

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS *FAKE NEWS* EN EL PERÚ

GABRIEL DAVID CASTILLO LOZADA*

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 31 de julio del 2023 / Aceptado: 19 de agosto del 2023

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n057.5962>

RESUMEN. En el presente artículo, el autor analiza el carácter constitucional de la legislación aplicable al fenómeno de las *fake news* en el Perú. Asimismo, revisa los avances legislativos en el derecho comparado con el fin de contrastarlos a la luz de las disposiciones de los tratados internacionales y revelar sus excesos frente al derecho a la libertad de expresión. Además, critica el rol asumido por las redes sociales frente a las *fake news*, así como las numerosas colisiones con el derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales motivadas por la adopción de políticas comunitarias en estas redes. A partir de los puntos mencionados, el autor defiende en su conclusión la constitucionalidad de la regulación de las *fake news*, en tanto estas constituyen un ejercicio anómalo de la libertad de expresión. Adicionalmente, el autor precisa la técnica legislativa que considera más idónea para evaluar y delimitar los conceptos y presupuestos normativos aplicables al caso bajo estudio, evitando los excesos de la legislación comparada. En el mismo sentido, evidencia las deficiencias del *soft law*, derivado de la autorregulación de los medios de comunicación, y propone la aplicación de otros medios idóneos para combatir la desinformación en el Perú.

PALABRAS CLAVE: *fake news* / libertad de expresión / redes sociales / derecho a la información / ciberespacio

* Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Perú). Contacto: 20160308@gmail.com.

CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE LEGISLATION APPLICABLE TO FAKE NEWS IN PERU

ABSTRACT. In the present article, the author analyzes the constitutional character of a regulatory framework against fake news 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. In addition, it criticizes the role assumed by social networks in the face of fake news, as well as the numerous collisions with the right to freedom of speech and other fundamental rights, due to the adoption of community policies on social networks. Based on the points mentioned, the author concludes by affirming the constitutionality of the regulation of fake news, insofar as they are considered an anomalous exercise of freedom of speech. Additionally, the author specifies the legislative technique, which he considers the most suitable for evaluating and delimiting the concepts and normative assumptions applicable to the case under study, avoiding the excesses of comparative legislation. In the same 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.

KEYWORDS: fake news / freedom of speech / social networks / right to information / cyberspace

1. INTRODUCCIÓN

Gracias al descubrimiento del ciberespacio y a la implementación de plataformas digitales se ha incrementado el alcance de las opiniones y las declaraciones. Ello ha permitido una comunicación globalizada e instantánea y ha ampliado los márgenes de actuación del derecho a la libertad de expresión; con mayor accesibilidad a diversas fuentes de información. Paradójicamente, ello ha incrementado también la difusión de *fake news*, lo que ha creado escenarios de conflicto debido a una grave tergiversación de la realidad, quebrando la relación de confianza entre individuos e instituciones claves para el correcto funcionamiento del Estado (Castillo Lozada, 2021a, p. 14).

La desinformación no es un fenómeno de la globalización o del siglo XXI, sino que es una práctica conocida desde los inicios de la civilización y asociada a fines políticos —como en la antigua Roma o en el caso del emperador Nerón— (Castillo Lozada, 2021a, p. 4). A pesar de ello, la era tecnológica ha masificado a gran escala su distribución, lo cual justifica su mayor popularidad en los actuales debates de la agenda política y jurídica. Se manifiesta particularmente en la deformación o en la negación de hechos históricos por parte de diversos grupos extremistas, o en la creación de situaciones irreales para generar una perspectiva distinta en los grupos sociales mayoritarios.

En el ámbito internacional, las *fake news* han propiciado la aparición de grupos extremistas como los supremacistas blancos o los neonazis, así como la tergiversación de las medidas adoptadas por organismos internacionales respecto al cambio climático o a la salud. Ello ha llevado al quebrantamiento de la confianza entre Estados vecinos y al cuestionamiento de la permanencia de una comunidad de naciones como la Unión Europea. En respuesta a esta problemática, el sistema jurídico europeo ha realizado una serie de medidas cuestionables para limitar el derecho a la libertad de expresión en el ciberespacio. Empero, estas han recibido críticas y las principales residen en poder establecer vías menos lesivas al derecho a la libertad de expresión que se puedan aplicar de manera conjunta con plataformas digitales de toda índole.

En el ámbito peruano, las *fake news* han adquirido protagonismo a partir de las últimas elecciones presidenciales y congresales del año 2021 y, especialmente, durante la pandemia del COVID-19. En el contexto de esta última encontramos el caso del presentador de televisión Beto Ortiz y el canal Willax TV, quienes realizaron una serie de informes periodísticos respecto a las vacunas del laboratorio Sinopharm contra el COVID-19 adquiridas por el Estado peruano.

La finalidad inicial de estos informes era cuestionar las decisiones del Gobierno de turno, pero derivó en la tergiversación de las conclusiones del informe preliminar realizado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia respecto a la eficacia de estas vacunas y en interpretaciones erróneas sobre ensayos no concluidos. De esta manera,

diversos partidos políticos y sectores civiles reclamaron la imposición de sanciones contra esta conducta supuestamente desinformativa y que atenta contra la salud pública, llegando al punto de calificarla como una conducta delictiva.

Situaciones similares se han evidenciado en las redes sociales, donde la desinformación respecto al COVID-19 y otras enfermedades endémicas presenta mayor concentración, a la par que las autoridades de salud y los gobiernos han tenido que intervenir en estos espacios virtuales para comunicar medidas preventivas y de distanciamiento social ante la asimetría informativa mencionada (Hartley & Vu, 2020, p. 738).

Actualmente, la ciudadanía considera responsable de la creación de bulos a los medios de comunicación tradicionales y a las redes sociales, conforme a la encuesta de Ipsos Global Advisor (Castillo Lozada, 2021a, p. 3). Por consiguiente, la autorregulación de los agentes comunicativos para supervisar y fiscalizar su propia actuación, frente a la opinión pública, carece de efectos positivos. Ello denota una grave preocupación por el incumplimiento del deber intrínseco de informar por parte de la profesión comunicativa; consecuentemente, se cuestiona si la actual normativa aplicable o los dispositivos estatutarios están actualizados para hacer frente a los nuevos fenómenos de la globalización y la tecnología. De no ser así, ello debería llevar a una necesaria revisión de la normativa y al planteamiento de ciertas soluciones, como modificaciones sustanciales u otras disposiciones jurídicas complementarias para resolver dichas implicancias.

Es evidente que estos hechos jurídicos denotan la necesidad de evaluar la relevancia jurídica de las actuaciones cuestionables de los medios de comunicación y los riesgos potenciales de un posible ejercicio abusivo del derecho. No obstante, se plantea lo siguiente: ¿Sería constitucional sancionar la desinformación mediante *fake news* o ello implicaría un daño irreparable a la libertad de expresión? ¿Qué medidas de vanguardia legislativa han adoptado otros Estados, fuera del Perú, para regular las *fake news*? ¿Resulta eficiente la actual normativa peruana para atender esta problemática o requiere ampliar sus horizontes a los fenómenos del ciberespacio?

En el presente artículo se abordarán dichas cuestiones con el fin de realizar un análisis de constitucionalidad respecto a un marco regulatorio sobre *fake news* que establezca un límite al derecho a la libertad de expresión. También se referirá a avances legislativos en otros Estados respecto a la materia, con el fin de observar las dificultades para su regulación. Por último, frente al fenómeno de la *fake news*, este artículo buscará observar el rol asumido por las redes sociales en cooperación con los Estados y analizar si ello ha derivado en escenarios de censura indefinida o de prohibición de la difusión a los cibernautas.

2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS *FAKE NEWS* EN EL PERÚ

En principio, las *fake news* son 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) para cumplir, en principio, con fines políticos y económicos. Asimismo, Aníbal Quiroga señala que las *fake news* son el resultado del ejercicio anómalo del derecho a la libertad de expresión mediante las redes sociales, generalmente, con la finalidad de provocar zozobra en la sociedad (Castillo Lozada, 2021c).

El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental de la persona —según el artículo 2 de la sección 4 de la Constitución Política del Perú (Congreso Constituyente Democrático, 1993)— y se impide absolutamente que cualquier poder del Estado, o particular, censure o prohíba la difusión de opiniones o información (Abad Yupanqui, 2005, pp. 108-109). Sin embargo, esto no implica la ausencia de deberes y obligaciones derivados de su ejercicio, especialmente si su campo de actuación puede afectar otros derechos fundamentales reconocidos o a bienes jurídicos protegidos por el Estado peruano.

El Tribunal Constitucional confirma lo anteriormente explicado, por cuanto es necesario un margen de optimización para limitar su ejercicio sin que ello implique la afectación a su contenido esencial al punto de su supresión, en tanto es una garantía institucional del sistema democrático constitucional (Tribunal Constitucional del Perú, 2002).

Como bien señala Guerrero (2010), el legislador está en la facultad de plantear restricciones sobre el contenido del discurso, como en el delito de apología al terrorismo, o restricciones de carácter neutro, en razón a los medios empleados para la difusión del mensaje por el tiempo, lugar o modo establecido, a fin de garantizar otro derecho o bien constitucional (p. 325).

En adición a ello, el aspecto negativo del derecho a la libertad de expresión solo permite la limitación posterior tras la consumación del ejercicio de ese derecho, sin que sea posible interferir previamente a dicho ejercicio (Alvarado Carnero & Diaz Ramos, 2020, p. 21). Por esta razón, la Constitución le reconoce al Estado peruano la facultad de sancionar los ejercicios anómalos de la libertad expresión, siempre que ello no implique un daño irreparable y que elimine del sistema jurídico el ejercicio de este derecho constitucional.

Ahora bien, para la intervención del Estado en esta materia se requiere señalar y justificar cuál o cuáles serían los derechos o bienes jurídicos a preservar por el ejercicio anómalo de la libertad de expresión mediante *fake news*. Así, se puede señalar que un marco regulatorio sobre las *fake news* tendría como propósito preservar y garantizar el

derecho a la información, principalmente, debido a que es un derecho colectivo para el proceso de formación de la opinión pública y si no presenta una adecuada protección, el sistema democrático claudicaría (Tribunal Constitucional del Perú, 2018).

Entonces, la protección de la verdad informativa no solo puede ser exigida a los funcionarios públicos en razón de imperativos constitucionales y principios de la administración pública. Dicha protección también obliga a los personajes públicos o a los medios de difusión masiva a filtrar la información obtenida y a garantizar la veracidad del contenido, debido a las consecuencias nefastas que la tergiversación de la realidad tiene en las democracias modernas y en el resurgimiento de posiciones políticas extremistas (Schackmuth, 2018, p. 69).

En consecuencia, resulta constitucional un marco sancionador para quienes crean, distribuyan o promocionen información falsa a través de *fake news*, siempre que esto no configure un mecanismo de censura previa o de prohibición de la difusión y que se enmarque en responsabilidades posteriores de los principales infractores. Asimismo, como señala Marcela Ortiz Torricos, es necesario identificar los límites objetivos para el ejercicio irrestricto de la libertad de expresión en el campo privado para adoptar decisiones fundamentadas en datos verídicos (Castillo Lozada, 2021a, p. 7).

Resulta evidente que el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho al acceso a la información son dimensiones distintas y claramente delimitadas del valor de la libertad, según la Constitución Política. Esta interconexión se debe a que no podríamos delimitar el objeto de protección específico de cada uno al momento de establecer los supuestos de abuso de derecho o de ejercicio anómalo de la libertad de expresión.

Respecto a la posición que apuesta por la autorregulación dentro de los medios sociales para contrarrestar los efectos negativos de las *fake news*, se debe señalar que esta está equivocada. Julio César Mateus señala que el mercado de los medios de comunicación no está regulado en la práctica y que 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 Lozada, 2021b). 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, los cuales 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.

A propósito de ello, Calvo García y Picontó Novales (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” (p. 92).

Hoy en día, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un marco regulatorio sobre *fake news*. Al respecto, Aníbal Quiroga comenta que el asunto se desvía a los delitos contra el honor, en una porción muy reducida, y que el hecho en estricto de la difusión de noticias falsas no reviste sanción, por lo que la carencia de coercibilidad permite una gran proliferación de estas conductas anómalas (Castillo Lozada, 2021c).

Otro ejemplo de sanción a la desinformación, en un sentido amplio, es el delito de pánico financiero, según el artículo 249 del Código Penal peruano, que contempla la propalación de noticias falsas para producir alarma en la población y provocar el peligro de retiros masivos de depósitos u otras operaciones sobre instrumentos financieros. Todavía, la afectación al bien jurídico de la tranquilidad se circunscribe y relaciona, histórica y principalmente, con los actos terroristas de grupos subversivos. Por tanto, no está dirigida a sancionar la conducta de quienes crean, difunden y distribuyen información falsa mediante *fake news* ni calificaría en la acción típica de los delitos en cuestión.

Una propuesta novedosa es el Proyecto de Ley 06567/2020-CR que establece la prohibición de propaganda política que contenga imputaciones o noticias sobre hechos capaces de alterar la sinceridad del proceso electoral o de la votación próxima a realizarse con la sanción de exclusión del proceso electoral al candidato a un cargo en elección popular (Congreso de la República del Perú, 2020).

Aun así, ello resulta insuficiente, ya que, como señala Julio César Mateus, el fenómeno de la desinformación mediante *fake news* inmiscuye a las plataformas virtuales, los medios de comunicación tradicionales y a la ciudadanía como actores principales (Castillo Lozada, 2021b). Por tanto, es necesario delimitar y graduar la responsabilidad de cada uno en este hecho jurídico para salvaguardar la seguridad jurídica y cumplir con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad al dictaminar la sanción propuesta para el infractor.

Las sanciones de un marco regulatorio sobre *fake news* deberían ser, principalmente, de carácter administrativo. Ello se debe a que estas son las medidas menos lesivas al derecho a la libertad de expresión, son proporcionales a la magnitud de la práctica desinformativa y, por último, no calificarían como medios de prohibición o censura indirecta. Respecto al ámbito penal, las conductas desinformativas configurarían un perfil de acción delictiva en caso de haber afectado bienes jurídicos, como los datos y sistemas informáticos, o la intimidación personal. Incluso, es condición necesaria que se hayan usado

medios delictivos para la procedencia de la acción penal contra la desinformación, caso contrario se configura un supuesto del principio *non bis in ídem*¹.

Asimismo, Ricardo Vallas apunta a que este marco regulatorio debe contemplar diversos escenarios y las características de los infractores con la finalidad de determinar la responsabilidad y graduar si corresponde una sanción moral, como el señalamiento público, o de carácter legal, si el sujeto realizó alguna figura delictiva como la suplantación de identidad (Castillo Lozada, 2021d). En definitiva, el señalamiento público a través de las plataformas digitales u otro medio de comunicación social también cumple con la finalidad sancionadora y presenta el nivel más bajo de lesividad contra la libertad de expresión.

Es evidente que el derecho a la información es el principal derecho constitucional afectado; sin embargo, otros bienes jurídicos pueden verse violentados y afectados de manera colateral; por ejemplo, la tranquilidad económica, al inventar situaciones económicas inexistentes para confundir a los agentes financieros, o la salud física, al inventar pruebas sobre la ineficiencia de medicamentos necesarios para un sector poblacional. Por consiguiente, la desinformación presenta afectación múltiple a diversos elementos del sistema jurídico peruano en mayor o menor medida, según las circunstancias de cada caso.

En suma, la legislación aplicable a la desinformación vía *fake news* es constitucional, siempre y cuando la sanción se ejecute *ex post* del comportamiento del infractor. Además, esta debe evaluar otra serie de criterios objetivos para delimitar la relevancia del daño ocasionado y qué tipo de sanción correspondería para su graduación, razonabilidad y proporcionalidad. Las sanciones establecidas deben ser de carácter administrativo, con la excepción penal en caso el infractor haya afectado bienes jurídicos protegidos y se haya valido de una acción delictiva para conseguir su fin.

La necesidad de regular las *fake news* no debe observarse como una acción estatal para direccionar el pensamiento individual y colectivo en una misma ideología, sino para diferenciar entre hechos verdaderos y hechos falsos. Ello se puede colegir de la actual interpretación del derecho a la información, que contempla a todo personaje público como el sujeto obligado a realizar la filtración o verificación de los datos proporcionados o compartidos por su persona al colectivo.

Por tanto, el Estado se limitaría a que, en el circuito de transmisión de información, se respete la mínima diligencia de verificar y filtrar los datos proporcionados, incluso por las instituciones públicas. Cabe resaltar que los juicios de valor u opiniones no pueden ser considerados dentro del fenómeno de la desinformación, en sentido estricto, salvo que

¹ El Código Penal peruano, en su artículo 90, establece lo siguiente: "Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente".

estos se apoyen o inventen hechos a todas luces falsos. Adicionalmente, el Estado debe promover políticas de concientización para la ciudadanía ante los avances tecnológicos de la comunicación y para establecer incentivos para una cultura del *fact-checking*.

Definitivamente, el principal obstáculo para regular las *fake news* es su definición jurídica, pero también la posibilidad de delimitar en qué escenarios dicha regulación no resultaría aplicable por su intrascendencia o por existir leyes especiales que regulan la materia. Asimismo, otro obstáculo tiene que ver con establecer criterios objetivos para demostrar que la conducta desinformativa tiene relevancia jurídica y provoca daños, reales o potenciales, a tal punto que las bases del sistema democrático podrían resultar trastocadas. Esta dificultad se debe principalmente a la falta de un debate político y legislativo para obtener un consenso mayoritario, aunque también responde a la imposición de paquetes legislativos sobre la materia que carecen de revisión alguna previa por parte de los opositores políticos al gobierno de turno.

Sería necesario establecer una lista taxativa de supuestos que configuren la desinformación mediante cualquier medio de comunicación u otras prácticas desinformativas en el ciberespacio. Ello se debe a que el Estado debe garantizar al máximo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y cualquier normativa que plantee límites debe ser interpretada de manera restrictiva.

En caso de un conflicto entre leyes que sancionen una misma conducta desinformativa, deben primar aquellas leyes con menor grado de sanción y que no sean sumamente lesivas al derecho a la libertad de expresión. Cabe señalar que la regulación de la desinformación generada por *fake news* está circunscrita a proteger bienes jurídicos de carácter público o sumamente importantes para asegurar el orden público interno.

Se debe partir por definir y delimitar cuáles son los derechos ciberespaciales de los internautas, derivados del ejercicio de la libertad de expresión y del acceso a la información; de tal manera que la cooperación entre el Estado y las plataformas digitales tenga como fin último preservar los derechos ciberespaciales de manera máxima y actuar en circunstancias excepcionales que legitimen su actuación. Para ello, deben observarse distintas medidas coercitivas y pasivas para que los propios internautas puedan filtrar y cuestionar la información de dudosa procedencia en el ciberespacio.

Respecto a las definiciones de noticias falsas, los legisladores y los especialistas en el ciberespacio deben discutir y proponer supuestos de hecho que configuren las *fake news* de manera específica. En ciertos casos, se utiliza la desinformación con propósitos de marketing o de mera burla sin el ánimo de afectar gravemente el derecho a la información u otros bienes jurídicos protegidos. En atención a ello, las *fake news* requieren otros elementos objetivos para diferenciar entre actuaciones de gran alcance y grave perturbación, de un lado, y aquellas con poca relevancia o insignificantes para la actuación jurídica, del otro.

Como señalan Calvo García y Picontó Novales, 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 se excluye toda posibilidad de plantear una crítica jurídica (2017, pp. 85-86). En esta línea de ideas, la autorregulación de los medios de comunicación es vista desde la perspectiva utópica de una armonía social en la que no se permite una reestructuración jurídica, una que permita adelantarse a los profundos cambios sociales y que demuestre la asincronía entre el derecho y el mundo de los hechos tangibles, actuales y relevantes.

Dentro de dicho orden de ideas, el cambio jurídico precedería al cambio social, por cuanto la obligatoriedad de las normas y su efecto coercitivo en la conducta individual conllevaría una modificación del patrón de estilo de vida de las personas. Es decir, el sistema jurídico es la única forma en que las normas y estructuras sociales se pueden modificar para asegurar la supremacía de ciertos valores morales y sociales. Esto se debe a que el cambio social implica el crecimiento de escenarios de violencia política e impide el correcto desarrollo de un cuerpo normativo, por su imposición a corto plazo y sin considerar las instituciones básicas de las ciencias jurídicas, derivando en leyes inconstitucionales y barbáricas.

Es necesario mencionar que la participación de todos los actores involucrados es sumamente importante, en tanto los efectos de la propuesta normativa no deben provocar daños irreparables e ilegítimos en el ejercicio de sus derechos constitucionales. Por ello, los medios de comunicación, la ciudadanía y las plataformas digitales deben ser quienes definan este marco regulatorio y, paralelamente, quienes deben reorganizar la ética de sus respectivos sectores.

Cabe destacar que la actual Ley de Radio y Televisión, Ley 28278, no ha sido modificada sustancialmente desde su promulgación en el año 2004 y solo regulariza el espectro de la radiodifusión, a pesar de haber sido superado ampliamente por otros medios de comunicación de la era digital. Además, el Consejo Consultivo de Radio y Televisión está compuesto en su totalidad por actores civiles y el representante de la faz pública solo tiene derecho a voz para la toma de decisiones, lo cual evidencia la prominencia de la autorregulación.

La vigente interpretación de los alcances de protección y límites al ejercicio de la libertad de expresión no restringe la posibilidad de sancionar conductas desinformativas con posterioridad a la materialización de sus efectos. Es indudable que la facultad sancionadora del Estado no puede implicar un daño irreparable a la libertad de expresión. Ahora, si la práctica desinformativa implica la configuración de tipos delictivos y los supuestos del marco regulatorio se ven superados, sería procedente aplicar sanciones penales. Para ello, debe cumplirse con los principios de *ultima ratio* y *non bis in idem* del Derecho Penal, por ser supuestos excepcionales.

Las sanciones serían mayoritariamente administrativas, como multas, indemnizaciones o impedimentos para contratar con el Estado para la publicidad o la mensajería por ejemplificar ciertos casos. Incluso, el Estado puede contemplar sanciones carentes del tradicional *ius puniendi*, como la exhortación mediante comunicados oficiales a los infractores o el señalamiento público a través de los medios de comunicación. Para ello, debe observarse las circunstancias objetivas de la conducta desinformativa, como la posición del infractor en el medio comunicativo, el alcance de la difusión, los riesgos potenciales derivados de la actuación, la reincidencia o la concurrencia de la falta, etcétera.

Otro punto a favor de esta perspectiva se encuentra en el análisis histórico de la evolución de la idea del Estado. La concepción tradicional del aparato estatal como mero ente supervisor de las relaciones privadas es desfasada y, ahora, se contempla al Estado regulativo ante el aumento de la complejidad de los procesos sociales y económicos (Calvo García & Picontó Novales, 2017, p. 198). Ello se evidencia en la implementación de políticas públicas, programas sociales y/o sistemas de prevención de delitos sexuales o violencia contra minorías étnicas o sexuales. Además, nuestra actual Constitución contempla esta figura del Estado regulativo al circunscribirse a la economía social de mercado y a la política de subvenciones —ambas se encuentran expresamente reguladas en los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú de 1993 (Congreso Constituyente Democrático, 1993)—, lo cual resulta diametralmente distinto a los principios supremos del Estado liberal del siglo XVIII.

En aras de evitar la instrumentalización política del marco regulatorio contra las *fake news*, se propone que exista una presunción de constitucionalidad de las supuestas conductas desinformativas. Así, la carga de la prueba reside en el Estado, quien deberá demostrar si existió el ánimo de engañar con información tergiversada o totalmente falsa, así como la inexactitud respecto de los hechos. Esto se justifica en que el sistema jurídico peruano garantiza la máxima libertad posible para los individuos con la mínima intervención de las instituciones estatales y pregona actuaciones excepcionales. Asimismo, la facultad sancionadora no resultaría necesaria si, tras la aparición de una conducta desinformativa, la sociedad civil ha conseguido detener la difusión de la información o ha corroborado la veracidad de la misma mediante el intercambio de ideas.

Esta situación en particular se evidencia en el marco de la interacción mediante redes sociales, por ser la vía principal a través de la cual se difunden *fake news* y en la que los internautas discuten sobre, y cuestionan, los filtros de veracidad de lo publicado o compartido. No obstante, si se verifica la reincidencia en la conducta desinformativa, la intención de camuflar dicha conducta mediante informes periodísticos o de investigación, y otras variables de cada caso en particular, entonces sí correspondería una sanción administrativa.

3. ESTADO SITUACIONAL DE LA REGULACIÓN SOBRE *FAKE NEWS* EN EL DERECHO COMPARADO

En el ámbito del derecho comparado, Julio César Mateus señala que 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 Lozada, 2021b). Cabe destacar que los avances legislativos a comentar no conciben un nivel de ponderación estándar sobre la libertad de expresión, en tanto hay sistemas jurídicos que lo consideran como un derecho absoluto con límites demasiado excepcionales e imposible de ser restringido mediante cualquier dispositivo legal.

En Estados Unidos, la sección 230 de la "Communications Decency Act" (United States Congress, 1996) otorga inmunidad a las plataformas digitales de interacción social respecto al contenido compartido por los usuarios en el ciberespacio. Lo establecido en dicha sección permite remover contenido objetable bajo el supuesto de que la publicación fue realizada de buena fe y sin que dicha remoción implique la atribución de responsabilidad por un posible daño ocasionado (United States Congress, 1996). Esta ha sido una respuesta a corto plazo para detener las redes de proxenetismo, pedofilia y pornografía infantil, las cuales se vieron favorecidas por el auge de los medios virtuales de comunicación global. No obstante, esta respuesta es ineficaz e ignora ciertos tipos de contenido ilegal, en especial el discurso político en línea, la desinformación y la radicalización. Ello ha desembocado en propuestas modificatorias de la sección 230, como despojar de la inmunidad a quienes tienen la responsabilidad de filtrar o moderar los discursos políticos en redes sociales, exceptuar la personalización algorítmica o condicionar la protección al uso del cifrado (Baxter et al., 2020, p. 3).

Sería recomendable, en tanto no se vulnere lo establecido en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana², definir si lo que buscan esas propuestas modificatorias es restringir el contenido o bien restringir motivos ajenos al contenido. En adición a ello, debería evaluarse si el intercambio de ideas no podría, por sí mismo, superar o revertir el virtual efecto de un contenido ilegal, de tal forma que una intervención federal sea innecesaria; asimismo, debería evaluarse si la publicación de contenido ilegal tiene un efecto comunicativo que cree riesgos potenciales para el observador promedio (Alexander, 1992, pp. 921-922).

2 La Primer Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 establece lo siguiente: "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".

En la Unión Europea (UE), la Comisión Europea ha propuesto un paquete legislativo para modificar la *Directiva sobre comercio electrónico* (2000). En ese paquete destaca la Ley de Servicios Digitales (DSA, por su sigla en inglés), la cual propone establecer nuevas obligaciones a las plataformas *online* —principalmente Google, Facebook y Amazon— (Comisión Europea, 2020). Ello implicaría 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 a través de la comunicación a los usuarios sobre la adopción de estas medidas (Comisión Europea, 2020, pp. 39-41).

Una iniciativa anterior en Europa es la Ley contra la manipulación de la información (Loi 2018-1202, ley francesa del 22 de diciembre del 2018), la cual disponía la acción judicial para dictar, en 48 horas, medidas provisionales durante un periodo electoral para interrumpir la difusión masiva de una publicación con noticias falsas. La ley también establecía el deber de cooperación de las plataformas digitales para luchar contra la desinformación y concientizar a los internautas, así como la facultad del Consejo Superior Audiovisual para suspender la difusión de un canal de televisión de otro Estado, o bajo poder extranjero, que expida noticias falsas.

Otro caso destacable es la *Network Enforcement Act* (Parlamento Federal de la República Federal de Alemania, 2017). Según esta ley, las redes sociales que cuenten con más de dos millones de usuarios nacionales deberán remitir reportes sobre las quejas por contenido ilegal y noticias falsas que se les dirijan, con el detalle de las medidas adoptadas para la eliminación de ese contenido. Dichos reportes deben, igualmente, informar sobre el plazo de actuación de la red social y la comunicación dirigida al infractor y al denunciante; incluso, la *Network Enforcement Act* dispone la facultad de divulgar información sobre los datos del suscriptor, siempre que esta sea estrictamente necesaria para la ejecución de una pretensión civil por violación a derechos protegidos por contenido ilegal.

Es evidente 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. Más aún, un nuevo escenario para la violación sistemática de derechos fundamentales en base a criterios vagos y ambiguos en la reciente legislación europea. Acorde con la crítica anterior, las Naciones Unidas ha señalado su preocupación por la falta de supervisión judicial sobre la responsabilidad de las redes sociales para remover y eliminar contenido, que podría ser potencialmente legítimo y que configura una inapropiada interferencia a la libertad de expresión y privacidad (Kaye, 2017, p. 4).

Cabe señalar que la Convención Europea de Derechos Humanos reconoce a los Estados la facultad de imponer un régimen de autorización previa a las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión, de la mano con una serie de condiciones y restricciones (Castillo Lozada, 2021a, p. 12). Este paradigma jurídico resulta

diametralmente distinto al establecido en el continente americano, donde se restringe la actuación del Estado para sancionar solo con posterioridad a la materialización del ejercicio de la libertad de expresión del sujeto.

En Latinoamérica, Nicaragua, mediante el artículo 30 de la Ley Especial de Ciberdelitos (Ley 1042 del 2020), tipifica el delito de propagación de noticias falsas a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Sin embargo, esta norma representa un claro ejemplo de aplicación de la ciencia jurídica en el ciberespacio sin comprender fehacientemente las reglas de juego en este terreno desconocido, debido al recurso a términos vagos y arbitrarios para su interpretación.

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. Por otra parte, Uruguay ha obligado a los partidos políticos a firmar pactos éticos frente a las noticias falsas en época electoral.

En Brasil, se espera aprobar la Ley de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en Internet (Ley 2630 del 2020). Esta obligaría a usuarios de redes sociales y de aplicaciones de mensajería instantánea a presentar documentos de identificación y un número de teléfono activo. En adición, las plataformas de almacenamiento de datos deberían conservar los registros de todos los mensajes compartidos e intercambiados para rastrear a los autores de campañas de desinformación, bajo apercibimiento del bloqueo general de acceso nacional a las redes sociales y a los servicios de mensajería instantánea (Ley 2630 del 2020).

Cabe señalar que estas propuestas latinoamericanas contravendrían las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (firmada el 22 de noviembre de 1969). Ellas configuran, según su artículo 13, una restricción al ejercicio de la libertad de expresión por vías o medios indirectos: por ejemplo, mediante la exigencia de que cada gobierno de turno defina el término *noticias falsas* o la prohibición de medios de comunicación como las redes sociales, lo cual afectaría gravemente otros derechos humanos de la población.

Es evidente que los avances legislativos comentados no han considerado evaluar las características del ciberespacio ni establecer cuáles son los derechos de los internautas en este ámbito. Así, es recomendable aproximarse a la propuesta de Laura Coronado sobre la constitución ciberespacial y la declaración de derechos del ciberespacio como herramientas legales para la regulación del derecho a la libertad de expresión en él (Castillo Lozada, 2021a, p. 6). Debido a que es un ámbito nuevo del derecho y a que escapa de las concepciones tradicionales de la dogmática jurídica, la concepción de un régimen especial para un fenómeno de la era digital no dista de ser una realidad cercana. En

adición a ello, es indispensable que los operadores jurídicos trabajen de manera conjunta con las profesiones de informática y computación, a efectos de comprender la mecánica del ciberespacio y si se encuentran ante un escenario de imposibilidad física o jurídica para regular ciertos escenarios virtuales.

En los avances legislativos comentados, la vía de la cooperación con las plataformas digitales de mensajería instantánea y las redes sociales es la solución común para combatir la desinformación en el ciberespacio. Sin embargo, habría que evitar la carga excesiva de deberes y obligaciones para los administradores de estas estructuras digitales, en tanto esto podría eliminar la línea entre lo privado y lo público.

Para evitar ello será necesario que cada agente del ciberespacio con ánimo de cooperar con el Estado pueda exponer el funcionamiento de su *software* o de sus algoritmos, las políticas de comunidad establecidas y las limitaciones que presentan al momento de detectar conductas ilegales o antisociales. Dicha propuesta se justifica en que cada estructura de aplicativos móviles, sitios de Internet u otros ha sido diseñada con un fin específico, razón por la cual los usuarios acuden a ella, y establecer una uniformidad de reglas comunitarias devendría en la desnaturalización de sus propósitos iniciales.

Lo anteriormente señalado no niega que las redes sociales tienen la obligación jurídica de verificar la información compartida o publicada mediante el servicio proporcionado, toda vez que las redes están en la mejor posición para prevenir su uso indebido. Si bien el usuario resulta responsable por los comentarios, imágenes o datos que comparte en su cuenta virtual a todo el público, la red social debe cooperar para su correcta identificación o hacerse solidariamente responsable por los riesgos potenciales de una conducta omisiva. Claramente, el derecho a la información y la protección de bienes jurídicos como la salud pública o la estabilidad económica son objeto constante de amenaza y ataque por estas prácticas desinformativas en la interacción social.

4. EL ROL ASUMIDO POR LAS REDES SOCIALES FRENTE A LAS *FAKE NEWS* Y LAS COLISIONES CON EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Julio César Mateus señala que las redes sociales son medios de comunicación, porque transmiten información y permiten realizar el intercambio de datos entre emisor y receptor. Además, actualmente, participan en el fenómeno de la infoxicación, es decir, la intoxicación producida por la abundancia informativa a propósito de la masificación de los medios sociales (Castillo Lozada, 2021b).

Las plataformas digitales de mensajería instantánea han superado los límites de los medios tradicionales de información. Ellas permiten que la información sea transmitida inmediatamente no solo a un colectivo de individuos, sino que puede traspasar las

barreras de las fronteras nacionales y todo ser humano con acceso a internet puede conocer la situación de un punto específico en el globo. Sin embargo, este exceso de información implica que existan innumerables fuentes no verificadas y ocasiona la difusión de información inexacta, malintencionada o confusa entre los diversos actores del proceso de la comunicación.

Los medios de comunicación permiten al individuo configurar, mediante el flujo de información a través de canales disponibles, una proyección virtual de la realidad respecto de hechos no presenciados o conocimientos desperdigados. Por tanto, un estado de confusión es la contraimagen de los medios de comunicación, al perturbar la adecuación a la realidad y dejar sumido al receptor en una falsa comprensión o incertidumbre (Watzlawick, 1979, p. 7).

Un escenario de confusión masiva genera o agudiza conflictos preexistentes, como cuestionar la correcta actuación de las instituciones o los principios democráticos en las sociedades modernas. Por tanto, la desinformación resulta jurídicamente relevante por sus efectos jurídicos en la sociedad, en la medida en que su alcance y en los medios empleados para ella hayan resultado idóneos para provocar un desbalance entre lo real y lo virtual a escala nacional. Asimismo, la desinformación resulta contraria a la propia esencia del derecho a la libertad de expresión, ya que su ejercicio, bajo las circunstancias mencionadas, atentaría contra los principios democráticos de la sociedad, que son el fundamento para su existencia.

El principal efecto negativo de la desinformación es la tergiversación de la realidad del individuo y del colectivo, lo cual desemboca en la radicalización de los grupos sociales frente a la actuación de los privados y del sector público. Para ejemplificar esta situación basta citar la invasión que realizaron grupos extremistas al Capitolio de Estados Unidos debido a noticias falsas de fraude electoral, sin el recurso a datos básicos reales, o la actividad de movimientos antivacunas ante el COVID-19.

Ahora bien, la desinformación no es un fenómeno originado en la sociedad contemporánea y antecede a la importancia pública que empezó a recibir a inicios del siglo XXI. Evidentemente, la ausencia de una difusión global e instantánea de información mediante tecnologías de la comunicación privó a las prácticas cotidianas de desinformación del pasado del reconocimiento de su relevancia social y jurídica durante el nacimiento de los Estados modernos. No obstante, los hechos descritos con anterioridad demuestran la asincronía entre los supuestos normativos y el escenario de las situaciones tangibles y dinámicas, que superan largamente el limitado conocimiento de la dogmática jurídica sobre el ciberespacio.

En relación al argumento anterior, Hopenhayn señala que existen influencias culturales y políticas con facultad de controlar, monitorear o modificar los contenidos

compartidos como verdaderos ante la falta de autoridades en el ciberespacio (Castillo Lozada, 2021a, p. 13). La desinformación es un fenómeno globalizado y en constante movimiento, que se ha visto amplificado por la aparición de plataformas digitales, las cuales deben tomar ciertas decisiones para combatir el riesgo inherente a la actividad promovida.

Ergo, se puede concluir que las redes sociales y las aplicaciones de mensajería instantánea presentan una obligación intrínseca de garantizar la veracidad de la información o del contenido compartido. Ello se fundamenta en que son un servicio para el usuario, principalmente para permitir la comunicación entre los internautas, lo cual incluye a los diversos personajes públicos que nos transmiten constantemente información.

Ahora bien, la interacción en las redes sociales ha cambiado radicalmente a lo largo de los años, por su acceso público y la falta de precaución de sus administradores. Es decir, la conexión social entre pares con ánimos meramente amicales ha evolucionado a un espacio de discusión multisectorial sin límites, expresamente establecidos o meramente acordados entre la comunidad ciberespacial, salvo ciertos casos específicos. Por tanto, el presente artículo se ubica en la visión negativa de las redes sociales, que sostiene la existencia de un proceso de fragmentación de la información por la excesiva participación heterogénea en redes sociales, y la posibilidad de islas de comunicación política por parte de grupos extremistas y fuente potencial para una concepción radical de la democracia (Castillo Lozada, 2021a, p. 13).

El hecho de que el ciberespacio sea un espacio sin reglas y sin barreras no es un argumento válido para impedir regular las manifestaciones del mismo. Coronado Contreras (2015) señala que sus efectos en el ámbito jurídico son inagotables por el abanico de posibilidades para cometer conductas ilícitas bajo el anonimato o afectar gravemente la dignidad humana de los cibernautas (pp. 102-103).

El ciberespacio es el ámbito informático y virtual creado a partir de las redes digitales y los ordenadores de computación, que conecta a todas las personas alrededor del mundo y que es un medio para la obtención de diversos fines. Ahora bien, no solo la ley regula el ciberespacio, sino que las normas sociales, el mercado, la arquitectura informática o los códigos dentro de cada dominio de internet también lo hacen (Lessig, 2002, p. 173). Por tanto, parte de la red informática puede ser objeto de regulación por los Estados, siempre que exista un objetivo legítimo para ello, asunto que ya hemos desarrollado en los acápites anteriores.

La ciencia jurídica está obligada a evaluar los hechos jurídicos acontecidos en el ciberespacio. Esto implica atender las consecuencias jurídicas en las sociedades modernas, la afectación de bienes jurídicos protegidos y la puesta en peligro de derechos

individuales o colectivos. Para dicho fin debe existir una cooperación con las redes sociales para evitar la aplicación de sanciones lesivas y desproporcionadas, las cuales podrían conllevar una violación ilegítima a derechos fundamentales.

Ello responde a que las TIC han tomado un rol protagónico mediante el almacenamiento, recuperación, procesamiento y comunicación de información mediante el auge de las redes sociales y el acceso progresivo al internet (Castillo Lozada, 2021a, p. 13). En esa línea, la interactividad e interconexión virtual se presentan como nuevos hechos jurídicos relevantes, los cuales repercuten significativamente en la educación básica y profesional.

Si bien se han implementado las políticas de comunidad en cada red social, Aníbal Quiroga señala que estas son insuficientes en sí mismas (Castillo Lozada, 2021c). Las plataformas digitales deben cooperar para evitar la elusión de la responsabilidad respecto de los comentarios o publicaciones realizadas que afecten derechos de otras personas o que provoquen pánico en la población mediante noticias falsas (Castillo Lozada, 2021c). Así, las redes sociales, como medios de difusión masiva, son responsables del contenido difundido por los usuarios en sus plataformas debido a que permiten un mayor alcance de circulación de la información en breves periodos de tiempo tras su publicación. No obstante, Ricardo Vallas señala que existe un problema de cuentas sociales en el caso Facebook, debido a la complejidad para detectar a los infractores; incluso, no hay un sistema de verificación de cuentas totalmente eficaz, por lo que siempre habrá un remanente de *fake news* activo (Castillo Lozada, 2021d).

Hay una coincidencia con Schackmuth (2018) respecto a que se debe adoptar otros mecanismos para enfrentar la potencial distribución de *fake news* en el ciberespacio y la virtual conformación de grupos extremistas alrededor de ellas, recursos tales como la variación de algoritmos de emparejamiento o la distinción necesaria en el tipo de información compartido. La necesidad de mecanismos alternativos se debe a que la censura de la información o el bloqueo de cuentas sociales, paradójicamente, refuerza el enojo colectivo y la apariencia de certeza en el discurso político de corriente extremista (Castillo Lozada, 2021a, p. 8).

Por otra parte, las políticas comunitarias y las sanciones aplicadas en las redes sociales no han cumplido con las expectativas para combatir la desinformación y sus consecuencias derivadas a largo plazo. Ello se debe a que los distintos escenarios del ciberespacio comprenden variables particulares, que determinan si el flujo de información está más relacionado al proceso de comunicación o si es, en cambio, un elemento circunstancial sin mayor trascendencia. Por ejemplo, los videojuegos en línea fueron los primeros en desarrollar las normas comunitarias, no por evitar la desinformación, sino para prevenir conductas lesivas dentro de la interacción como el acoso sexual, el *bullying*, etcétera. Más adelante, las redes sociales transportaron estos

conceptos a su dominio digital sin considerar que, en su desarrollo y apertura a más internautas, la información iba a ser el recurso máspreciado en este panorama, siendo la socialización relegada a un segundo plano.

Dentro las sanciones comunitarias de los *online games* se encuentran la suspensión o bloqueo definitivo de las cuentas, la exhortación a evitar las conductas lesivas y la propiciación de un bajo rendimiento en la actividad recreativa a través de una variación en el algoritmo. Al ser trasladadas al mundo de las redes sociales, estas sanciones no tienen el mismo efecto por cuanto afectan la libertad de expresión y se producen efectos contrarios, como el aumento de *fake news*, la creación o congregación de ideologías extremistas, etcétera. Dicho de otro modo, las alternativas de sanción no producen el mismo efecto deseado en el ciberespacio y pueden ser consideradas como medidas gravemente lesivas a los derechos humanos, incluso para sujetos sin ánimo de engañar mediante la desinformación o que simplemente emiten juicios de valor neutros.

En este orden de ideas, las redes sociales deben dirigirse a establecer políticas comunitarias en sintonía con la libertad de expresión y el libre acceso al ciberespacio, así como la imposición de sanciones al verificar una actuación grave y continuada por los usuarios. Así, la variación del algoritmo de conexión digital, los verificadores de datos en las publicaciones y la diferenciación en el tipo de contenido publicado puede aportar sustancialmente en la lucha contra la desinformación.

Otro punto importante a señalar es que existen fuentes primigenias de donde nacen las *fake news* o de donde deriva la información falsa: los dominios de internet, uno de los recursos web más antiguos tras el descubrimiento del ciberespacio. Los dominios de internet no pueden ser objeto de regulación por las leyes o el mercado, en tanto las normas comunitarias y el algoritmo han sido concebidos para que se dé un constante intercambio de información sin filtros o verificación por una empresa privada. En realidad, los cibernautas son quienes se encargan de censurar, prohibir, difundir o filtrar la información durante el intercambio de ideas, de manera que no hay un único responsable ni la posibilidad de identificar a los múltiples responsables.

En las redes sociales, el bloqueo permanente de cuentas y/o la supresión del contenido publicado por orden del Estado resulta perjudicial para el infractor, debido a que viola su derecho a la libertad de expresión. Incluso, ello no implica necesariamente que el infractor pueda volver a compartir noticias falsas, ante el fácil acceso y manejo para crear una cuenta nueva o recuperar contenido eliminado. Entonces, este medio de comunicación debe encaminarse a reducir el alcance de la difusión de información falsa y aplicar verificadores de datos para alerta al cibernauta, así como otras medidas idóneas y amigables con el derecho a la libertad de expresión.

Otro punto importante es realizar medidas de prevención para arribar a una autorregulación sobre la verificación de la información compartida y la concientización sobre la responsabilidad de ejercer el derecho a la libertad de expresión en la ciudadanía, como es, por ejemplo, la promoción de la cultura del *fact-checking* y la creación de verificadores de datos.

Por ello, Julio César Mateus considera que la educación y la formación de las personas que se informan y emiten comunicación en los medios sociales es crucial. Así, los filtros o cámaras de burbuja de los internautas manejarían la pluralidad de información en las redes sociales y evitarían un conocimiento parcializado sobre los acontecimientos reales (Castillo Lozada, 2021b). Entonces, en el escenario de las redes sociales, el derecho a la información veraz debe preponderar en conjunto con otros valores sociales, bienes jurídicos protegidos y derechos colectivos e individuales afectados colateralmente. Desde la praxis jurídica, Mateus señala que la actuación de los medios de comunicación para obligarse a cumplir con principios éticos y deberes de rectificación es catastrófica (Castillo Lozada, 2021b). Mateus menciona que esto ha derivado en la destrucción de los estándares o filtros establecidos, lo cual pronosticaría un peor panorama en las redes sociales si se persiste en apostar por la autorregulación de los grupos sociales (Castillo Lozada, 2021b).

Respecto a lo mencionado, la manera de hacer frente a las *fake news* debe empezar por concretizar la autorregulación de uno mismo como ciudadano para el manejo ideal del derecho a la libertad de expresión; luego, involucra fomentar un sistema de regulación de los grupos de personas que se organizan para difundir información; y, posteriormente, conlleva que las autoridades y medios de comunicación actúen de manera conjunta para evitar la propalación de noticias falsas, lo cual es sumamente perjudicial en el medio tradicional del periodismo.

Si bien existe la posición optimista de la autorregulación para garantizar los principios democráticos del actual Estado constitucional, ello no ha demostrado su eficiencia jurídica ni ha mejorado la actuación de los medios tradicionales de comunicación. Basta mencionar las épocas electorales para demostrar que los mayores medios de comunicación han perdido su credibilidad ante el direccionamiento de las noticias e informes emitidos. Incluso, la sanción impuesta por el Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana no ha trascendido para implementar una reforma interna en los canales de televisión sancionados ni en terceros relacionados a la ética profesional del periodismo.

Por parte del Estado, las herramientas de la educación ciberespacial y el comportamiento cívico del ciudadano resultarían otros medios idóneos, aparte de la vía penal o administrativa, para luchar contra la desinformación. Ello se debe a que el *ius puniendi* del Estado es el último medio a utilizar ante la necesidad de frenar las *fake news*

en el Perú; ante un eventual test de ponderación, el infractor se vería favorecido con la sentencia judicial que reconoce la afectación ilegítima a sus derechos constitucionales.

Desde una visión social, la sociedad civil se debe inmiscuir para concretar otro canal mediante el cual se manejen las consecuencias jurídicas de la desinformación o su prevención. Así, Romelia Tapia Figueroa 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 (Castillo Lozada, 2021a, p. 10).

Otra recomendación sería implementar políticas públicas sobre la concientización de la información proporcionada a través de medios de comunicación masivos o mediante declaraciones de las instituciones privadas y públicas. De esta manera, el Estado peruano cumpliría la labor de garantizar al máximo el ejercicio de la libertad de expresión, reducir las anomalías de este derecho constitucional y resguardar la excepcionalidad de este marco regulatorio a fin de evitar su establecimiento como política general del Gobierno.

5. COMENTARIOS FINALES

El Estado peruano tiene la obligación de promover y realizar una serie de cuerpos normativos para regular la desinformación mediante *fake news*, en tanto se ha expuesto la procedencia constitucional del régimen sancionador. Por añadidura, dicha tarea debe conllevar una revisión preliminar acerca de si los remedios menos lesivos han socavado los efectos negativos de hechos jurídicos como el intercambio de ideas.

El ciberespacio es materia de regulación en el derecho comparado con avances ciertamente interesantes para atender las consecuencias jurídicas derivadas de las conductas desarrolladas en estos ámbitos. A propósito de ello, el Estado peruano debe evaluar las propuestas legislativas, observar las críticas establecidas y concebir su propio marco normativo según su infraestructura tecnológica y los principios constitucionales, lo cual comprende además las disposiciones establecidas en convenciones internacionales. También, debe desarrollar una doctrina y una jurisprudencia relevantes a los derechos ciberespaciales y a su importancia en el derecho, lo cual aún no ha sido abordado en su totalidad por el *tech law*.

Los convenios de cooperación internacional entre el Estado y las plataformas digitales permitirán delimitar un escenario de actuación claro y posibilidades circunscritas para cada una de las partes, de tal forma que se atienda el fenómeno de la desinformación sin afectar sobremanera a los internautas. Un primer avance será probablemente la cooperación con la empresa Meta —anteriormente Facebook—, la cual controla las redes sociales más utilizadas a nivel nacional y a nivel mundial, y en las que se han observado los mayores casos de *fake news*.

6. CONCLUSIONES

1. Existe un alto grado de necesidad para regular el fenómeno de las *fake news* y ello se comprueba con la normativa y propuestas anteriormente citadas. Debido a que la desinformación mediante noticias falsas es el ejercicio anómalo de la libertad de expresión, el sistema jurídico debe atender este hecho jurídico y sancionar sus consecuencias jurídicas.
2. El desconocimiento del funcionamiento del ciberespacio, las vagas definiciones respecto a qué constituye una noticia falsa y la ausencia de proporcionalidad y gradación de las sanciones, han derivado en la expedición y propuesta de leyes abusivas, absurdas e inconstitucionales. Asimismo, esta normativa es contraria a los convenios internacionales de derechos humanos, toda vez que las tipificaciones a la que recurre constituyen formas de censura o prohibición indirecta para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.
3. El Estado ha apostado por la autorregulación de los medios de comunicación para que estos se encarguen de velar por la garantía de una información veraz y de rectificar errores respectivos; esto bajo la premisa de la preponderancia del derecho a la libertad de expresión, lo cual es sumamente grave.
4. La legislación aplicable para sancionar la desinformación mediante *fake news* resulta constitucional como límite inherente del derecho a la libertad de expresión, al encontrarse esta en constante interacción con otros derechos constitucionales y objetos jurídicos esenciales para el núcleo constitucional.
5. Los efectos jurídicos del ejercicio de los derechos de los cibernautas en las redes sociales respecto a otros derechos constitucionales, bienes jurídicos protegidos o las instituciones básicas de un Estado son el principal argumento válido para regular el ciberespacio.

REFERENCIAS

- Abad Yupanqui, S. B. (2005). Libertades de expresión e información. En W. Gutiérrez (Ed.), *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*. (t. 1, pp. 104-113). Gaceta Jurídica.
- AlvaradoCarnero, L., & DiazRamos, V. (2020). *Libertad de expresión y derecho a la información veraz: propuesta para limitar las fake news en Facebook* [Tesis de bachillerato, Universidad Católica San Pablo]. DSpace. <https://repositorio.ucsp.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/448d58ad-9ba8-45bd-a8d0-75b33a992703/content>
- Alexander, L. A. (1993). Trouble on track two: incidental regulations of speech and free speech theory. *Hastings Law Journal*, 44(1), 921-962.

- Baxter, A. S., Kenny, T., Finucan, L., & Yatim S. (2020, 1 de mayo). *Free speech vs fake news: the future of content regulation*. <https://accesspartnership.com/free-speech-vs-fake-news-the-future-of-content-regulation/>
- Calvo García, M., & Picontó Novales, T. (2017). *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*. Editorial UOC.
- Castillo Lozada, G. D. (2021a). *Plan de trabajo de investigación: el derecho a la libertad de expresión vs. fake news en el marco constitucional peruano* [Manuscrito inédito].
- Castillo Lozada, G. D. (2021b, 2 de julio). Entrevista a Julio César Mateus Borea [Manuscrito inédito].
- Castillo Lozada, G. D. (2021c, 6 de julio). Entrevista a Aníbal Gonzalo Raúl Quiroga León [Manuscrito inédito].
- Castillo Lozada, G. D. (2021d, 6 de julio). Entrevista a Ricardo Fabian Vallas Trujillo [Manuscrito inédito].
- Código Penal. Decreto Legislativo 635 de 1991. 8 de abril de 1991. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>
- 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*.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. Diario Oficial El Peruano del 29 de diciembre de 1993. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>
- Congreso de la República del Perú. (2020). Expediente del Proyecto de Ley 06567/2020-CR. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/641842f7e5d631bd052578e20058a231/5f9b325c1da76486052586110066cb70?OpenDocument>
- Coronado Contreras, L. V. (2015). *La libertad de expresión en el ciberespacio* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Cisne. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/f51a1095-e7b6-41ec-abf7-b10a55d82c14/content>
- Gelfert, A. (2018). Fake news: a definition. *Informal Logic*, 38(1), 84-117.
- 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.
- Kaye, D. (2017, 1 de junio). *Mandate of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. Organización de las Naciones Unidas.
- Lessig, L. (2002). Las leyes del ciberespacio. *Thémis*, (44), 171-179.
- Ley 1042 del 2020. Por la cual se previene, investiga, persigue y sanciona los delitos

cometidos por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. 27 de octubre de 2020. La Gaceta.

Ley 2630 del 2020. Pelo qual estabelece padrões, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de mídia social e serviços de mensagens privadas.

Ley 28278 del 2004. Por la cual se establece la Ley de Radio y Televisión. 16 de julio del 2004. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H870310>

Loi 2018-1202 du 2018. Relative à la lutte contre la manipulation de l'information. 22 décembre 2018. Journal officiel de la République française.

Parlamento Federal de la República Federal de Alemania. (2017). Newtork Enforcement Act - Netzwerkdurchsetzungsgesetz.

Schackmuth, A. (2018). *Extremism, fake news and hate: Effects of social media in the post-truth era* [Tesis de maestría, DePaul University]. College of Liberal Arts & Social Sciences Theses and Dissertations. <https://via.library.depaul.edu/etd/245>

Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia del expediente 0905-2001-AA-TC (Pleno jurisdiccional; 14 de agosto del 2002).

Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de los expedientes 0012-2018-PI-TC y 0013-2018-PI-TC (Pleno jurisdiccional; 11 de octubre del 2018).

United States Congress. (1996). Communications Decency Act of 1996, CDA.

Watzlawick, P. (1979). *¿Es real la realidad?: confusión, desinformación, comunicación*. Herder.