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea radica en el algoritmo del sitio web.

Así, Landa (2021) estima que los procesos de toma de decisiones alrededor de los algoritmos deben ser analizados para ver cómo se afectan a los derechos fundamentales, en tanto el algoritmo tomará valor en su interacción con los seres humanos (Landa, 2021, p. 40).

Dicho de otro modo, la base del procedimiento automatizado de cada plataforma virtual ha sido elaborada previamente, a sabiendas de cómo se desarrollará tras ser probada por cada usuario, y si existen ciertas deficiencias en el campo práctico.

Es decir, en el intercambio de información verdadera o falsa entre los individuos, corresponderá al administrador establecer nuevas directrices para corregir las fallas de la inteligencia artificial, así como plantear el rediseño del algoritmo para reducir los costos de resolución de conflictos en el ciberespacio.

Aunado a ello, los algoritmos son “utilizados por las aplicaciones a través de una lectura y análisis de preferencias y gustos de los usuarios para ofrecerle las mejores opciones acorde a sus búsquedas anteriores para optimizar su experiencia de navegación o hacer de esta una herramienta más eficiente” (Díaz & Arequipeño, 2021, pp. 19 – 20).

A manera de ejemplo, si un usuario busca continuamente información sobre el conservadurismo, la reivindicación de culturas tradicionales y conferencias respecto a la integridad y vigencia de los valores costumbristas, entonces el algoritmo de Google o Instagram le mostrará un abanico de opciones relacionadas directamente o no con los fines ideológicos del usuario, permitiendo la interconectividad poblacional en el ciberespacio.

Ergo, si el algoritmo autoriza y promueve la difusión de *fake news* ligadas hasta cierto grado con las afinidades de los usuarios, entonces les concierne a los programadores modificar la secuencia informática para detallar instrucciones distintas y a los administradores promover medidas adicionales para contrarrestar las fallas no previstas por el algoritmo.

3.4 Justificación de la naturaleza jurídica penal del marco regulatorio que sanciona la desinformación mediante *fake news*

En el primer acápite del presente capítulo se ha observado que la mayoría de los avances legislativos para sancionar la desinformación mediante *fake news* ha optado por establecer un marco regulatorio de tipo penal.

En el caso de Brasil, se observó que la actual proposición legislativa plantea sanciones pecuniarias o de privación de la libertad ante el incumplimiento de los deberes y obligaciones por los proveedores de aplicaciones de mensajería instantánea para combatir la desinformación (Proyecto de Ley 2.630/2020, 2020).

Caso distinto es la tipificación del delito de propagación de noticias falsas a través las TIC conforme al art. 30 de la Ley N° 1042, Ley Especial de Ciberdelitos en Nicaragua.

Por otro lado, Francia ha optado por sancionar penalmente a los operadores de las plataformas en línea, que no observen proporcionar información esclarecida a la ciudadanía y para la sinceridad del escrutinio, lo cual será visto por jueces administrativos de urgencia, según la modificatoria realizada al Código Electoral francés (Loi N° 2018-1202, 2018, art. 1).

Bajo una premisa menos lesiva, Alemania multará por infracciones a los proveedores de redes sociales, que incumplan las obligaciones de reportar las medidas adoptadas para atender las quejas por las publicaciones de contenido malintencionado y mantener dicho procedimiento transparente y efectivo (Newtork Enfrocement Act, 2017, secc. 4).

Si bien es discutible la vulneración a tratados internacionales por la formulación de las citadas medidas legislativas en el Derecho Comparado, resulta innegable que la tendencia a optar por el régimen penal para regular la desinformación mediante *fake news* es la forma más acertada para corregir este ejercicio anómalo de la libertad de expresión.

Tal cual, se debe estimar la excepcionalidad de su procedencia al considerar otros métodos menos lesivos para evitar la supresión total de este derecho fundamental, salvo situaciones gravísimas como la afectación a múltiples objetos jurídicos protegidos por cada Estado y/o la irreparabilidad de los derechos de terceros.

Bajo esta misma línea, se considera que la comunicación en redes sociales presenta abusos y extralimitaciones, que han sido regulados por los Estados democráticos mediante el derecho al olvido en Internet y la regulación de datos personales, así como las medidas de autorregulación para prohibir anuncios web con noticias falsas en Facebook y Google ante el avance vertiginoso de las TIC (Ortega, 2017, pp. 66 - 68).

Debido al rol protagónico de las TIC mediante el almacenamiento, recuperación, procesamiento y comunicación de la información, la interactividad e interconexión virtual se presentan como nuevos hechos jurídicos relevantes y con mayor tráfico por la globalización, que repercuten significativamente en la educación básica y profesional.

Además, se ha verificado exhaustivamente que la intervención estatal es necesaria ante la insuficiencia de las políticas de comunidad y las variantes algorítmicas para redireccionar el ejercicio de la libertad de expresión de los internautas y de los principales medios de comunicación tradicional (Castillo, 2021, p.17).

Por tanto, las sociedades modernas deben superar el paradigma funcionalista e integracionista de que todo cambio social o conflicto es simplemente asimilado o excluido por el sistema jurídico, por cuanto excluye toda posibilidad de plantear una crítica jurídica (Calvo & Picontó, 2017, pp. 85-86).

Ello se debe a la utopía de la armonía social manifestada en la autorregulación de los medios de comunicación, que evita la reestructuración jurídica para adelantarse a los profundos cambios sociales, demostrando la asincronía entre el Derecho y los hechos tangibles, actuales y relevantes de la sociedad globalizada del siglo XXI.

En este orden de ideas, el cambio jurídico precede al cambio social en tanto:

“[L]a obligatoriedad de las normas y su efecto coercitivo en la conducta de la persona deriva en la modificación del patrón rudimentario del estilo de vida, (...) el sistema jurídico es la única forma en que las normas y estructuras sociales se modifiquen indubitablemente para conseguir la supremacía de los valores morales y sociales” (Castillo, 2021, p. 9).

En definitiva, la concepción tradicional del Estado como mero ente supervisor de las relaciones privadas ha sido desfasada y ahora se contempla al Estado regulativo ante

el aumento de la complejidad de los procesos sociales y económicos (Calvo & Picontó, 2017, p. 198).

Conforme se ha desarrollado en el capítulo anterior, el bloque de constitucionalidad de Perú permite establecer restricciones sobre el contenido o de carácter neutro del derecho a la libertad de expresión, aplicándose la sanción correspondiente tras haberse realizado el ejercicio anómalo en tanto está prohibida la censura previa de manera directa o indirecta por parte del Estado o algún particular.

Por demás, debe observarse la ponderación entre la medida correctiva y la supervivencia del derecho fundamental para evitar la supresión del elemento base de la democracia moderna.

En atención al aspecto negativo del derecho a la libertad de expresión que solo permite la sanción posterior tras la consumación del ejercicio del derecho sin posibilidad de interferir previamente a su ejercicio (Alvarado & Díaz, 2020, p. 21), se considera constitucionalmente válida la estructuración y promulgación del marco regulatorio sobre la desinformación mediante *fake news*, que en el sistema jurídico peruano presenta ciertos matices en materia penal, principalmente, administrativa y electoral.

Respecto al régimen penal aplicable a los personajes públicos que crean, difundan y promuevan noticias falsas y engañosas, sería razonable establecer la excepcionalidad de su procedencia en atención al principio de última ratio y la ponderación de derechos constitucionales, lo cual esto último ha sido revisado en el capítulo anterior mediante casos prácticos.

Según la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú (2014), el principio de ultima ratio consiste en lo siguiente:

“TERCERO. Que, existe consenso que el Derecho Penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad un momento determinado, (...) el Derecho Penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, en este sentido, (...) la sanción penal no debe

actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos.” (SSPP del Recurso de Nulidad N° 3004-2021-Cajamarca, 13 de febrero de 2014)

Como menciona Villavicencio Terreros (2017), el principio de última ratio exige la probanza de que el derecho penal sea idóneo y necesario para castigar la conducta inmoral, en tanto otros medios de control menos lesivos no han podido sustituirlo por la gravedad del hecho (Villavicencio, 2017, pp. 35 – 36).

Por tanto, en el caso de desinformación vía *fake news*, debe demostrarse:

- a) Los sujetos infractores no han realizado la rectificación o aclaración de la información falsa publicada, bajo los mismos parámetros y alcances del acto desinformativo
- b) Los sujetos infractores presenten la calidad de personajes públicos, que incluye a funcionarios de empresas privadas reconocidos en el ámbito económico, social y/o político según cada caso.
- c) Los sistemas de control social como *fact – checkers*, redes sociales, consejos éticos del periodismo y otros no han logrado reducir el alcance del acto desinformativo.
- d) La reiteración de actos desinformativos sobre los mismos hechos, salvo que un solo acto informativo presente altos niveles de zozobra en la población, afecte gravemente otros bienes jurídicos protegidos por el Estado y/o provoque la potencial o concreta irreparabilidad de derechos individuales o colectivos.

Conforme al principio de lesividad³¹ establecido en el art. IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano (1991), se interpreta que, si el sujeto o los otros medios de

³¹ **Código Penal Peruano de 1991**

Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

control social consiguen evitar una situación de potencial afectación tras la ejecución de la acción típica, la intervención del derecho penal sería nula.

Bajo el parámetro de las *fake news*, solo se podría sancionar al confirmarse la consumación del delito al afectar real o potencialmente al derecho a la información, el sistema financiero, la tranquilidad pública, etc. y no hubiera sido posible contrarrestar esta situación de gravedad a través del control social no estatal.

Ahora, en caso se estableciera la reiteración de actos desinformativos carentes de efectos reales como delito, se podría hablar de un delito de acción al cual deben establecerse ciertas condiciones necesarias para determinar si el sujeto merece ser sancionado pecuniariamente o con pena privativa de libertad.

Finalizando el presente acápite, surge la interrogante respecto a la factibilidad y aplicación del derecho penal en los casos de *fake news*, en tanto el desenvolvimiento del fenómeno de la desinformación está en una dinámica constante de debate público con defensores y opositores, donde la convicción de ideas juega un rol importante y los otros medios de control social podrían nublar la aplicación real de la propuesta legal.

Así, es menester comentar respecto a esta óptica de la investigación y su aporte o desventaja al momento de aplicar la iniciativa penal sobre las *fake news* en el Perú para garantizar los fines resocializador y preventivo del derecho penal moderno.

3.5 El estándar constitucional del intercambio de ideas ante las *fake news*

Las noticias falsas son parte del conjunto de información compartida, rechazada o debatida por los individuos en el espacio físico o ciberespacial, que serán apoyadas en base a criterios de superioridad o inferioridad con la aceptación mayoritaria de la población; por tanto, las noticias falsas son un tipo de ideas en competencia con otras para alcanzar la verdad.

Bajo esta premisa se basa el concepto del estándar constitucional del intercambio de ideas concebido en Estados Unidos de América como un símil a la idea del mercado económico.

La Corte Suprema estableció que las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de prensa no permiten a un Estado prohibir o excluir el apoyo a discursos de

uso de la fuerza o violación de la ley, a menos que incite o produzca potencialmente acciones ilegales, en tanto la Constitución Americana otorga inmunidad de control gubernamental según la Primera y Décimo Cuarta Enmienda (*Brandenbrug v. Ohio*, 1969).

Por tanto, la actuación estatal frente a la valoración de ideas es neutral hasta el punto que ningún Estado puede entrometerse en las discusiones, disputas o manifestaciones de ideas claramente falsas o engañosas para la población, salvo que directamente se instigue a cometer actos delictivos o de desobediencia a las autoridades.

En realidad, la justificación del mercado de ideas implicaría que los discursos aberrantes y carentes de valor e imposibles de ser parte del discurso político sean protegidos por la Primera Enmienda ante la imposibilidad de que alguna institución o gobierno realice valoraciones morales sobre el mensaje (Alexander, 1993, p. 950).

De tal manera que el sistema jurídico estadounidense aboga por la autocensura de los medios de comunicación y de la persona, lo cual explica las tendencias corporativistas de crear espacios de libertad en las redes sociales como Twitter bajo la nueva dirección de Elon Musk desde el año 2022.

En definitiva, el paradigma del intercambio de ideas radica en el modo de enjuiciar el derecho de acceso a la veracidad (González-Varas, 2018, p. 133), lo cual como se observa en el caso peruano y en el plano europeo se traduce a la protección del derecho a la información veraz por las autoridades públicas y las instituciones privadas,

Caso contrario de las premisas e interpretaciones constitucionales de la normativa estadounidense, que considera la veracidad como el resultado de la deliberación libre y espontánea.

Ante el presumible ejercicio ilimitado otorgado por la Primera Enmienda, existen límites *a posteriori* establecidos por la Corte Suprema tras consumarse las lesiones a los bienes jurídicos, en tanto las normas jurídicas previas no pueden contraer el contenido de la libertad de expresión como sucede en el sistema europeo para evitar ostracismos de las personas naturales y jurídicas (González-Varas, 2018, p. 138).

Si bien las *fake news* existen desde los inicios de la prensa y el periodismo, el fenómeno de la conectividad globalizada con la aparición del ciberespacio, las aplicaciones de redes sociales y los servicios de mensajería instantánea han puesto en jaque la justificación del mercado de ideas para el ejercicio irrestricto de la libertad de expresión.

De hecho, los métodos para detectar e identificar las *fake news* han pasado de estudiar el léxico y la semántica de las redacciones periodísticas a la configuración de la inteligencia artificial vía *machine learning*, a fin de que, sin necesidad de un algoritmo, la computadora logre construir bases de datos y sea más eficiente en la toma de decisiones para separar *fake news*, *spam* e información necesaria (Mishra et. al., 2022, pp. 7-8).

Así, la aplicación del *deep learning* en los motores de búsqueda es necesaria por el constante cambio de las características y cualidades de las *fake news*, que dificultan la labor del tradicional análisis semántico (Mishra et. al., 2022, p. 16).

Por tanto, la sola deliberación en el intercambio de ideas ha dejado de tener utilidad práctica ante la conectividad globalizada con las plataformas digitales, los *websites*, las redes sociales, los *hoax*, etc., al jugar un rol importante la inteligencia artificial, las leyes del ciberespacio, la difusión masiva y célere de la información, la carencia de *machine learning* por la plausible intromisión de la privacidad de los usuarios.

En consecuencia, la necesidad de contrastar los datos, estadísticas y redacción de hechos se ha vuelto una obligación natural dentro de este nuevo escenario para el Derecho, indistintamente del sistema jurídico al cual se pertenezca.

Los medios de comunicación tradicional tampoco están exentos de filtrar información mediante redes sociales o redactar artículos o informes según las noticias vertidas en Internet.

Como señala Benaissa Pedriza (2021a), los usuarios o prosumidores actúan como fuentes principales directas de información por su actividad en redes sociales, especialmente en los procesos electorales, lo cual ha derivado en el cuestionamiento de utilizar fuentes no oficiales para la redacción periodística (Benaissa, 2021a, pp. 109-110).

En adición a ello, los medios y organizaciones responsables del *fact-checking* presentan diferencias muy poco notables entre ellos, debido a la línea editorial y los objetivos informativos de cada medio en tanto es variable la cantidad de noticias y reportajes analizados (Benaissa, 2021a, p. 131).

Las similitudes entre sí son notables en lo que respecta la presentación de los resultados de verificación, bajo la temática de verdadero o falso con referencias intermedias, y la publicación del contenido, donde coinciden en “el tipo de piezas publicadas, la extensión y atención concedida a determinados hechos informativos en periodos de tiempo concretos” (Benaissa, 2021a, p. 132).

Dicho de otro modo, la generalización y homogenización de las prácticas de *fact-checking* permiten observar una agenda en común de la verificación propia, lo cual demuestra una tendencia a solo verificar lo favorable a la línea editorial, privilegiando ciertos temas económicos, políticos y sociales por encima de otros.

Ello evidencia que este tipo de medio de control social aporta parcialmente al debate público y no facilita un intercambio de ideas por la omisión deliberada de verificar hechos relevantes, que puedan afectar gravemente los intereses particulares.

En consecuencia, el análisis práctico del desenvolvimiento del ejercicio la libertad de expresión en el fenómeno de la conectividad globalizada demuestra la ineficacia del estándar constitucional del intercambio de ideas, ante la imposibilidad o difícil ejecución de arribar a la verdad mediante la mera deliberación sin orientarse a defender, principalmente, el derecho a la información.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA TÉCNICO – JURÍDICA DE LA LEY QUE SANCIONA LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS

Tras analizar y desarrollar las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto a la libertad de expresión en el Perú, los avances legislativos en el Derecho Comparado con innegables errores técnicos y jurídicos y la necesidad de mejorar el estándar del actual ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se presenta la propuesta técnico-jurídica de la ley que sanciona la desinformación mediante *fake news*.

Previamente a ello, corresponde determinar los conceptos jurídicos aplicables dicha propuesta de régimen penal, atendiendo a esquematizar una interpretación constitucional correcta para su aplicación al tratarse de una clara limitación al derecho de la libertad de expresión y las posibles consecuencias negativas de una incorrecta labor hermenéutica.

También, se delimitará jurídicamente las *fake news* en atención a ciertas acepciones doctrinales y lo revisado en el Derecho Comparado, así como diferenciar este fenómeno de la posverdad.

Luego, se establecerá la teleología de sus proposiciones jurídicas y la forma en que deben interpretarse cada supuesto de hecho, a fin de evitar colisiones o tergiversaciones en su construcción y mantener una unidad interpretativa.

Por último, se explicarán los supuestos de cuestión previa para la procedencia de la acción penal en todo delito, cuya acción típica se exprese en noticias falsas, así como ciertos criterios para la graduación de la pena.

4.1 Conceptos jurídicos aplicables del régimen penal a la desinformación mediante *fake news*

- Tipo penal. – “Descripción hipotética de la conducta prohibida que realiza el legislador a través de una norma, de manera que una conducta será típica si se ajusta a esta descripción normativa.” (Villavicencio, 2017, p. 65)

- Tipicidad. – “Operación técnica mediante la cual un hecho producido en la realidad es subsumido dentro del supuesto de hecho – tipo – que describe la ley penal.” (Villavicencio, 2017, p. 65)
- Dolo. – “(...) conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos.” (Villavicencio, 2017, p. 81)
- Dolo directo. – “(...) clase de dolo [donde], el conocimiento y la voluntad conjugan en su misma expresión, (...) basta que [el agenta] pueda suponer la posibilidad de un resultado.” (Villavicencio, 2017, p. 82)
- Autoría directa. – “Es quien realiza directamente un delito figurando como la persona que ejecuta la acción delictiva (...) domina la acción, realizando personalmente el comportamiento descrito en el tipo penal.” (IusLatin, 2019)
- Eximente de responsabilidad penal. – “Circunstancia que excluye la responsabilidad penal del sujeto por falta de acción, por exclusión de la antijuridicidad o justificación, por atipicidad por falta de toda relevancia jurídica, por falta del tipo subjetivo en el accidente o caso fortuito, por exclusión solo de la tipicidad penal o del injusto penal, por exclusión de la culpabilidad o por falta de punibilidad.” (Real Academia Española, 2023).
- Principio *in dubio pro reo*. – Consagrado en el art. 139 inc. 11 de la Constitución Política del Perú, mediante el cual se favorece a la parte procesada o acusada cuando “existen pruebas de cargo y de descargo que no rompen la situación de oscuridad impeditiva de asumir la certeza, debido a que ambas partes procesales han aportado elementos a favor de sus respectivas posiciones” (Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú del Recurso de Nulidad N° 2085-2017/JUNÍN, 3 de julio de 2018, fj. 2.9).

- *Animus iocandi*. – Intencionalidad del agente activo, consistente en bromear o jugar, lo cual impide tomar en serio la declaración de voluntad de quien actúa bajo esta actitud. (Valderrama, 2022).
- Principio de lesividad. – “(...) exige que el bien jurídico sea lesionado o puesto en peligro para que intervenga el derecho penal.” (Villavicencio, 2017, p. 36)
- Principio de legalidad. – “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2 inc. 24 lit. d)).
- Principio de proporcionalidad de la pena. – Relación entre la gravedad del hecho y la pena impuesto, en consideración de su jerarquía respecto del bien jurídico violentado y la intensidad del ataque a dicho bien, imposibilitando que la pena sobrepase la responsabilidad por el hecho. (Villavicencio, 2017, p.37)
- Principio de razonabilidad de la pena. – Posibilidad de que la pena resocialice al penado y permita la prevención del delito, respetando los derechos humanos. (Villavicencio, 2017, p. 38)
- Principio de culpabilidad o responsabilidad penal. – Una sola persona es “responsable por los actos cometidos, excluyendo toda forma de responsabilidad objetiva (...), así como la posibilidad de responder por la conducta de terceros”. (Villavicencio, 2017, p. 36)
- Principio de necesidad o mínima intervención del derecho penal. – “(...) el derecho penal solo debe intervenir en los supuestos de particular gravedad ahí donde su presencia es imprescindible para resolver el conflicto social que no puede ser resuelto por otro sistema de control social menos lesivo.” (Villavicencio, 2017, p. 35)

- Principio *ne bis in idem*. – Garantía constitucional y procesal, que impide sancionar y procesar a una persona dos o más veces por un mismo hecho o delito en la jurisdicción penal y administrativa. (Villavicencio, 2017, p. 38)
- Principio de especialidad. – “El tipo penal especial desplaza al tipo genérico, porque contempla el hecho de manera más específica.” (Villavicencio, 2017, p. 151)
- Control social. – Conjunto de medidas, valores, costumbres, normas o reglas explícitas o implícitas que permiten la coexistencia de diferentes grupos de diversa índole de manera pacífica y armoniosa.
- Pena. – “[C]astigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción.” (Rosas Torrico, 2013, p. 5)

Los conceptos definidos en este acápite deberán ser tomados en cuenta necesariamente al momento de evaluar la procedencia de la acción penal en delitos, cuya acción penal implique desinformación vía *fake news*, la gravedad de la noticia falsa en atención a su afectación al derecho a la información y otros bienes jurídicos protegidos, así como relevancia de la sanción penal y su respectiva graduación en atención a criterios técnicos y jurídicos.

Por ende, son relevantes para una correcta ponderación entre la libertad de expresión y la aplicación de la propuesta penal sobre *fake news*.

4.2 Delimitación del concepto de *fake news* para el Derecho Peruano

El Derecho Comparado ha demostrado la dificultad en conceptualizar las *fake news* en el marco jurídico, toda vez que se han utilizado términos genéricos o ambiguos para definir este ejercicio anómalo de la libertad de expresión.

Aunado a ello, la falta de rigurosidad técnica y la incapacidad de diferenciar entre noticias falsas con *animus iocandi*, *clickbaits* u opiniones erróneas sobre una temática

social ha devenido en un escenario de violación sistemática de las libertades individuales al no haber una diferenciación objetiva entre las manifestaciones de la desinformación y su relevancia en el plano socio-jurídico.

Por tanto, el primer paso para sancionar la desinformación mediante *fake news* es establecer qué es una noticia falsa y que requisitos debe cumplir para evidenciar que reviste tal relevancia jurídica a ser atendida por el derecho penal.

Luego, delimitar los supuestos jurídicos de *fake news* según lo comentado en el segundo y tercer acápite del segundo capítulo; después, esquematizar la excepcionalidad para la procedencia de la acción penal frente a este fenómeno.

Por último, las condiciones objetivas para determinar el tipo de sanción penal aplicable en atención al juicio de proporcionalidad en la técnica de ponderación constitucional.

Entonces, la primera aproximación las concibe como un tipo de desinformación, que consiste en “la presentación deliberada de afirmaciones (típicamente) falsas o engañosas como noticias, las cuales son engañosas a propósito” (Gelfert, 2018, p. 108), encaminadas a cumplir con fines políticos y económicos como se ha observado en los casos prácticos mencionados en los capítulos anteriores.

Ahora bien, las afirmaciones falsas o engañosas presentan una tipología extensa como “sátiras, parodias, fabricaciones, manipulaciones, propaganda y publicidad” (Hartley & Vu, 2020, p.736) en formato de noticias.

De tal manera que serían excluidas bajo el formato de la sátira y la parodia al confundirse con las expresiones artísticas y por la imposibilidad de definir el elemento subjetivo, que consiste en fabricar o distribuir noticias falsas con el ánimo de desinformar a la población y afectar los bienes jurídicos protegidos por el Estado según cada supuesto jurídico en concreto.

La reciente doctrina peruana ha conceptualizado las *fake news* de la siguiente manera:

“[L]as publicaciones o comunicaciones de cualquier naturaleza (no solo online) que –independientemente de su origen doloso o culposo– difundan información no real,

pero que puede ser creíble dado un contexto específico, con la finalidad de influir en la opinión pública.” (Robles & St. Laurent, 2021, p. 89).

Si bien este aporte doctrinario ha delimitado las características del fenómeno en cuestión de manera enunciativa (Robles & St. Laurent, 2021, p. 89), la definición general e imparcial resulta de lo más importante al establecer: i) La naturaleza variada de las publicaciones o comunicaciones; ii) La necesidad de un contexto específico para la credibilidad del emisor; iii) La influencia o posible afectación a la opinión pública, vinculada al derecho a la información de la ciudadanía.

Ahora, corresponde señalar que la información presentada en las *fake news* puede ser falsa o no real, tergiversada o manipulada, en estos últimos casos para provocar una visión confusa de la realidad con datos verídicos y parcializados hasta cierto punto.

Por tal motivo, debe ser contemplado en la conceptualización para evitar vacíos legales y escenarios de impunidad por parte de los actores comunicativos.

En adición a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en la elaboración de tipos penales es “preciso utilizar términos estrictos unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal (...) la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad” (Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999, párr. 121).

Conforme a la doctrina y legislación comparada y comentada en la presente investigación, se arriba a la siguiente propuesta de definición jurídica sobre las *fake news* en el sistema jurídico peruano, considerando las prerrogativas del bloque de constitucionalidad y las características técnicas de las noticias falsas en redes sociales:

Definición de *fake news*. –

Contenido difundido o publicado a través de los medios de comunicación tradicionales y las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), que reviste información en estricto falsa, tergiversada o manipulada, con la finalidad o posibilidad de provocar un escenario de desinformación dentro de un contexto político, social y económico específico; la actuación deliberada o culposa

del sujeto es independiente en el caso de producir, difundir, o propagar la información falsa.

Se excluye al formato parodia, sátira, ironía, producción artística u otra forma de libertad creativa que se sirva de este formato periodístico.

En primer lugar, se establece que, en los canales de comunicación como la radiodifusión, la prensa escrita, la televisión, las redes sociales, las plataformas de mensajería instantánea, etc. se verificará la difusión o propagación de noticias falsas, en atención al avance tecnológico mediante las nuevas TIC y la continuidad de los medios tradicionales en el rol periodístico en el siglo XXI.

La necesidad de diferenciar entre información falsa, tergiversada y manipulada atiende a la complejidad de la casuística y la sutileza de los sujetos para lograr la desinformación sin necesidad de falsear los datos presentados.

Siendo ello así, la falsedad en estricto de la información implica la ausencia de fuentes fidedignas, la mención de fuentes anónimos o ajenas a las versiones oficiales de las autoridades, instituciones públicas o privadas u otro ente de control, o la presentación de hechos inexistentes que son fácilmente contrastables por métodos deductivos e inductivos simples.

Por otro lado, la tergiversación consiste en expresar deliberadamente una interpretación errónea o falsa de los datos verídicos utilizados y que provienen de fuentes fidedignas u oficiales para engañar al receptor.

De otra parte, la manipulación informativa consiste en excluir parte o la totalidad de la data del contexto específico de referencia para suprimir la correcta explicación de la información proporcionada.

En consecuencia, se extiende el alcance del término *fake news* a otras variantes de desinformación con la finalidad de mejorar el estándar del correcto ejercicio de la libertad de expresión.

En seguida, se establece la condición necesaria de la existencia de un contexto político, social y económico específico, toda vez que el alcance y la gravedad de las *fake news* presenta mayor relevancia en las situaciones mencionadas por ser de interés público

y con mayor facilidad de provocar zozobra dentro de la población, así como el aumento considerable en el intercambio de información en las redes sociales y en el seguimiento periodístico por los medios de comunicaciones tradicionales.

Caso contrario, la noticia falsa no reviste de la relevancia jurídica y social necesaria para la intervención del derecho penal, así como una medida limitativa desproporcional al ejercicio de la libertad de expresión.

Respecto a la independencia de la actuación deliberada o culposa del sujeto, se observa que la información falsa puede provenir de una falta de diligencia mínima por parte del personaje público o el medio de comunicación al omitir el contraste de fuentes, la verificación de los datos proporcionados por las fuentes externas o secundarias y la labor investigativa.

Ello lleva a concluir que la información estrictamente falsa es consecuencia necesaria de una actuación dolosa o culposa, por lo que es imposible establecer una diferenciación entre las *fake news* vía falsedad estricta, aunque la voluntariedad y el conocimiento del sujeto, así como el quebrantamiento de un deber de mínima diligencia, serán necesarios para determinar la sanción penal.

Como se deduce de las *fake news* mediante las técnicas de tergiversación y manipulación informativa, se requiere la intencionalidad del sujeto por su definición y la complejidad del proceso desinformativo al requerir un planeamiento para lograr la interpretación errónea o falsa, o la supresión del contexto específico de la información verídica.

Por último, la exclusión de ciertas manifestaciones de la libertad de expresión obedece a la dificultad probatoria para demostrar la intencionalidad o la infracción a un deber de mínima diligencia en la sátira, parodia u otras expresiones artísticas, ya que no es posible determinar si existe la posibilidad o finalidad de provocar desinformación a través de estas vertientes del *animus iocandi*.

Cabe mencionar la protección constitucional, doctrinal y jurisprudencial de esta figura jurídica en el sistema jurídico peruano y si se considera que su inclusión devendría en una evidente lesión y supresión total del derecho a la libertad de expresión.

4.3 *Fake news* vs. la posverdad

Es pertinente diferenciar el fenómeno de las *fake news* y la posverdad ante la posibilidad de concebir ambos conceptos como similares, lo cual equivaldría a realizar una interpretación errónea al momento de valorizar objetivamente ciertas conductas anómalas de la libertad de expresión.

La posverdad implica aquella situación global, donde lo emocional y las creencias compartidas imperan, a pesar de la existencia de hechos objetivos y comprobados que contradicen dichas mentiras, aprovechando los medios de desinformación y calando en el discurso populista y la publicidad a través de las TIC (Técuatl, 2018, pp. 49-50).

Dicho concepto se remite a inicios de 1990 y ha logrado popularidad tras la victoria de Donald Trump y el *Brexit*, ambos en 2016, debido al desvanecimiento de la línea que divide la mentira y la verdad, en tanto las administraciones públicas han abogado por no contar la verdad ante el descontento social por las malas noticias de la política, la economía, la salud, etc. (Ramos, 2018, pp. 62-64).

En definitiva, la posverdad confluye con la desinformación desde épocas anteriores y ha sido aplicado principalmente en el proselitismo político y los gobiernos populistas; en consecuencia, puede hacer uso de las noticias falsas, la publicidad engañosa, el acoso político y otras vías de comunicación engañosa para alcanzar sus objetivos.

La preocupación radica en el desequilibrio de los factores en el proceso aristotélico de la comunicación, en tanto las redes sociales más populares han provocado que el orden moral del emisor y las emociones de la audiencia sean más importantes que las evidencias empíricas y lógicas que presente en su discurso (García, 2018, pp. 184-185).

Entonces, extrapolando esta prerrogativa, puede concluirse que la posverdad también aprovecha la falta de difusión de la investigación científica, la baja relevancia de la labor periodística en los principales temas de debate y el desinterés estatal y social por motivar una cultura de crítica y confrontación de bases de datos o la lógica en ciertas interpretaciones engañosas sobre la realidad nacional o mundial.

Como se ha explicado en esta tesis, las *fake news* son un ejercicio anómalo de la libertad, una manifestación concreta de la desinformación con fines políticos, económicos y/o sociales, que coexiste al mismo tiempo con la posverdad y cooperan entre sí para extender su dominio a través de los medios tradicionales y, con mayor presencia, en las nuevas TIC como las redes sociales y las plataformas de mensajería instantánea.

Por último, la confluencia de estos fenómenos junto con la desinformación ha precipitado la desorganización social por la desconfianza a las instituciones tradicionales del Estado democrático, así como el aislamiento de las personas por la incongruencia entre los preceptos jurídicos y/o económicos con su aplicación a hechos concretos.

Así, la visión nietzscheana sobre la verdad como un conjunto de ilusiones y metáforas desgastadas de carácter móvil e impuestas por las relaciones de poder (Nietzsche, 1873, p. 6), encontraría su cabida con la extensión del fenómeno de la posverdad, que aprovecha la facilidad de difusión de las *fake news* y su pluralidad de reacciones emocionales o sociales.

4.4 Supuestos jurídicos de desinformación mediante *fake news* en el Código Penal

Como se desarrolló en el tercer acápite del segundo capítulo de la presente tesis, existen ciertos delitos que sancionan la libertad de expresión por vulnerar el derecho al honor, el orden económico constitucional, la administración de justicia o la fe pública.

De tal modo que se determinará si es necesario modificar los artículos vigentes relacionados a estas acciones delictivas, plantear una remisión a la ley especial sobre *fake news* si corresponde en cada caso o bien añadir nuevos delitos para sancionar la mera acción de compartir información falsa bajo la forma de noticias.

Sobre los delitos contra el honor, la construcción del tipo penal en la difamación³² subsume a las noticias falsas a través de los medios tradicionales de comunicación y las nuevas TIC en tanto son medios de comunicación social.

En seguida, la finalidad de proteger la dignidad o reputación de la persona está ligada a evitar la propalación de información falsa, la cual puede propagarse vía *fake news*, respecto a diversos aspectos de la víctima, existiendo en segundo plano la afectación leve al derecho a la información por no existir posibles repercusiones graves en la opinión pública tras la comisión de la acción delictiva.

³² **Código Penal Peruano de 1991**

Artículo 132.- 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.

Ergo, sería desproporcional e ilógico añadir alguna modificación a un supuesto jurídico que contempla la materia en cuestión en aplicación del principio de *non bis in idem*.

Como se desprende de la tipicidad objetiva del delito de pánico financiero, la acción típica de propalar noticias falsas se subsume en el fenómeno de las *fake news*; asimismo, la mera difusión de noticias falsas sin la posibilidad o efectivización del retiro masivo de fondos o la redención de instrumentos financieros compete el grado de tentativa del delito, verificándose la persecución penal a la mera acción de *fake news*.

Ahora bien, es pertinente establecer un supuesto jurídico para sancionar la creación, propagación y difusión de noticias falsas, que no provoquen zozobra en un sector social de la población o su totalidad al existir el delito de grave perturbación a la tranquilidad pública que se ha comentado en el segundo capítulo.

A partir de la legislación comparada y las consideraciones establecidas en el bloque de constitucionalidad, en atención a la casuística citada, se propone el siguiente texto:

El personaje público o medio masivo de comunicación de prensa escrita, radiodifusión, televisivo o digital que de manera reiterativa difunde o propaga noticias falsas, será reprimido con treinta a trescientos sesenta y cinco días – multa.

La persecución penal no extingue ni impide la acción civil o administrativa de los terceros afectados ni exime de responsabilidad civil o administrativa al sujeto activo, independientemente de la sentencia condenatoria o absolutoria.

En principio, se acoge la definición de personaje público de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1998): “las personas públicas son las que ejercen funciones públicas y/o utilizan recursos públicos y, de una forma más general, todas aquellas que desempeñan un papel en la vida pública, bien político, económico, artístico, social, deportivo u otro” (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1998, párr. 7).

Así, se eleva el estándar del derecho a la libertad de expresión al reconocer los deberes y obligaciones de las personas ajenas a instituciones públicas con recursos suficientes para crear y distribuir contenido de interés público.

Adicionalmente, se exige a ciertas personas con reconocimiento académico y profesional en el ámbito privado, pero carecen de legitimidad sobre sus declaraciones o no presentan una participación activa en el debate público como los gerentes de micro o pequeñas empresas, los ejecutivos de bancos sin participación en cumbres económicas, deportistas, artistas amateurs, etc.

En consecuencia, se evita limitar la libertad de expresión al universo de personajes públicos y se centra en un grupo específico con mayores recursos económicos, sociales y políticos con la capacidad de avivar la opinión pública; la característica en cuestión debe ser demostrada por el Estado, salvo en el caso de los funcionarios y/o servidores públicos con mayor jerarquía institucional, o aquellos que hacen uso de recursos públicos.

Respecto a los medios masivos de comunicación digital, la finalidad es responsabilizar a los creadores de contenido en redes sociales o plataformas de mensajería instantánea, que aprovechan el ciberespacio para difundir noticias falsas masivamente o bien comparten dicho contenido para acrecentar su alcance y motivar respuestas negativas de la opinión pública por la cantidad de seguidores e interacciones en su página web.

Si bien se ha comentado sobre la responsabilidad de los administradores y programadores, la eficiencia y practicidad de un convenio de mutuo acuerdo entre el Estado y la empresa privada permitirá arribar a consensos realizables.

Inclusive, un mejor estándar del ejercicio de la libertad de expresión sin la imposición de deberes y obligaciones unilaterales, que empeoren el clima social en internet, en adición a mejores técnicas de disuasión, según las estadísticas y datos de cada red social por la paradoja del incremento del radicalismo política y la exacerbación de las *fake news* ante el bloqueo de cuentas o la restricción de información.

Por tanto, se recomienda establecer un marco obligacional real y plausible de concretarse por la administración del sitio web, así como definir si resultan aplicables los

principios del Derecho del consumidor y de propiedad intelectual, lo cual puede ser objeto de estudio para otra tesis de investigación.

La propuesta de multa como sanción penal atiende a la proporcionalidad de la pena y el principio de concusión en caso se afecte un bien jurídico protegido, en conjunto con el derecho a la información.

En virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos³³ y la Constitución Política del Perú, la sanción de multa en sede penal es la forma idónea y menos lesiva a la libertad de expresión, sin configurar un supuesto de censura indirecta en tanto no impide la comunicación y circulación de las noticias.

Además, la tipificación de la reiterativa difusión de noticias falsas cumple la labor disuasoria de la conducta anómala y se inmiscuye en la teoría de la prevención penal al impregnar una coacción psicológica en el delincuente y como una manera pedagógica-social al reafirmar el derecho como instrumento de educación (Villavicencio, 2017, p. 26).

En adición a ello, por el principio de concusión, que “se aplica cuando el contenido del injusto y de la imputación personal de un delito está incluido en otro delito” (Villavicencio, 2017, p. 151), la reiterativa difusión de noticias falsas quedaría desplazada.

En seguida, los delitos de difamación, la grave perturbación a la tranquilidad pública y el pánico financiero se sobreponen al afectar sus respectivos bienes jurídicos, al haber una ponderación con el derecho a la información con menor jerarquía de importancia y la subsunción de la acción típica en los tipos penales mencionados.

Sobre dejar a salvo el derecho de acción de la víctima en sede civil o administrativa, obedece a que la conducta anómala de difundir noticias falsas podría no

³³ Convención Americana de Derechos Humanos (1978)

Artículo 13

(...)

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, (...)

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

afectar gravemente el derecho a la información según las condiciones de cada paso particular.

No obstante, puede lesionarse a un tercero mediante la disminución en sus ingresos, la pérdida de oportunidades comerciales, la reducción del valor de las acciones en bolsa en caso de empresas, la deformación de la imagen profesional, etc. y ello amerita la procedencia de iniciar un proceso administrativo o civil según la casuística.

Por tanto, si el juez penal considera la ausencia de responsabilidad penal o la carencia de los elementos típicos del delito, ello no implicaría necesariamente que el procesado pueda ser favorecido con el principio *non bis in idem* en otras sedes judiciales al haber diferentes responsabilidades y sanciones para los mismos hechos.

Ahora bien, resulta necesario hacer mención al caso particular de los candidatos a cargos de elección popular que difunden noticias falsas dentro de los comicios electorales. Para ello, se recomienda el siguiente texto para reformular el Proyecto de Ley N° 6567/2020-CR y añadir el siguiente texto a la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones:

“Artículo 187-A. – Quedan prohibidas, como forma de propaganda política, **las imputaciones o noticias falsas, según la ley de la materia**, [el resaltado es agregado nuestro] capaces de alterar la sinceridad del proceso electoral en curso y/o de la votación próxima a realizarse, y sean difundidas de forma deliberada, artificial, automatizada y/o masiva a través de un canal de comunicación masivo o red social.

(...)

Tratándose de un candidato a un cargo de elección popular, quedará excluido del proceso electoral en curso **si se verifica la reiteración en las declaraciones, la falta de rectificación o aclaración y la apología a cometer actos violentos o delitos contra la vida, el cuerpo y la salud**. [el resaltado es agregado nuestro]”.

Brevemente, se circunscribe correctamente el contenido prohibido dentro del debate público durante los comicios para cargos públicos, bajo los principios constitucionales de sociedad democrática, libertad de expresión y participación

ciudadana en la política con el retiro de la potencial amenaza de censura directa a cualquier declaración individual, especialmente de los partidos políticos en regla.

Finalmente, se han señalado tres condiciones para la procedencia de la exclusión del candidato la finalidad de preservar la participación democrática y el sistema electoral.

De esta manera, deberá evaluarse correctamente los daños potenciales y concretos de las declaraciones y noticias falsas versadas para privilegiar la participación política y la inclusión social.

Asimismo, corresponde al denunciante o quejoso destruir la presunción de constitucionalidad sobre las declaraciones versadas por el candidato frente al Jurado Nacional de Elecciones, asumiendo la carga probatoria en su totalidad.

4.5 La excepcionalidad en la procedencia de la acción penal

Conforme al principio de ultima ratio y de lesividad del derecho penal, así como el juicio de ponderación entre la tipificación de las noticias falsas y la restricción a la libertad de expresión, se propone establecer una serie de condiciones para la procedencia de la acción penal en los delitos, cuya acción típica comprenda, entre otros, las *fake news*.

En atención a ello, se plantea el medio técnico de defensa de cuestión previa para la procedibilidad de la acción penal frente a este fenómeno social, a tenor de otorgar un mayor rango de actuación al derecho a la libertad de expresión y educar a los sujetos activos en la autorregulación de sus ejercicios anómalos mediante el efecto disuasorio de la norma penal.

En mérito a ello, se formulan las siguientes disposiciones procesales:

“La persecución penal de delitos que consistan en declaraciones, imputaciones o publicaciones vía *fake news* será procedente, a menos que ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) La rectificación o aclaración del sujeto en la misma dimensión y alcance del acto desinformativo.
- b) La eliminación de todo el contenido relacionada a las noticias falsas en medios digitales dentro de las 24 horas posteriores a la última publicación.

c) En el caso de personajes públicos o medios masivos de comunicación que ejercen su labor periodística o informativa solamente vía redes sociales o plataformas de mensajería instantánea, el bloqueo de sus cuentas de usuario por los administradores de la red social o sitio web dentro de las 72 horas posteriores al último acto desinformativo.

En caso se verifique el daño irreparable a los bienes jurídicos protegidos, a pesar de la concurrencia de cualquiera de los supuestos anteriores, la acción penal es procedente de pleno derecho.

La disposición del párrafo precedente no es aplicable para el delito específico de difusión o propagación reiterada de noticias falsas.”

Respecto al primer supuesto, se obliga al sujeto activo corregir el ejercicio anómalo de libertad de expresión, obligándolo a aclarar o rectificar la información proveída de tal manera que el círculo de desinformación sea quebrado por actos propios.

También, se requiere cumplir la acción correctiva bajo las mismas características del acto desinformativo inicial, en tanto se ha observado que, casuísticamente, los medios de comunicación o los personajes públicos se limitan a realizar breves expresiones de disculpa o simplemente realizan breves publicaciones en redes sociales, o como en el caso de la prensa escrita, en pequeños anuncios dentro de los apartados menos leídos.

Establecer el supuesto en cuestión permite reforzar el paradigma de la autorregulación en la radiodifusión peruana y reconducir el estándar de la libertad de expresión en el periodismo, la prensa televisiva y actual auge de la comunicación digital en las redes sociales y los sitios web.

En este orden de ideas, la segunda propuesta de eximente atiende a la reducción de la propagación y alcance del contenido en el ciberespacio por el autor del delito mediante la supresión de su propio contenido, en atención a que las *fake news* han obtenido su auge por la interconectividad digital y globalizada.

También, la eliminación de la información falsa trae como consecuencia que la cadena de historias de estados sociales, compartidos, reacciones y archivados de los usuarios sea abatida de manera célere por el causante primigenio de la desinformación.

En comento del tercer supuesto, la autorregulación de las redes sociales mediante las políticas comunitarias y las sanciones motivadas por infracción a su normativa demuestran su eficacia con el bloqueo de cuentas, cuya consecuencia es más favorable a la eliminación propia de las publicaciones por la dificultad del personaje público o medio masivo de comunicación para reestablecer su dominio informativo con la misma cantidad de seguidores, alcance social, *feed*, confianza y reconocimiento profesional.

Como se ha establecido en la propuesta, solo es aplicable para aquellos que ejercen su labor periodística o informativa solamente vía redes sociales o plataformas de mensajería instantánea al ser su único medio de difusión informativa y donde han creado una red de noticias e intercambio constante, prolongado y magnánimo de datos.

A causa de este escenario, la completa supresión del perfil en las redes sociales permite cerrar y desbaratar la estructura de la red comunicativa, lo cual, como en las proposiciones anteriores, devuelve al estado de cosas anterior al derecho a la información de los internautas tras resolver el caso específico de desinformación sin necesidad de la intervención estatal y la deformación del contenido constitucional de la libertad de expresión en el Perú.

En relación a la procedencia de pleno derecho de la acción penal, esta disposición se establece explícitamente para evitar interpretaciones tergiversadas con otros delitos donde la acción penal comprende, entre otros, la difusión de noticias falsas.

Debido a la posibilidad de un estado de irreparabilidad de bienes jurídicos protegidos, resultaría ilógico y sumamente negligente que el Estado permita el abuso de la libertad de expresión y exima de responsabilidad penal al sujeto activo mediante los supuestos comentados.

Ello se debe a si el sujeto pone de manera deliberada en peligro al sistema financiero y la tranquilidad pública, lo cual desemboca en crisis políticas, sociales y económicas según la gravedad del daño y la imposibilidad de retrotraer los efectos negativos de la desinformación.

Ergo, la teleología de los eximentes de responsabilidad es que el sujeto activo pueda regresar al estado de cosas anterior a su acción delictiva mediante el uso de

recursos propios y el cuestionamiento a su profesionalidad; caso contrario, deberá asumir sanciones más graves en proporcionalidad al daño ocasionado.

Por último, al haber conceptualizado como delito de acción la reiterativa difusión o propagación de *fake news*, lo cual implica la afectación de por sí al derecho a la libertad de información, la sola concurrencia de cualquiera de las circunstancias de cuestión previa repara en parte o en su totalidad la libertad informativa.

A razón de ello, no sería aplicable la procedencia *ipso iure* de la acción penal al no haber otro bien jurídico afectado en dicho supuesto.

4.6 Condiciones objetivas para la determinación de la sanción penal de carácter pecuniario y/o la privación de la libertad

Gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las recomendaciones de la CIDH para establecer límites proporcionales a la libertad de expresión y actualizar su ejercicio en la época digital dentro del contexto de las *fake news*, es recomendable establecer condiciones objetivas para fijar la pena correspondiente y el monto de la multa pecuniaria en caso el juez lo considere pertinente.

Partiendo del Proyecto de Ley 2.630/2020 de la República Federal de Brasil, se presentan las siguientes condiciones:

- i. El incumplimiento reiterativo a las advertencias versadas por las autoridades o instituciones competentes sobre la difusión de noticias falsas y su corrección.
- ii. La gravedad del hecho, en conjunto con los motivos del delito y las consecuencias en el ámbito individual y colectivo.
- iii. La reincidencia en delitos, cuya acción típica compete, entre otros, la difusión de noticias falsas.
- iv. La creación de diversas cuentas y perfiles en redes sociales y/o plataformas de mensajería instantánea para mantener la difusión de noticias falsas.

Respecto al cálculo de la multa, se deben observar las siguientes condiciones:

- a) La acumulación de multas anteriores por delitos, cuya acción típica compete, entre otros, la difusión de noticias falsas.

- b) La capacidad económica del sujeto, tomando en cuenta los recursos utilizados para la difusión y propagación de noticias falsas, así como la presencia mediática en el espectro comunicativo de mayor acogimiento.

Tanto la difamación y la grave perturbación a la tranquilidad, por mencionar algunos, establecen que el sujeto activo será sanciona con pena privativa de la libertad y la imposición de días – multa en un rango variado, salvo el caso de la propuesta del delito de difusión reiterativa de noticias falsas que comprende la multa como único castigo.

Las advertencias sobre la afectación a la libertad de información por las noticias vertidas pueden provenir de la Defensoría del Pueblo, los Consejos de Ética de la carrera profesional meritoria, las rondas campesinas, los colectivos sociales y cualquier otro tercero de carácter público o privado, que no esté afectado directamente con la data inexacta, al referirse a su honra o reputación profesional y personal.

Además, que no sea parte procesal o interesada como el Ministerio Público, la Fiscalía de la Nación, el Congreso de la República, entre otros.

En otras palabras, la finalidad es observar que el sujeto permanece insistente en mantener el círculo de desinformación, a pesar de la peligrosidad de su vigencia por actores ajenos a la polémica.

El segundo criterio proviene del Proyecto de Ley 2.630/2020³⁴ y se sopesa insustituible en la presente proposición, ya que permite examinar el grado de responsabilidad y la afectación a otros bienes jurídicos.

Incluso, las ventajas obtenidas en la esfera individual del autor del delito, lo cual abarca un marco de interpretación amplio sobre las situaciones favorables por difundir noticias falsas y cómo se materializan los inconvenientes en el colectivo y las instituciones sociales y políticas.

³⁴ Art. 28. - Sem prejuízo das demais sanções civis, criminais ou administrativas, os provedores de aplicação ficam sujeitos às seguintes penalidades a serem aplicadas pelo Poder Judiciário, assegurados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório: (...)

§1º Para fixação e gradação da sanção, deverão ser observados:

I - a gravidade do fato, a partir da consideração dos motivos da infração e das consequências nas esferas individual e coletiva;

Brevemente, la reincidencia en delitos es un criterio común muy utilizado en el derecho de ejecución penal y se ha aplicado al proyecto de legislación sobre *fake news* para precisar los alcances de este fenómeno en particular.

El último criterio obedece a la realidad digital en las redes sociales y las consecuencias por la suspensión o bloqueo de las cuentas personales en Facebook, Instagram y Twitter.

Desde la practicidad, la mayoría de usuarios vinculados a cadenas de comunicación o creadores de contenido en redes tienen cuentas de respaldo en caso hubiera situaciones de incomunicación o errores en el algoritmo del sitio web, que eviten la permanente interacción con los seguidores y el público en general.

Sin embargo, existe un grupo minoritario que tiene cuentas de respaldo, debido a la posibilidad de ser reportados por el contenido difundido como desnudos, pornografía, mensajes racistas u homofóbicos, etc.

En ese sentido, crean *back accounts* para superar la supresión de su cuenta al haber notificaciones previas sobre denuncias o reportes contra su perfil y apercibimientos de evitar la reincidencia en dichas conductas.

Para la correcta aplicación de este criterio debe observarse la antigüedad y cantidad de las cuentas de respaldo, la vigencia de la red de desinformación tras la suspensión de uno o varios perfiles sociales y la similitud del contenido publicado entre ellas en un mismo medio social.

Así, se permitirá desarrollar un mayor estudio técnico científico que requiere la participación de otras ciencias sociales como la sociología para traducir la praxis jurídica en soluciones legales eficaces y plausibles, no solo para determinar el daño y la posibilidad de reparo, sino otros medios alternativos de prevención como parte de la política pública del Estado.

De allí provienen los observatorios de noticias falsas en tiempos electorales, capacitaciones para detectar información tergiversada o manipulada, el apoyo a la bibliotecología y otras ciencias de la información, etc.

Debido a que la totalidad de los delitos relacionados con las *fake news* plantean como la sanción penal mínima la imposición de días-multa, las dos condiciones para determinar el monto de la multa se inmiscuyen en fijar o aumentar la cantidad pecuniaria a imponer al sujeto.

Por tanto, la existencia de un historial de multas anteriores por difundir noticias falsas, lo cual se agrave si se observa el impago de las mismas, las características económicas del emisor de desinformación y la estructura de su red comunicativa permiten graduar objetivamente y evitan la diferenciación subjetiva al considerar la capacidad adquisitiva y privilegios de autor del delito.

4.7 Respecto a la propuesta legislativa “Ley que sanciona la desinformación mediante *fake news* (noticias falsas)”

En el primer artículo de la propuesta legislativa³⁵, se expresa la finalidad del marco penal para definir las *fake news* o noticias falsas en la normativa para la persecución de los delitos, cuya acción típica comprenda esta conducta, también los eximentes de responsabilidad y condiciones objetivas para la graduación de la sanción penal.

En el segundo artículo, se define a las *fake news* como todo contenido difundido o publicado vía medios de comunicación tradicionales y/o las nuevas Tic. Además, se señala que la información debe ser en estricto falsa, tergiversada o manipulada, con la finalidad o posibilidad de provocar un escenario de desinformación dentro de un contexto político, social y económico específico.

También, se señala que la actuación deliberada o culposa del sujeto es independiente a la producción, difusión o propagación de la información falsa. Sin embargo, el formato parodia, sátira, ironía, producción artística u otra forma de libertad creativa que se sirva de las *fake news* está excluido de la definición anterior.

En el tercer artículo, se presenta el nuevo delito de difusión o propaganda reiterativa de *fake news* o noticias falsas, el cual será desplazado por otros delitos

³⁵ Anexo I: Ley que sanciona la desinformación mediante *fake news* (noticias falsas).

específicos, que, en adición a la libertad de información, afecten otro bien jurídico protegido, por haber adquirido mayor gravedad en virtud al principio de lesividad.

Así, se sanciona con días-multa a todo aquel personaje público o medio masivo de comunicación que difunde o propaga noticias falsas reiterativamente; incluso, se señala que la persecución penal no extingue ni impide la acción civil o administrativa de los terceros afectados ni exime de responsabilidad civil o administrativa al sujeto activo, independientemente de la sentencia condenatoria o absolutoria.

En el cuarto artículo, se propone la modificación al art. 187-A de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones para prohibir la propaganda política bajo el formato de noticias o imputaciones falsas, así como la exclusión del proceso electoral candidato que realice dicha infracción de manera reiterativa por atentar contra el sistema electoral y los principios democráticos.

En el quinto artículo, se establecen tres supuestos de cuestión previa para la procedencia de la acción penal, con el motivo de reforzar la excepcionalidad del marco penal propuesto.

En dicho orden de ideas, si se rectifica o aclara el acto desinformativo en su misma dimensión y alcance, se elimina todo el contenido relacionado a las noticias falsas en medios digitales dentro de las 24 horas posteriores a la última publicación, o, en el caso de ejercer la labor periodística o informativa solamente en el ciberespacio, se bloquean las cuentas del usuario dentro de las 72 horas posteriores al último acto desinformativo, la acción penal será improcedente si ocurre cualquier situación mencionada.

No obstante, si hay un daño irreparable a los bienes jurídicos protegidos, a pesar de la concurrencia de cualquiera de los supuestos anteriores, la acción penal es procedente de pleno derecho; ello es inaplicable para el delito específico de difusión o propagación reiterada de noticias falsas.

En el sexto artículo, se señalan taxativamente las condiciones objetivas para determinar la sanción penal, ya que oscila entre la pena privativa de libertad o la pena pecuniaria de días-multa.

Conforme a ello, el juez deberá evaluar si hay un incumplimiento reiterativo a las advertencias de las autoridades o instituciones competentes sobre la difusión de noticias falsas y su corrección, la gravedad del hecho, la reincidencia en delitos, cuya acción típica involucre noticias falsas, y la creación de diversas cuentas y perfiles en redes sociales y/o plataformas de mensajería instantánea para mantener su difusión.

Por último, para determinar el monto de la sanción pecuniaria se propone tomar en cuenta la acumulación de multas anteriores por delitos cometidos mediante noticias falsas y la capacidad económica del sujeto, tomando en cuenta los recursos utilizados para la difusión y propagación de noticias falsas, así como la presencia mediática en el espectro comunicativo de mayor acogimiento.



CONCLUSIONES

1. En el sistema jurídico internacional se ha superado la doctrina de los derechos preferentes respecto a la libertad de expresión para aplicar un test de proporcionalidad a la medida que limite o sancione su ejercicio, lo cual ha sido adoptado en el Derecho Constitucional peruano; caso distinto en el sistema europeo que permite la censura previa y la prohibición de la radiodifusión.
2. Según el bloque de constitucionalidad, los límites a la libertad de expresión son los derechos de los individuos, la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública. Así, se ha determinado que la desinformación vía *fake news* afecta, principalmente, el derecho a la información y los bienes jurídicos protegidos.
3. Debido al derecho a la información, los medios de comunicación están obligados a informar verazmente sobre temas de interés público por su vinculación con el derecho al acceso a la información pública, salvo que afecten el derecho a la intimidad, independientemente de la finalidad periodística.
4. Los delitos de difamación, pánico financiero y grave perturbación a la tranquilidad pública presentan como acción típica las *fake news* al afectar la libertad de información y el bien jurídico protegido correspondiente; sin embargo, se debe precisar el término de noticias falsas de manera técnica y objetiva.
5. La autorregulación de las *fake news* en el espectro de la radiodifusión peruana ha demostrado ser ineficiente e ineficaz en los casos analizados, en tanto el ejercicio de la labor periodística ha empeorado al carecer de coerción las decisiones adoptadas por el Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana.
6. En el Derecho Comparado, la opción de sancionar penalmente las noticias falsas es mayoritaria, a pesar de existir deficiencias en su redacción y aplicación con posibles escenarios de censura y prohibición del contenido sin meritar razones objetivas y carentes de proporcionalidad como en Alemania, Brasil y Nicaragua.

7. Tras las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, los intentos de regular la desinformación vía *fake news* están severamente limitados por la doctrina del *clear and present danger* y la actual interpretación constitucional de la Primera Enmienda; incluso, las disposiciones estatales carecen de la coerción necesaria para atender la difusión excesiva y reiterativa de noticias falsas.
8. La responsabilidad de los administradores y programadores de las redes sociales o servicios de mensajería instantánea debe ser determinada por el Derecho del Consumidor, toda vez que el servicio otorgado a los cibernautas implica un deber de asegurar la veracidad de la información compartida en el dominio web.
9. La naturaleza jurídica penal del marco penal sobre las *fake news* se basa en los avances del Derecho Comparado, la actual estructura en materia penal, administrativa y electoral que sanciona la desinformación en general, y el carácter excepcional del mismo con la finalidad de reforzar el correcto ejercicio de la libertad de expresión.
10. El estándar constitucional del intercambio de ideas parte de las acepciones estadounidenses; caso distinto en Perú y Europa que buscan la protección del derecho a la información veraz por las autoridades públicas y privadas, siendo imposible su asimilación al constitucionalismo peruano, aunado con la inutilidad de la deliberación frente al fenómeno de la conectividad globalizada.
11. A fin de una correcta interpretación de la propuesta penal para sancionar la desinformación vía *fake news*, deben aplicarse los principios básicos del Derecho Penal, principalmente el principio de lesividad y necesidad o mínima para garantizar la excepcionalidad de dicho régimen y la procedencia de la acción.
12. La definición de *fake news*, contenido en la propuesta legislativa, permite establecer objetivamente las noticias falsas dentro de los delitos, cuya acción típica implique esta conducta, así como excluir una serie de actuaciones para evitar una situación de lesividad gravísima de la libertad de expresión.

13. Cabe diferenciar las *fake news* como ejercicio anómalo de la libertad de expresión y método de desinformación del fenómeno global de la posverdad, donde un sector de la clase política apuesta por las emociones y creencias compartidas sobre los hechos objetivos y comprobados con fines proselitistas.
14. Debido a que ciertos delitos subsumen a las noticias falsas en su acción típica solo deberán remitirse a la propuesta legal a fin de determinar en cada caso si el acto desinformativo configura una *fake news*; además se ha propuesto un nuevo tipo penal por la reiterada difusión de noticias falsas y una modificación del art. 187-A de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones para prohibir la propaganda política bajo el formato de noticias o imputaciones falsas.
15. Los supuestos de cuestión previa en la propuesta legal para garantizar la procedencia de la acción penal en delitos, cuya acción típica se cometa mediante noticias falsas, atienden a una mayor autorregulación de los medios de comunicación y los personajes públicos y así evitar graves atentados contra las libertades individuales, los derechos de terceros y los bienes jurídicos protegidos.
16. A partir del proyecto de ley brasileño, se han elaborado condiciones objetivas para determinar la sanción penal aplicable y evitar que la medida limitativa sea desproporcional a la afectación al derecho a la libertad de expresión, así como dos criterios para la cuantía de los días-multa.

ANEXO I

LEY QUE SANCIONA LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS (NOTICIAS FALSAS)

Artículo 1. – La presente ley tiene como finalidad conceptualizar el fenómeno de las *fake news* o noticias falsas dentro de la normativa penal, por lo que deberán tomarse las disposiciones legales al momento de perseguir delitos que hagan uso de este ejercicio anómalo de la libertad expresión, así como sus eximentes de responsabilidad y consideraciones para la graduación de la sanción penal.

Artículo 2. - Definición de *fake news* o noticias falsas

Contenido difundido o publicado a través de los medios de comunicación tradicionales y las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), que reviste información en estricto falsa, tergiversada o manipulada, con la finalidad o posibilidad de provocar un escenario de desinformación dentro de un contexto político, social y económico específico; la actuación deliberada o culposa del sujeto es independiente en el caso de producir, difundir, o propagar la información falsa.

Se excluye al formato parodia, sátira, ironía, producción artística u otra forma de libertad creativa que se sirva de este formato periodístico.

Artículo 3. – Delito de difusión o propaganda reiterativa de *fake news* o noticias falsas

El personaje público o medio masivo de comunicación de prensa escrita, radiodifusión, televisivo o digital que de manera reiterativa difunde o propaga noticias falsas, será reprimido con treinta a trescientos sesenta y cinco días – multa.

La persecución penal no extingue ni impide la acción civil o administrativa de los terceros afectados ni exime de responsabilidad civil o administrativa al sujeto activo, independientemente de la sentencia condenatoria o absolutoria.

Artículo 4. – Modificación del artículo 187-A del Código Penal

Se modifica el artículo 187-A del Código Penal, estableciendo las siguientes modificaciones:

“Artículo 187-A. – Quedan prohibidas, como forma de propaganda política, **las imputaciones o noticias falsas, según la ley de la materia,** [el resaltado es agregado nuestro] capaces de alterar la sinceridad del proceso electoral en curso y/o de la votación próxima a realizarse, y sean difundidas de forma deliberada, artificial, automatizada y/o masiva a través de un canal de comunicación masivo o red social. (...)

Tratándose de un candidato a un cargo de elección popular, quedará excluido del proceso electoral en curso **si se verifica la reiteración en las declaraciones, la falta de rectificación o aclaración y la apología a cometer actos violentos o delitos contra la vida, el cuerpo y la salud.** [el resaltado es agregado nuestro]”.

Artículo 5. – La persecución penal de los delitos que consistan en declaraciones, imputaciones o publicaciones vía *fake news* será procedente, a menos que ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) La rectificación o aclaración del sujeto en la misma dimensión y alcance del acto desinformativo.
- b) La eliminación de todo el contenido relacionada a las noticias falsas en medios digitales dentro de las 24 horas posteriores a la última publicación.
- c) En el caso de personajes públicos o medios masivos de comunicación que ejercen su labor periodística o informativa solamente vía redes sociales o plataformas de mensajería instantánea, el bloqueo de sus cuentas de usuario por los administradores de la red social o sitio web dentro de las 72 horas posteriores al último acto desinformativo.

En caso se verifique el daño irreparable a los bienes jurídicos protegidos, a pesar de la concurrencia de cualquiera de los supuestos anteriores, la acción penal es procedente de pleno derecho.

La disposición del párrafo precedente no es aplicable para el delito específico de difusión o propagación reiterada de noticias falsas.

Artículo 6. - Respecto a la fijación de la pena correspondiente para quienes cometan delitos usando *fake news* (noticias falsas), se deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- i. El incumplimiento reiterativo a las advertencias versadas por las autoridades o instituciones competentes sobre la difusión de noticias falsas y su corrección.
- ii. La gravedad del hecho, en conjunto con los motivos del delito y las consecuencias en el ámbito individual y colectivo.
- iii. La reincidencia en delitos, cuya acción típica compete, entre otros, la difusión de noticias falsas.
- iv. La creación de diversas cuentas y perfiles en redes sociales y/o plataformas de mensajería instantánea para mantener la difusión de noticias falsas.

Respecto al cálculo de la multa, se deben observar las siguientes condiciones:

- a) La acumulación de multas anteriores por delitos, cuya acción típica compete, entre otros, la difusión de noticias falsas.
- b) La capacidad económica del sujeto, tomando en cuenta los recursos utilizados para la difusión y propagación de noticias falsas, así como la presencia mediática en el espectro comunicativo de mayor acogimiento.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S.B. (2005). Libertades de expresión e información. La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo - Tomo I, 104 - 113. Editorial Gaceta Jurídica.
- Alexander, L. A. (1992). Trouble on Track Two: Incidental Regulations of Speech and Free Speech Theory. *Hastings LJ*, 44, 921.
- Almería, R. D. E., & Rodríguez, L. M. R. (2011). La manipulación informativa y la desinformación: la anomia de los receptores y el fomento de las víctimas propiciatorias.
- Alvarado, L. & Diaz, V. (2020). Libertad de expresión y derecho a la información veraz: Propuesta para limitar las fake news en Facebook [Trabajo de investigación, Universidad Católica San Pablo]. <https://repositorio.ucsp.edu.pe/handle/20.500.12590/16659>
- Alzola Molina, A. (2022) Por una nueva política de la verdad: crítica, verdad y parrhesía en Foucault. *Daimon Revista Internacional de Filosofía* (85). pp. 23-36. ISSN 1989-4651.
- Ambur Mejia, Y. E., & Lima Medina, D. J. (2022). Incompatibilidad del periodismo ideológico con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a conocer en el Perú.
- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1998). Resolución 1165.
- Balcázar Nava, P., González-Arratia López-Fuentes, N. I., Gurrola Peña, G. M., & Moysén Chimal, A. (2013). Investigación cualitativa.
- Barendt, E. (2005). *Freedom of speech*. OUP Oxford.
- Baxter, A.S., Finucan, L., Kenny, T., & Yatim S. (2020). *Free Speech vs Fake News: The Future of Content Regulation*.

- Belloch, C. (2012). Las Tecnologías de la Información y Comunicación en el aprendizaje. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. Universidad de Valencia.
- Benaissa Pedriza, S. (2021a) Fact-checking de noticias internacionales. El caso de las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2020. In El progreso de la comunicación en la era de los prosumidores. Conocimiento contemporáneo (19). Dykinson S.L., Madrid, pp. 106-136. ISBN 978-84-1377-644-6.
- Benaissa Pedriza, S. (2021b) Sources, Channels and Strategies of Disinformation in the 2020 US Election: Social Networks, Traditional Media and Political Candidates. Journalism and Media, 2 (4). pp. 605-624. ISSN 2673-5172.
- Benkler, Y. (2008). The wealth of networks. Yale university press.
- Blancas Bustamante, C. (2017). Derecho Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú
- Bocanegra Rojas, N. R. (2021). El derecho a mentir en el Proceso Penal Peruano como Garantía de Defensa del Imputado. Trujillo, Perú. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/80519/Bocanegra_RNR-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Brandenburg v. Ohio (1969). Corte Suprema de Estados Unidos de América, Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>
- C. Post, R. Andrés Bertoni, E. (II.) & Rivera (h), J. C. (II.). (2016). El Estado frente a la libertad de expresión. Editorial Nobuko. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/76820>
- Castillo Lozada, G.D. (2021). Análisis constitucional de la legislación aplicable a las fake news en el Perú. Lima, Perú.
- Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (1999). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de mayo de 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

- Calvo García, M. & Picontó Novales, T. (2017). Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica. Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica, 1-244.
- Canal N (5 de julio de 2021). Fallo del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana - CASO N.º 006-2021 Grupo La República / CPR (América TV) y PPI (Canal N). Canal N. <https://canaln.pe/actualidad/comunicado-tribunal-etica-conejo-prensa-peruana-n436809>
- Castro Arequipeno, A. & Díaz Colchado, J.C. (2021). Los Derechos Fundamentales y las nuevas tecnologías de la Información y Comunicación: una aproximación. Revista Themis, 79, pp. 15-35. ISSN 2410-9592
- Charlesworth, M. P. (1943). Freedom of Speech in Republican Rome-Laura Robinson: Freedom of Speech in the Roman Republic. Pp. xiv+ 93. Baltimore: JH Furst Company, 1940. Paper. The Classical Review, 57(1), 49-49.
- Código Penal Peruano (1991).
- Comisión Europea de la Unión Europea (2020). Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC.
- Communications Decency Act (1996).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1948).
- Córdoba-Cabús, A. & López-Martín, A. (2021). Cuando la noticia ocurre lejos de España: La actualidad internacional ante el fenómeno de la desinformación. Comunicar en pandemia: de las fake news a la sostenibilidad (2021), pp. 459-476. McGraw-Hill, España. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/212589>
- Coronado Contreras, L. V. (2015). La libertad de expresión en el ciberespacio. Tesis doctoral presentada por Laura Verónica Coronado Contreras para la obtención del grado de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía, Moral y Política, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.
- Constitución Política del Perú (1993).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 solicitada por el Gobierno de Costa Rica sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- Dahlberg, L. (2007). The Internet, deliberative democracy, and power: Radicalizing the public sphere. *International journal of media & cultural politics*, 3(1), 47-64.
- De la Fuente, J. R. (2010). Ciberpolítica, redes sociales y nuevas movilizaciones en España: el impacto digital en los procesos de deliberación y participación ciudadana. *Mediaciones sociales*, 7, 143-164.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Defensoría del Pueblo (2000). Informe N° 48: Situación de la libertad de expresión en el Perú: Setiembre 1996 – Setiembre 2000. Lima, Perú
- Defensoría del Pueblo (2017). Pronunciamiento N°05/DP/2017. Lima, Perú
- Defensoría del Pueblo (2021). Serie de Informes Especiales N° 008-2021-DP: Elecciones Generales 2021: Supervisión electoral de la Defensoría del Pueblo – Segunda Vuelta. Lima, Perú
- Díaz Colchado, J.C. (2019). Olvido digital vs. verdad: el impacto del derecho al olvido digital en la preservación en internet de la memoria histórica sobre violaciones a derechos humanos y actos de corrupción. *Revista Pensamiento Constitucional*, 24, pp. 27-47. ISSN 1027-6769.
- Erlanger, S. (14 de diciembre de 2017). Los políticos adoptan la excusa de ‘noticias falsas’ de Trump. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2017/12/14/espanol/excusa-noticias-falsas-trump-china-filipinas-putin.html>
- Galston, W. A. (2003). If political fragmentation is the problem, is the Internet the solution. *The civic web: Online politics and democratic values*, 35-44.
- García Pérez, J.F. (2018). La posverdad en la difusión de la información científica. En *La posverdad y las noticias falsas: El uso ético de la información*. Universidad

- Nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 177-201.
https://ru.iibi.unam.mx/jspui/bitstream/IIBI_UNAM/L151/2/posverdad_noticias_falsas_s.pdf
- Gelfert, A. (2018). Fake news: A definition. *Informal Logic*, 38(1), 84-117.
- Gielow Jacobs, L. (2022). Freedom of Speech and Regulation of Fake News. *The American Journal of Comparative Law*, 70(Supplement_1), pp. 278-311.
- Gil, I. (2021). La Gestión de Comunicación en los medios durante la fase de confinamiento de la Covid-19 (enero-mayo 2020). *Comunicar en pandemia: de las fake news a la sostenibilidad* (2021), pp. 147-160. McGraw-Hill, España.
<https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/212589>
- González-Varas Ibáñez, A. (2018). Libertad de expresión, libertad religiosa, y prevención del terrorismo: régimen jurídico en los ordenamientos internacional y francés. Dykinson. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/58981>
- Goswami, M. P. (2018). Fake News and Cyber Propaganda: A study of manipulation and abuses on Social Media. *Mediascape in 21st Century: Emerging Perspectives*, 535-544.
- Guerrero, L. A. H. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento Constitucional*, 14(14), 319-344.
- Hartley, K., & Vu, M. K. (2020). Fighting fake news in the COVID-19 era: policy insights from an equilibrium model. *Policy Sciences*, 53(4), 735-758.
- Hernández Breña, W. (2009). La información y la toma de decisiones en la política pública judicial: una reflexión a partir del análisis de la carga procesal en el Perú. *Derecho PUCP*, (62), 69-85. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200901.003>
- Herrera, D.M. (2017). ¿Es segura jurídicamente la persecución del hate speech? Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio, pp. 193-210. Athenaica Ediciones Universitarias. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/44653>
- Herrera, F. (7 de febrero de 2020). ¿Derecho a mentir? *Enfoque Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2020/02/07/derecho-a-mentir/>

- Hopenhayn, M. (2013). Educación, comunicación y cultura en la sociedad de la información: una perspectiva latinoamericana. CEPAL.
- Infobae (12 de febrero de 2023). Por qué Twitter retirará las verificaciones antiguas de color azul. Infobae. <https://www.infobae.com/tecno/2023/02/12/por-que-twitter-retirara-las-verificaciones-antiguas-de-color-azul/>
- Infocus (1 de Agosto de 2022). False Speech and the First Amendment: Constitutional Limits on Regulating Misinformation. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF12180>
- Ipsos. (2018). Fake news, filter bubbles, post - truth and trust. Obtenido de https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-09/fake_news_informe.pdf
- IUSLatin (2 de diciembre de 2019). Autoría y participación en el derecho penal: Tipos y diferencias. <https://iuslatin.pe/autoria-y-participacion-en-el-derecho-penal-tipos-y-diferencias/>
- Kaye, D. (01 de Junio de 2017). Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Organización de las Naciones Unidas.
- Kimel c. Argentina (2008). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de mayo de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf
- Landa Arroyo, C. (2021). Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial y Algoritmos. Revista Themis, 79, pp. 37-50. ISSN 2410-9592
- Ley N° 1042, Ley Especial de Ciberdelitos, aprobada el 27 de octubre de 2020. Nicaragua.
- Lessig, L. (2002). Las leyes del ciberespacio. THEMIS Revista De Derecho, (44), 171-179.
- Linera, M. Á. P. (2022a). La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos y en Europa. Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico, (32), 16-43.

- Linera, M.Á.P. (2022b). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista da AJURIS*, 48(151), 341-396.
- Loi N° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Francia.
- Marciani Burgos, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. *Pensamiento Constitucional*, (11), pp. 351-378. Fondo Editorial PUCP.
- Marqués, N. F. (2019). Fake News de la Antigua Roma. Engaños, propaganda y mentiras de hace 2000 años. *Lingua*, 16, 00.
- Mínguez Vindel, T. (2020). Fake News en tiempos de Covid-19. Análisis de las herramientas Maldito Bulo y Newtral durante el estado de alarma en España. Trabajo Final de Grado presentado por Teresa Mínguez Vindel para la obtención del grado en Comunicación Audiovisual. Escuela Politécnica de Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, España.
- Miño, M. D. (2022). Estándares interamericanos de derechos humanos enfocados en la libertad de expresión.
- Mishra, S., Shukla, P., & Agarwal, R. (2022). Analyzing machine learning enabled fake news detection techniques for diversified datasets. *Wireless Communications and Mobile Computing*, 2022.
- Monedero, J. C. (2016). Lenguaje, ideología y poder. La palabra como arma de persuasión ideológica: cultura y legislación.
- Morales Campos, E. (2018). La posverdad y las noticias falsas: el uso de la información. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/187384>
- Nietzsche, F. W. (1863). Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. <https://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf>
- Núñez, J. (2020). El derecho a la libertad de expresión en las Constituciones de América. Serie White Papers, 1.

- Ortega, D. (2017). Retos de la libertad de información. Dykinson. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/58932>
- Ortiz Torricos, M. R. (2017). El derecho a la libertad de expresión e información en Perú, Bolivia y Colombia desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 533-553. Bogotá, Colombia.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Parlamento Federal de la República Federal de Alemania (2017). Newtork Enforcement Act – Netzwerkdurchsetzungsgesetz.
- Pascual, M.G. (2022). Así está fallando Twitter: racismo, derechos de autor y desprotección en dictaduras. El País. <https://elpais.com/tecnologia/2022-11-24/asi-esta-fallando-twitter-racismo-derechos-de-autor-y-desproteccion-en-dictaduras.html>
- Poder Judicial del Perú (2021). Estadísticas Jurisdiccionales 2021-1: Estadísticas de la Función Jurisdiccional a Nivel Nacional – Período: Enero – marzo 2021. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1e376680431e0a8199a4b91c629fb1f0/Estadisticas+2021IpdfmK1xgkAF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1e376680431e0a8199a4b91c629fb1f0>
- Poggi, O. E. R. (2016). Hábeas data y libertad de expresión: Casos de Perú, Venezuela, Argentina y México. Lima, Perú
- Ponce, M. (Coord.) y Rincón, O. (Coord.). (2020). Fakecracia. Editorial Biblos. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/130917>
- Prado Saldarriaga, V. (2017). Derecho penal. Parte especial: los delitos. Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú.
- Ramos Chávez, H. A. (2018). La era de la posverdad en la sociedad del riesgo. En La posverdad y las noticias falsas: El uso ético de la información. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 61-80. https://ru.iibi.unam.mx/jspui/bitstream/IIBI_UNAM/L151/2/posverdad_noticias_falsas_s.pdf

- Real Academia Española (2023). Definición de eximente. <https://dpej.rae.es/lema/eximente>
- Red Ama Llulla (6 de febrero de 2020). Versión de Olivares sobre normas de seguridad ciudadana es falsa. Ojo Público. <https://ojo-publico.com/1603/version-de-olivares-sobre-normas-de-seguridad-ciudadana-es-falsa>
- Red Ama Llulla (12 de marzo de 2021). Versión de Bustamante sobre que la vacuna produce Covid 19 es falsa. Ojo Público. <https://ojo-publico.com/2549/version-de-bustamante-sobre-que-la-vacuna-produce-covid-19-es-falsa>
- Redacción EC (25 de noviembre de 2021). Resolución del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa peruana en relación a Willax TV. El Comercio. <https://elcomercio.pe/desde-la-redaccion/resolucion-del-tribunal-de-etica-del-consejo-de-la-prensa-peruana-en-relacion-a-willax-tv-beto-ortiz-beto-a-saber-marco-sifuentes-la-encerrona-noticia/>
- Redacción EC (8 de febrero de 2023). Twitter Blue, la suscripción para verificar cuentas, no llega ni a los 300 mil usuarios activos en el mundo. El Comercio. <https://elcomercio.pe/tecnologia/redes-sociales/twitter-blue-la-suscripcion-para-verificar-cuentas-no-llega-ni-a-los-300-mil-usuarios-activos-en-el-mundo-elon-musk-apps-aplicaciones-espana-mexico-colombia-usa-noticia/>
- Redacción IP (2 agosto de 2022). Jaime Chincha se disculpa y rectifica públicamente: “Fujimori no llevaba droga en el avión” | VIDEO. Infórmate Perú. <https://informateperu.pe/politica/jaime-chincha-se-disculpa-y-rectifica-publicamente-fujimori-no-llevaba-droga-en-el-avion-video/>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010). Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.
- Robinson, L. (1940). Freedom of speech in the Roman republic (Doctoral dissertation, Johns Hopkins University).
- Robles Vargas, A.S. & St. Laurent del Castillo, J. R. (2021). El virus más letal: la necesidad de una adecuada regulación sobre las fake news en el Perú. Revista Themis, 79, pp. 87-109. ISSN 2410-9592

- Rosas Torrico, M. A. (2013). Sanciones Penales en el Sistema Jurídico Peruano. Revista Jurídica Virtual, 4, Año III, marzo 2013. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/7620EFA610E504C205257D270070381F/%24FILE/06ROSAS.pdf
- Rubio Gariza, R. (2020). Proyecto de Ley N° 6567/2020 – CR, Proyecto de Ley que modifica diversos artículos de la Ley Orgánica de Elecciones N° 26859, con la finalidad de prohibir la difusión de noticias falsas como propaganda electoral. Lima, Perú.
- Sánchez, A. C. (2017). La regulación del derecho a la libertad de expresión en internet: estándares interamericanos y el caso de Facebook. Vox Juris, 33(1), 14.
- Sanchez-Cuadrado, Sonia (coord.) y Cuevas Cerveró, Aurora (coord.) y Parra Valero, Pablo (coord.) y Montesi, Michela (coord.) (2021) Información y desinformación en tiempos de incertidumbre. Otros. Universidad Complutense. Departamento de Biblioteconomía y Documentación, Madrid.
- Schackmuth, A. (2018). Extremism, fake news and hate: effects of social media in the post-truth era.
- Senado de la República Federal de Brasil (2020). Proyecto de Ley 2.630/2020- Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet.
- Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú del Recurso de Nulidad N° 2085-2017/JUNÍN, 3 de julio de 2018. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/RECURSO%20DE%20NULIDAD%20N%C2%B02085-2017-JUN%C3%8DN_LALEY.pdf
- Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú del Recurso de Nulidad N° 3004-2021-Cajamarca, 13 de febrero de 2014. <https://lpderecho.pe/principio-minima-intervencion-derecho-penal-r-n-3004-2012-cajamarca/>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú del Exp. N° 0905-2001-AA-TC, 14 de agosto de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú del Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 17 de octubre de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú del Exp. N° 0012-2018-PI-TC y 0013-2018-PI-TC, 11 de octubre de 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú del Exp. N° 03041-2021-PHD/TC, 17 de junio de 2022. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03041-2021-HD.pdf>
- Sentencia del Séptimo Juzgado Penal Liquidador – Sede Progreso de Lima del Exp. N° 10191-2021-0-1801-JR-PE-07, 19 de enero de 2023. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Expediente-10191-2021-0-1801-JR-PE-07-LPDerecho.pdf>
- Simone, M. (2008). Mediated networks for deliberative democracy: Connecting enclave and shared spheres. In Conference Papers-National Communication Association (pp. 1-23).
- Soto Llerena, S. (2021). El delito de pánico financiero. LP pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/delito-panico-financiero/>
- Sui, Bingye (2022) Los rumores online durante la epidemia en China. [Trabajo Fin de Máster]
- Tamboleo García, Rubén (2021) Medios sociales o redes sociales: conceptualización y metodología para sociología en español. Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales, 8. pp. 354-369. ISSN 0719-4706.
- Tapia Figueroa, R. I. (2020). Las fake news: impacto social y nuevos desafíos para los servicios de información. Tesis para optar el título de Licenciada en Bibliotecología y Ciencias de la Información. Escuela Profesional de Bibliotecología y Ciencias de la Información, Facultad de Letras y Ciencias Humanas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Técuatl Quechol, M.G.M. (2018). La información: entre la verdad y la posverdad. En La posverdad y las noticias falsas: El uso ético de la información. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 29-57. https://ru.iibi.unam.mx/jspui/bitstream/IIBI_UNAM/L151/2/posverdad_noticias_falsas_s.pdf

- Tomás Folch, M., Feixas, M., & Marqués Graells, P. (1999). La universidad ante los retos que plantea la sociedad de la información. El papel de las TIC. In EDUTEC 99. IV Congreso de Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación para la educación. Nuevas tecnologías en la formación flexible y a distancia. (1999). Universidad de Sevilla. Secretariado de Recursos Audiovisuales y Nuevas Tecnologías.
- United States v. Alvarez (2012). Corte Suprema de Estado Unidos de América, United States v. Alvarez 567 U.S. 709. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/709/#tab-opinion-1970529>
- Usón Ramírez vs. Venezuela (2009). Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf
- Valderrama Macera, D. (2022). Los “animus” en el derecho penal. Bien explicado. LP – Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/animus-derecho-penal/#:~:text=4.6%20Animus%20jocandi%20o%20iocandi,quien%20act%C3%BAa%20con%20ese%20%C3%A1nimo.>
- Valiente Martínez, F. (2020). La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión. Dykinson. <https://elibro-net.ezproxy.ulima.edu.pe/es/lc/ulima/titulos/129612>
- Valle Odar, F.C. (2020). ‘Fake news’ en el contexto del covid-19. ¿Estamos ante un delito de grave perturbación de la tranquilidad pública? LP Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/fake-news-contexto-covid-19-delito-grave-perturbacion-tranquilidad-publica/>
- Villavicencio Terreros, F. (2017). Derecho Penal básico. Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú
- Watzlawick, P. (1979). ¿Es real la realidad?: confusión, desinformación, comunicación. Herder Editorial.

EXCEPCIONALIDAD DEL MARCO REGULATORIO PARA COMBATIR LA DESINFORMACIÓN MEDIANTE FAKE NEWS EN EL PERÚ: EL ESTÁNDAR CONSTITUCIONAL DEL INTERCAMBIO DE IDEAS FRENTE AL FENÓMENO DE LA CONVECTIVIDAD GLOBALIZ

INFORME DE ORIGINALIDAD

16%

INDICE DE SIMILITUD

15%

FUENTES DE INTERNET

10%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	documentop.com Fuente de Internet	2%
2	idoc.pub Fuente de Internet	2%
3	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
4	dolarmarket.net Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú Trabajo del estudiante	1%
6	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%

8	www.defensoria.gob.pe Fuente de Internet	1 %
9	archive.org Fuente de Internet	<1 %
10	eprints.ucm.es Fuente de Internet	<1 %
11	repositorio.ucsp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
12	memoriapoliticademexico.org Fuente de Internet	<1 %
13	ri.ujat.mx Fuente de Internet	<1 %
14	Juan José Climent Ferrer. "Educación en información comunicación: análisis y propuesta para capacitar el consumo responsable de la información", Universitat Politecnica de Valencia, 2022 Publicación	<1 %
15	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %
16	repositorio.usfq.edu.ec Fuente de Internet	<1 %
17	"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 32 (2016)", Brill, 2018	<1 %

18 www.catedradeluca.com.ar <1 %
Fuente de Internet

19 www.docstoc.com <1 %
Fuente de Internet

20 pt.scribd.com <1 %
Fuente de Internet

21 Trujillo Arrieta Ariadna. "Exegesis del pacto internacional de derechos civiles y politicos", TESIUNAM, 1994 <1 %
Publicación

22 www.ift.org.mx <1 %
Fuente de Internet

23 dialnet.unirioja.es <1 %
Fuente de Internet

24 www.pj.gob.pe <1 %
Fuente de Internet

25 Víctor Abramovich. "El límite democrático de las expresiones de odio", Teseo, 2021 <1 %
Publicación

26 img.lpderecho.pe <1 %
Fuente de Internet

27 cybertesis.unmsm.edu.pe <1 %
Fuente de Internet

28

Fuente de Internet

<1 %

29

Submitted to Universidad San Francisco de Quito

Trabajo del estudiante

<1 %

30

www.refworld.org.es

Fuente de Internet

<1 %

31

www.estudiosconstitucionales.com

Fuente de Internet

<1 %

32

repositorio.comillas.edu

Fuente de Internet

<1 %

33

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 14 (1998)", Brill, 2001

Publicación

<1 %

34

repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080

Fuente de Internet

<1 %

35

Rojas Ibarra Juan Carlos. "La ley de imprenta, un ordenamiento obsoleto", TESIUNAM, 2003

Publicación

<1 %

36

pirhua.udep.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

37

docplayer.es

Fuente de Internet

<1 %

38

tesis.pucp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

39

www.icedaabogadosyasesores.com

Fuente de Internet

<1 %

40

Vega Pozos Mara Thelma. "La libertad de expresion y los medios de comunicacion vs la responsabilidad penal en el sistema juridico mexicano", TESIUNAM, 2004

Publicación

<1 %

41

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 24 (2008)", Brill, 2012

Publicación

<1 %

42

Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional. "Revista completa", Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2021

Publicación

<1 %

43

www.europarl.europa.eu

Fuente de Internet

<1 %

44

Hernandez López Octavio Alberto. "Los derechos humanos de los procesados y sentenciados", TESIUNAM, 1995

Publicación

<1 %

45

www.justiciaviva.org.pe

Fuente de Internet

<1 %

46 García Murillo José Guillermo. "Consideraciones jurídicas para reglamentar el derecho a la información en México", TESIUNAM, 2002
Publicación <1 %

47 www.perio.unlp.edu.ar
Fuente de Internet <1 %

48 Submitted to University of the Andes
Trabajo del estudiante <1 %

49 repositorio.unasam.edu.pe
Fuente de Internet <1 %

50 Rosales Quezada Juan Fernando. "Amparo en contra de resoluciones dictadas dentro del proceso penal por el órgano jurisdiccional", TESIUNAM, 2004
Publicación <1 %

51 Submitted to Universidad Dr. José Matías Delgado
Trabajo del estudiante <1 %

52 www.derecho.usmp.edu.pe
Fuente de Internet <1 %

53 "Análisis de las concepciones de prácticas evaluativas que poseen los docentes de 4° medio para acreditar el desarrollo de objetivos de aprendizaje genéricos en sus estudiantes : estudio de caso realizado en un

liceo politécnico de la comuna de La Cisterna", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2020

Publicación

54

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 1 (1985)", Brill, 1987

Publicación

<1 %

55

Emilia Soledad Bonilla Manotoa, María Victoria Vergara Caicedo, Camila Santamaría Viteri. "La honra versus la libertad de expresión en redes sociales", USFQ Law Review, 2020

Publicación

<1 %

56

Rosendo Gonzalez Gabriela. "El derecho a la información como garantía individual", TESIUNAM, 2001

Publicación

<1 %

57

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME I)", Brill, 2022

Publicación

<1 %

58

Luis Raúl González Pérez. "APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE

<1 %

EXPRESIÓN", Revista de la Facultad de Derecho de México, 2017

Publicación

59

Submitted to Universidad Privada Antenor
Orrego

Trabajo del estudiante

<1 %

60

www.ucab.edu.ve

Fuente de Internet

<1 %

61

Submitted to BENEMERITA UNIVERSIDAD
AUTONOMA DE PUEBLA BIBLIOTECA

Trabajo del estudiante

<1 %

62

Submitted to Infile

Trabajo del estudiante

<1 %

63

Miguel Ángel Presno Linera. "La libertad de
expresión según el Tribunal Europeo de
Derechos Humanos", Revista de la Facultad
de Derecho de México, 2020

Publicación

<1 %

64

recursosbiblio.url.edu.gt

Fuente de Internet

<1 %

65

Aveleyra Ortiz M. Antonio M.. "El regimen
juridico de los fenomenos informaticos :
proposiciones para la legislacion mexicana
concernientes a la regulacion juridica de las
tecnologias del procesamiento de
informacion y de los medios de

<1 %

comunicacion, bases para un derecho informatico mexicano.", TESIUNAM, 1990

Publicación

66

Cornejo Zavaleta Sandra Marlene. "La funcion administrativa del estado mexicano en la transparencia gubernamental", TESIUNAM, 2004

Publicación

<1 %

67

Rabadan Espinosa de los Monteros Arturo. "La libertad de expresion e informacion y los derechos humanos", TESIUNAM, 1994

Publicación

<1 %

68

Renteria Hernandez Sasha Vanessa. "Necesidad de calificar como graves los delitos ambientales federales", TESIUNAM, 2004

Publicación

<1 %

69

Submitted to Universidad del Rosario

Trabajo del estudiante

<1 %

70

centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa

Fuente de Internet

<1 %

71

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME III)", Brill, 2022

Publicación

<1 %

72

"Reconocimiento del Ius Cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno.", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013

Publicación

<1 %

73

Angeles Enriquez Ruben. "Estudio juridico-dogmatico sobre la comunicacion social en Mexico", TESIUNAM, 1987

Publicación

<1 %

74

Estela Morales Campos. "La infodiversidad y el uso ético del conocimiento individual y colectivo", Universidad Nacional Autónoma de México, 2017

Publicación

<1 %

75

Fernando Henrique de Oliveira Biolcati. "Internet, \"fake news\" e responsabilidade civil", Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA), 2021

Publicación

<1 %

76

Margarita Roig Torres. "El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional", Estudios Penales y Criminológicos, 2021

Publicación

<1 %

77

Ramirez Reyes Marisol. "La pena de muerte ante los medios de comunicacion : una

<1 %

aproximacion desde los derechos humanos",
TESIUNAM, 2003

Publicación

78

Sanchez Molina José Omar. "Derecho fundamental a la informacion", TESIUNAM, 2002

Publicación

<1 %

79

Submitted to Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Trabajo del estudiante

<1 %

80

Submitted to consultoriadeserviciosformativos

Trabajo del estudiante

<1 %

81

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 26 (2010)", Brill, 2014

Publicación

<1 %

82

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 31 (2015)", Brill, 2017

Publicación

<1 %

83

Huerta Mondragon Julio Cesar. "Habeas data para Mexico", TESIUNAM, 2003

Publicación

<1 %

84

Moisés Israel Flores Pacheco. "Delitos restrictivos de la libertad de expresión y su inconstitucionalidad. Análisis de tres casos

<1 %

resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", Estudios en Derecho a la Información, 2020

Publicación

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 7 words

Excluir bibliografía

Activo