

*“En los medios de comunicación, (...) vemos las más variadas ocurrencias de violación a la intimidad en su forma agravada, sobre especial y específicamente en situaciones en las que toman información disponible en esferas públicas y las exponen con información de carácter íntimo (...), el agente puede considerar esta información como de “interés público”, sin serlo realmente”*

## Nuevas tecnologías y nueva privacidad en el Código Penal peruano

126

Cynthia Téllez Gutiérrez\*

“Si es gratis, es porque Ud. es el producto”, es una frase que cada vez cobra más sentido teniendo en cuenta la valoración de la información personal en la ingeniería social, espionaje (su uso en el comercio electrónico) y otros tipos de comercios tradicionales que han llevado al fortalecimiento de nuevos mecanismos no legales para la obtención de información personal de las personas, acciones que el Derecho Penal peruano ha ido regulando e incluso incluyendo en las actividades automatizadas.

El Código Penal peruano en su exposición de motivos expone la inclusión de diversos delitos contra la libertad individual, entre ellos los delitos de violación de la intimidad. La justificación de la inclusión de la intimidad como bien jurídico a proteger es el reconocimiento de carácter universal de este derecho desde que la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) afirma que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra ni a su reputación”.

Estas injerencias que se mencionan en la DUDH se dan tanto por interferencia de la información que se encuentra en manejo de algunos sujetos a términos de confidencialidad (por ejemplo: la lista de abonados de una operadora de telecomunicaciones), como de aquella que la misma persona expone pero no para conocimiento ni comercialización a todo el público o para algún público segmentado. Por su parte, Martínez de Pisón de Cavero manifiesta que todo intento por delimitar el significado de intimidad cuenta con una dificultad previa: “no existe un acuerdo generalizado sobre el término concreto a utilizar ni en la vida cotidiana ni entre los que estudian la cuestión”<sup>1</sup>.

---

\* Jefa de la División de Protección de Datos Personales y Acceso a la Información en Iriarte & Asociados. Master en Sécurité Juridique et Sécurité Informatique dans les sociétés numérisées en la Universidad Lille 2 Francia. Colaboradora del Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos, docente universitaria en los cursos de Derecho Informático e Informática Jurídica, Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue Encargada del Área de Investigaciones y Publicaciones del portal del Monitor de Privacidad y Acceso a la Información Pública en América Latina y el Caribe (proyecto financiado por la UNESCO).

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 28.

El derecho a la intimidad, como una escala más profunda de la privacidad, comprende todo dato, hecho o actividad personal desconocidos por otros, cuyo conocimiento por éstos puede afectar moral o psíquicamente a una persona, adquiriendo, consecuentemente, desde ese punto de vista carácter “absoluto”, a diferencia de la privacidad que muchas veces es “relativa”. Contrariamente a lo que puede creerse -“la muerte pone fin a la persona”<sup>2</sup>-, este derecho no se pierde aun después de muerto, pues los herederos del causante pueden hacerlo valer en caso sea vulnerado<sup>3</sup>.

En resumen, a opinión de García Falconí<sup>4</sup>, este derecho garantiza la protección del respeto a la honra de la persona y a la de su familia; y es protegido porque es un derecho que tiene toda persona humana a que sea respetada su vida privada y/o familiar, y a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona de su vida privada.

En ese sentido, resulta correcto afirmar por acuerdo de doctrina mayoritaria y reiterada jurisprudencia que la privacidad es más amplia que la intimidad. Esto debido a que la intimidad protege el ámbito donde se desarrollan las facetas más reservadas de la vida de la persona, como el domicilio, las comunicaciones, etc. En cambio, la privacidad abarca un conjunto más amplio y más completo de los aspectos de la personalidad que la persona tiene derecho a mantener en reserva<sup>5</sup>.

Las áreas entendidas como parte de la intimidad no solo han ido cambiando por el orden social o ético, sino también por las nuevas circunstancias de ataque y de vulneraciones a este derecho, las cuales son incluso desconocidas tanto por las mismas personas afectadas como por los “atacantes”.

La evolución de la intimidad ha ido profundamente ligada a los avances técnicos y científicos. Así, vemos cómo los riesgos de control de protección de la intimidad han aumentado con las nuevas formas de gestión

y manipulación de información que se puede obtener a través de la biomedicina, genética, ingeniería social<sup>6</sup>, telecomunicaciones, entre otros.

Es bajo estos nuevos riesgos que el Estado peruano ha emitido nuevas legislaciones (caracterizadas por recientes modificaciones), las cuales vamos a exponer a fin de identificar los nuevos ámbitos de protección en las gestiones automatizadas de información y brindar las recomendaciones necesarias para evitar contingencias legales en el mercado de administración de información personal que cada vez es mayor y variado en nuestro país, no solo por parte de call centers, bancos, servicios de mailing, BPO, centros médicos, aplicaciones móviles, redes sociales, entre otros.

Los artículos 154<sup>9</sup> al 158<sup>9</sup> del Código Penal regulan el delito de “violación de la intimidad”, incluyendo ámbitos de otros derechos que son considerados en su sentido más lato como el derecho al secreto de las telecomunicaciones, el derecho al honor y el derecho a la imagen, cuando en estos se comprometan información íntima de la persona.

### *I. Intimidad personal y familiar*

El artículo 154<sup>97</sup> del Código Penal sanciona la transgresión a la violación de la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios. Además, se establece una mayor penalidad en el caso que el agente que comete el delito revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. El uso de un algún medio de comunicación social, por último, se considera como una agravante mayor en este delito.

Este ámbito de intimidad es similar a aquel concebido por el derecho italiano, en el cual se le entiende como el derecho a la *riservatezza*. Rescigno lo enuncia como la pretensión del individuo de ver impedida la curiosidad

<sup>2</sup> CÓDIGO CIVIL. Lima, 1984 Artículo 61.

<sup>3</sup> CALDERÓN NAVARRO, Nelly y ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. “¿Las dos caras de jano?: La publicidad registral y el derecho a la intimidad”, en XIII Congreso Internacional de Derecho Registral, marzo, Uruguay, 2001.

<sup>4</sup> GARCÍA FALCONI, José C. “Derechos Constitucionales a la intimidad, privacidad y la imagen”, en *Revista Judicial*. Disponible en Internet: <http://www.derechoecuador.com>

<sup>5</sup> TÉLLEZ GUTIERREZ, Cynthia. “El derecho a la autodeterminación informativa en los ficheros públicos peruanos. Hacia una propuesta de aplicación para lineamientos de uniformización del contenido de portales de los ficheros públicos peruanos” (Tesis), UNMSM, 2009, p. 19.

<sup>6</sup> Es una disciplina que consiste en obtener información de otra persona sin que ésta se dé cuenta de lo que está revelando (“información sensible”). Definición disponible en: <http://seguridadinformatica-electivap3.wikispaces.com/DEFINICION+INGENIERIA+SOCIAL>

<sup>7</sup> “Artículo 154.- El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.”

de otros, prohibiéndose la indiscreción y la publicidad no querida, el conocimiento y la divulgación de las vicisitudes personales y familiares<sup>8</sup>.

Por otro lado, este derecho goza de protección constitucional puesto que se señala expresamente en el artículo 2º, inciso 6 de la Carta Magna que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no deben suministrar informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar, protección que será de mayor desarrollo en el artículo 154-A del Código Penal.

Ahora bien, actualmente se puede notar que existe una mayor disposición de datos que el Estado, la sociedad o la persona misma pone a disposición de otros, ya sea mediante un acceso controlado, usos controlados o de libre disposición para cualquier tercero. Sin embargo, entender la limitación de usos y disposición de la información puede ser confusa, más aun si el agente no es capaz de delimitar si la información de una persona pertenece o no a su ámbito público, privado o íntimo, confusión que se agrava cuando la gestión de la información se realiza de manera automatizada dada su característica de permitir una mejor difusión y reproducción de dicha información.

Cuando los medios informan sobre lo íntimo -o para ser exactos, creen y creemos que lo hacen- no sólo impiden que la persona elija al destinatario de esa comunicación, esto es, no sólo violan su libertad, sino que también “violan” a la persona misma en su dignidad. Dejan de decir “él es” con la voz propia y comienzan a decir “yo soy”, imitando la voz de otro. Lo primero puede ser peligroso. Lo segundo resulta injusto, no sólo con aquel que presuntamente está detrás de ese “yo”, sino también con el público que no advierte que se ha producido una imitación, que ese “yo” es aparente<sup>9</sup>.

Las acciones que forman parte de los hechos materiales para la configuración del delito mencionadas en el artículo 154º del Código Penal son lo suficientemente amplias como para cubrir aquellas actividades que nos permiten realizar actualmente las tecnologías de la información y comunicación y que vulneran la intimidad. A modo de ejemplo podemos mencionar las intromisio-

nes a través de cámaras que registran imágenes estáticas o móviles incluso con sonido, cámaras infrarrojas, micrófonos, Sistemas de Posicionamiento Global (GPS), programas de control a distancia en computadores y otros medios que permiten vigilar incluso clandestinamente a las personas y que algunos los han utilizado para afectar la esfera íntima, personal y familiar de otros.

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

Como ejemplo de esta afirmación se puede mencionar la noticia que versaba acerca del no reconocimiento a una hija extramatrimonial por parte de un congresista que estaba presidiendo una comisión investigadora en el Congreso. La madre de la hija en mención había solicitado que no se exponga ni su identidad ni la de su hija menor de edad. No obstante, un medio de prensa escrita, haciéndose valer de un “interés público” que suponía conocer el aspecto íntimo del congresista, usó el registro de RENIEC, bajo el precepto que es un registro también de carácter público, para exponer la identidad e imagen de la madre. Luego de ello, la madre envió una comunicación a todos los demás medios de comunicación, en especial a los programas de noticias, reafirmando su no autorización para que se identifique ni a ella ni a su hija, dado que estaban vulnerando la intimidad y de su familia. Comunicación que estaba en todo su derecho y que finalmente fue respetado por la prensa.

Si bien el hecho que suscitó la controversia (el tema de la posible filiación extramatrimonial del congresista) ya era de conocimiento público, ello no implicaba necesariamente que se podía identificar a todos los intervinientes, dado que al realizar esta medida se produjo la vulneración de la intimidad de estas personas al dar

<sup>8</sup> TÉLLEZ GUTIÉRREZ, Cynthia. Op. Cit., p. 19.

<sup>9</sup> Versión escrita de los comentarios formulados por Eliana Rozas O. y Jorge Molina V., según orden de las intervenciones, a la exposición de José María Desantes en seminario realizado el 28 de agosto de 1991 en el Centro de Estudios Públicos. Asimismo, se reproduce la respuesta de José María Desantes a los comentarios de los panelistas.

una identificación plena y exponer sin autorización la intimidad de una persona. En pocas palabras, si bien se trataba de un hecho polémico, este no era de interés público puesto que no se afectaba a la sociedad con ocultar las identidades de la madre y de la hija, por lo cual se debe entender que las injerencias en la vida íntima de estas personas debieron ser corregidas o sancionadas.

## II. Comercialización no autorizada de la información personal

La reciente Ley N° 30171<sup>10</sup>, Ley que modifica la Ley N° 30096, Ley de delitos informáticos, incorpora en el Código Penal el artículo 154-A<sup>11</sup> (tráfico ilegal de datos personales), en el cual se presenta una reformulación del delito de “traficar” con información de las personas. La creación de este delito como un nuevo “delito informático” en la legislación penal, fue posteriormente derogado y trasladado como un delito en la Ley N° 30096, Ley de delitos informáticos. Sin embargo, en la última modificación de esta norma se deroga el artículo de dicha ley para retornarlo al Código Penal, para esta vez como un delito de violación a la intimidad, conservando su misma nominación.

Por otro lado, las acciones a penalizar han sido reducidas a la comercialización y venta de información personal (ya no de banco de datos) de manera ilegítima, por lo que ya no solo se castigará la conducta si es ilegal, sino también si es considerada ilegítima.

Los ámbitos de información de una persona natural que son protegidos por este tipo penal son aquellos que están en “cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga”; sin embargo, entendemos que los datos personales que son parte de este ámbito pueden estar tanto en la esfera de lo privado como de lo íntimo, teniendo en cuenta como se mencionó anteriormente que la esfera privada es más amplia que la esfera íntima.

Adicionalmente, en este tipo penal se deben tener en cuenta las disposiciones establecidas para la protección de datos personales, en especial las que se en-

cuentran en Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, la cual define a los datos personales de la siguiente manera:

*Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.*

Así mismo, su norma reglamentaria complementa el tipo de representación de la información pudiendo ser

*aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados.*

Respecto a la información patrimonial y financiera, ambas estarán siempre dentro del ámbito del “dato sensible”, que es entendido como aquel tipo de dato personal que por su naturaleza íntima merece una protección especial entre los datos personales.

Ahora bien, las formas de tratamiento o actividad en los datos personales o sensibles deben estar previamente autorizadas por la persona que es titular de esta información, salvo que exista normativa que disponga lo contrario. La forma de autorizar este consentimiento del tratamiento va a variar dependiendo del caso concreto e incluso va a ser más exigente si estamos ante un dato sensible. Por ende, cuando se verifique la configuración del tipo penal del 154-A se deberá tener en cuenta si la forma de consentimiento es el adecuado para el dato que es objeto de protección, por ejemplo, los datos sensibles son autorizados para su tratamiento solo mediante firma manuscrita o firma digital (u otro mecanismo análogo), por lo cual si se comercializan este tipo de datos teniendo en cuenta una autorización implícita, dicha opción no es aceptada por la legislación peruana. En estos casos estaremos ante una comercialización ilegítima, por lo que además de la posible sanción administrativa que se pueda establecer, se habrá configurado un delito penal.

<sup>10</sup> Publicada el 10 de marzo de 2014, en el Diario Oficial El Peruano.

<sup>11</sup> Artículo 154-A. Tráfico ilegal de datos personales

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

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

Finalmente, la exposición de motivos del Proyecto de Ley que planteó la primera tipificación de este delito justifica la regulación debido a la facilidad de la comercialización indebida de información a precios asequibles, bases empleadas para la sistematización de datos por sectores de la industria o el comercio, además de las ventas que se realizan en ciertas zonas comerciales. Así, podemos encontrar en internet (correos electrónicos especialmente) propuestas de personas ofreciendo bancos de datos personales de abonados de empresas operadoras de telecomunicaciones afiliadas a Essalud, registros de RENIEC, entre otros.

El artículo 155<sup>o</sup> del Código Penal establece la agravante por razón de la función a los artículos 154<sup>o</sup> y 154-A, delimitando al agente en caso este sea “funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo”, al cual además se le aplicará inhabilitación conforme al artículo 36<sup>o</sup> incisos 1, 2 y 4.

### III. Revelación por conocimiento autorizado

El artículo 156<sup>o</sup><sup>12</sup> del Código Penal establece que quien revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año. De lo señalado, podríamos inicialmente entender esta relación como un trato directo y presencial entre el agente y el agraviado, como por ejemplo en las confidencias que pueda establecerse entre el abogado, el investigador y su cliente, o el patrón y su empleado.

Sin embargo, ¿podríamos entender también esta relación como una de prestaciones contractuales de servicios en línea? Por ejemplo, en el caso de algunas páginas web en las cuales se ofrecen servicios de presentación de candidatos a una relación amorosa (las agencias matrimoniales), en las cuales podemos brindar información íntima, o también en aquellas páginas web o aplicaciones móviles que ofrecen buzones o canales de comunicación privada entre sus clientes, y para verificar que se están cumpliendo los términos y condiciones revisan los mensajes sin previo aviso o consentimiento de las personas que son parte de la comunicación, en-

trando así en conocimiento de información de la vida íntima de la personal y poniéndolo a disposición de terceros, incluso a la autoridad judicial por un indicio de la comisión de un delito penal.

### IV. Los archivos computarizados

El artículo 157<sup>o</sup><sup>13</sup> del Código Penal establece el delito penal de “uso indebido de los archivos computarizados”, reprochando a quien organiza, proporciona o emplea de manera indebida cualquier archivo que contenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas. La sanción para este delito se agrava si el agente es funcionario o servidor público y comete el delito en ejercicio del cargo.

A diferencia del artículo 154-A, toda la información bajo protección es la que podríamos considerar como dato personal sensible: no se castigan las actividades de comercialización, sino aquellas que se encargan de facilitar la transferencia de data organizada a un archivo computarizado.

A modo de ejemplo, si los expedientes médicos de pacientes de un centro hospitalario fuesen fotocopiados y puestos a disposición de una compañía aseguradora de salud, no se podría aplicar el presente artículo dado que los expedientes constan en formatos de papel. Lo contradictorio es que a pesar que la data objeto de protección es de mayor sensibilidad que la comprendida en el artículo 154-A, la pena es menor en el artículo 157<sup>o</sup> mencionado anteriormente.

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

*(...) Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical, e información relacionada a la salud o a la vida sexual.*

<sup>12</sup> Artículo 156.- El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.

<sup>13</sup> Artículo 157.- El que, indebidamente, organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Por su parte, el reglamento de dicha ley en su artículo 2º, inciso 6 desarrolla la definición y la define como:

*(...) aquella información relativa a datos personales referidos a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad.*


Por tanto, si cualquier tipo de información expuesta en el párrafo anterior es facilitada sin el previo consentimiento del titular no respetando las formas y condiciones expuestas en la Ley de protección de datos personales y su normativa complementaria, incluso las que establecen las medidas de seguridad y confidencialidad, estaríamos hablando de un delito en contra de la privacidad. Cabe mencionar la acción de creación de banco de datos personales que contengan datos sensibles: su creación solo se puede justificar si su finalidad, además de ser legítima, es concreta y acorde con las actividades o fines explícitos del titular del banco de datos personales.

### V. ¿Quién puede accionar?

Los delitos por violación a la intimidad son perseguibles mediante acción privada, pero esta regla no es de aplicación para el tipo penal reconocido en el artículo 154-A, dado que se ha realizado la excepción prevista en el artículo 158<sup>14</sup> del Código Penal. Solo en caso del artículo 154-A, el delito seguirá siendo perseguible no solo por acción privada -en este caso de las personas cuya información personal sea objeto de tráfico ilícito-

sino también por el titular del banco de datos, e incluso de oficio.

### VI. Recomendaciones

1. Toda intromisión a la vida íntima debe ser con el previo consentimiento de la persona o siguiendo las condiciones legales establecidas para ella.
2. En caso de llevar mecanismos de espionaje o control de comunicaciones en telecomunicaciones, se debe notificar previamente el hecho y obtener el consentimiento debido, en caso de servicios online, una opción puede ser en los términos y condiciones legales del sitio.
3. Los administradores y responsables legales deben tener en cuenta que el tráfico de datos personales también puede ser denunciado por ellos y no solo por las personas cuya información es comercializada. Así mismo, estas personas deben observar los principios y reglas establecidas para la comercialización de datos personales.
4. En caso del artículo 157º, la determinación de la información objeto de protección debe ser entendida con la data establecida como sensible en la Ley de protección de datos personales y su norma reglamentaria. Además, la creación (incluyendo la organización) de bancos de datos automatizados debe ser debidamente justificada, lo cual incluye una obligación aplicable también para las entidades públicas cuando creen registros, ya sean de acceso público (Registro de Deudores Alimentarios Morosos-REDAM) o de acceso restringido (Registro Nacional de Condenas). 

<sup>14</sup> Artículo 158°. Ejercicio de la acción penal. Los delitos previstos en este Capítulo son perseguibles por acción privada, salvo en el caso del delito previsto en el artículo 154-A.

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