

SEXTING, PORNOVENGANZA, SEXTORSION...¿O QUE? (a propósito de un proyecto legislativo tendiente a castigar la difusión de imágenes no consentidas de desnudez o videos de contenido sexual)

Por: Jorge Eduardo Buompadre

I.- Ideas generales.

Recientemente, el Senado de la Nación dio media sanción a un proyecto de ley ¹ por medio del cual se penaliza la “*publicación y/o difusión de imágenes no consentidas de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de personas*”, incorporando un nuevo artículo al Código penal (el 155 bis) cuyo texto es el siguiente:

“Será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que hallándose en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere pública o difundiere por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de la o de las mismas para tal fin, aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video. La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez”.

Actualmente ya nadie puede poner en duda que el envío de imágenes de cuerpos desnudos o semidesnudos o de videos de contenido sexual a través de las tecnologías de la información entre los jóvenes ha dejado de ser una moda (por si algún día lo fue) para convertirse en una práctica frecuente que se encuentra en permanente crecimiento. Pero, en muchos casos, lo que comienza como un juego o una travesura erótica o apasionada puede transformarse en una tragedia o en una desventura con destino y consecuencias impredecibles. Un solo click puede cambiar la vida de una

¹ S-21119/16, presentado por las senadoras Marina R. Riofrio, Beatriz G. Mirkin y Norma H. Durango.

persona. De aquí los peligros que implica la práctica del *sexting*² entre adolescentes (e, inclusive, entre adultos) y las consecuencias negativas que de ella pueden derivar.

La infinidad de conductas ilícitas que pueden realizarse a través de las TICs –en especial aquellas que tienen relación con la sexualidad de los individuos y que en no pocas ocasiones configuran un claro supuesto de violencia de género, cuando de mujeres se trata, desde luego-, tienen en común diversos factores, que son, precisamente, los que dan a esta nueva (y no tan nueva) modalidad de la delincuencia vinculada a la informática, una especial fisonomía.

Hemos dicho en otro lugar³ que el mundo de hoy es el mundo de las tecnologías. Todo se puede lograr a través del uso de los mecanismos que provee la tecnología de la información y las comunicaciones. El uso de la computadora, de teléfonos móviles con cámaras digitales incorporadas y otros aparatos que se enlazan a la red Internet, ha puesto en evidencia, en cierta manera, las dificultades y tropiezos con que se encuentra el Derecho para ponerse al día ante los adelantos de la ciencia y de la moderna tecnología.

Estas tecnologías relacionadas a la información y a la comunicación son buenas o malas, positivas o negativas para los usuarios que se sirven de ellas, todo depende de cómo se las mire y cómo se las utilice. Los adelantos tecnológicos de los últimos años ha conducido a que, prioritariamente, se deban mensurar los costos y los beneficios que conllevan su uso indiscriminado, particularmente en la franja de los jóvenes adolescentes.

² La palabra *sexting* es el producto de una fusión de dos términos ingleses: *sex* (sexo) y *texting* (envío de mensajes de texto). Según la Guía sobre Adolescencia y Sexting: qué es y cómo Prevenirlo, Madrid, 2011, cit. por Martínez Otero Juan María, en La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista un análisis jurídico, Derecom, N° 12, Nueva Época, VBalencia, 2013, son cuatro las peculiaridades que le dan a esta práctica sus perfiles específicos: la voluntariedad en la producción y envío del material, la utilización de dispositivos tecnológicos que facilitan la captación de las imágenes y su posterior envío, el carácter sexual o erótico de los contenidos y la naturaleza privada y casera de las imágenes (fotografías o videos).

³ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, La violencia de género en la era digital, pags. 1 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016.

En una nota publicada en el diario Clarín del 10 de mayo de 2009, ya se alertaba sobre los peligros del *sexting* entre jóvenes, quienes comienzan a tomarse fotografías o videos en actitudes seductoras, desnudos o semidesnudos, como una diversión, sin precaverse de los riesgos que ello entraña cuando esas imágenes son enviadas a la red con destino a un amigo o un novio y, éste, por lo general sin el consentimiento del emisor, las reenvía a otras personas y éstas, a su vez, las difunden por las redes sociales hacia un mundo desconocido de personas anónimas, que pueden utilizar esas imágenes con fines delictivos, ya sea para objetivos sexuales (que es el caso de los pedófilos o pervertidos sexuales) o de venganza por una relación amorosa desavenida, o bien para ser captadas por organizaciones criminales de trata de personas o para que las fotografías aparezcan en sitios dedicados a la pornografía.

Según se informa en la señalada nota periodística, en Facebook ya existen grupos que se oponen a esta moda y comentan experiencias. Desde la división de Delitos en Tecnología y Análisis Criminal de la Policía Federal se pudo saber que en los primeros meses del año 2009 se registraron 80 casos de denuncias sobre delitos informáticos, mientras que en todo el año 2008 fueron 250, con lo cual se evidencia el crecimiento exponencial que va tomando, año a año, esta práctica. La ONG Bullying sin Fronteras ha estimado que en la provincia de Buenos Aires se dan, al menos, 120 casos mensuales, y que muchos de ellos terminan en sede judicial ⁴.

Algunos países ya están respondiendo a través de medidas penales la difusión no consentida de imágenes sexuales a través de las TICs. En una reciente publicación del diario Clarín, aparecida en la edición del 20 de noviembre de 2014, se informa de que en Japón el Parlamento aprobó una ley llamada de “pornovengaza”, por medio de la cual se aplica penas de prisión y multa la difusión no consentida por Internet de imágenes o videos de contenido sexual de las ex parejas.

Pero, frente a estas realidades que se concretan legislativamente en otros países, hay que poner de relieve –previo a todo- que el *sexting*, en sentido estricto, no es delito, ni debiera serlo, claro está, pues no implica otra cosa que un intercambio de imágenes o filmaciones eróticas, de contenido

⁴ Disponible en <http://bullyingsinfronteras.blogspot.com.ar/2016/09/sexting-en-buenos-aires-un-problema-que.html>

sexual, por lo general enviadas a través de un dispositivo móvil, obtenidas de forma voluntaria entre dos o más personas, en el marco de un espacio de reserva en el que se prioriza el ejercicio de la autonomía individual. Con otras palabras, el problema no es el *sexting*, pues se trata, como vimos, de una práctica voluntaria llevada a cabo en un marco de libertad, el problema son las consecuencias que puede acarrear la difusión no consentida de esas imágenes en el mundo digital.

En España, a raíz de un caso que tomó estado público en 2012, en el que se puede ver a una concejal de la localidad toledana de Los Yébenes, Olvido Hormigos Carpio, en un vídeo íntimo difundido sin su consentimiento, primero por Whatsapp y luego por Internet, se impulsó tiempo después una iniciativa gubernamental tendiente a sancionar una normativa relacionada con este tipo de situaciones, en un nuevo proyecto de ley de reformas al Código penal de 2010, concretándose en la LO 1/2015 de 30 de marzo, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2015, y por la que se introdujo un nuevo artículo, el 197.7, con el siguiente texto: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

En una investigación que publicó meses atrás la Universidad de Michigan, en EE.UU., señala que en el 90% de los casos de “pornovenganza” el agresor es un hombre. Así, estos casos pueden llegar a configurar una nueva forma de violencia de género. El trabajo agrega que 5 de cada 10 víctimas admiten haber recibido fuertes insultos en las redes, generalmente vinculados con la prostitución, como consecuencia de la divulgación del material privado (fuente: Clarín, 20/11/14).

En Argentina –según nos informan las estadísticas que suministran los medios de comunicación- el fenómeno no ha dejado de crecer. Son

numerosos los casos de famosos que han tomado estado público a través de la prensa, por la difusión de sus intimidades en videos caseros con sus ex parejas; recuérdense los casos de la mediática Wanda Nara, de la bailarina tropical Florencia Bruncker, de la actriz Florencia Peña, de la vedette Ayelén Paleo, de la modelo Belén Rodríguez, de la actriz Silvina Luna, etc.

El problema que en la actualidad se presenta para enfrentar este tipo de prácticas desde una perspectiva jurídica reside, fundamentalmente, en que, en Argentina, no existe una legislación específica sobre la materia. El Código penal tiene respuestas muy acotadas, pues sólo dedica algunos artículos que podrían tener relación con situaciones de *Sexting*, por ejemplo la publicación y divulgación de material en el que se exhibe o representa a menores de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales (art. 128, Ley 26.388), la publicación indebida de una comunicación electrónica, no destinada a la publicidad (art. 155, Ley 26.388), o bien por si en diversas situaciones colaterales pudiera presentarse algún caso de chantaje que diera lugar a un tipo de extorsión (art. 169 CP) o a una modalidad de coacción (art. 149 bis CP), etc., pero se carece de una figura en el digesto punitivo que regule, autónomamente, hechos de esta naturaleza.

Precisamente, el proyecto de ley que habremos de comentar páginas más adelante, pretende cubrir este vacío punitivo.

II. Definición de *Sexting*. Particularidades del fenómeno.

Desde un punto de vista general, poco técnico, se puede decir que el *Sexting* es una práctica –de no muy lejana aparición- actualmente muy extendida entre jóvenes adolescentes, cuyo origen puede situarse en los Estados Unidos, consistente en enviarse fotografías o videos de contenido sexual a través del teléfono móvil u otros dispositivos electrónicos.

Desde una perspectiva más técnica, y siguiendo a MacLaughlin, se puede decir que el *Sexting* es un fenómeno que engloba aquéllas conductas o prácticas entre adolescentes, consistentes en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparecen menores de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a

disposición de terceros a través de Internet, por ej. subiendo fotografías o videos en páginas como Facebook o Myspace ⁵.

Estas prácticas tienen elementos o factores que le dan una fisonomía particular al fenómeno: imágenes de contenido sexual (eróticas, sexualidad explícita, etc.), el uso de un dispositivo electrónico (por lo general teléfonos móviles) y el consentimiento de sus protagonistas en la toma de las imágenes y en la transferencia o remisión de ellas a un tercero a través de la red.

Con arreglo a lo dicho, se puede afirmar que el *Sexting* tiene dos etapas: una, que comprende el circuito señalado anteriormente (fotografías de contenido sexual, dispositivo electrónico y consentimiento del emisor), y otra (que implica una etapa extendida de la primera, pues el *sexting*, en sentido estricto, finaliza con el acto de remisión/recepción de la imagen), que abarca el momento de la recepción de las imágenes por el destinatario y su difusión no consentida por la red, exponiéndolas a un número indeterminado de personas.

En suma, el circuito de esta práctica sería del siguiente modo: una primera etapa que abarca la captación de imágenes de contenido sexual entre dos o más personas (también puede tratarse de un autorretrato o *selfie*) que luego se envían por algún medio electrónico a otra persona (novio, pareja, amigo, etc.). Sin el uso de la Internet no puede darse un supuesto de *sexting*. Esta es la modalidad de la práctica en sentido estricto, impune en nuestro derecho. Después pueden derivarse otras etapas o formas de conducta cuya realización puede o no ser punible, según cuál sea la modalidad empleada por el autor, por ej. la difusión de las escenas íntimas sin autorización de la persona afectada, sin más intención que la de subir la imagen a la red, o bien con la finalidad de humillar, con ánimo de venganza (*revenge porn*) o para extorsionar a la víctima (*sextorsión*). La pornovenganza –se tiene dicho– es el último eslabón en la cadena que combina tecnología con sexualidad ⁶

⁵ Citado por Agustina José R., en ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *Sexting*, RECPC, N° 12-11, 2010.

⁶ Conf. Fernández Escobedo Guadalupe, *Pornovenganza, cuando la violencia se viraliza*, disponible en <http://grafema.com.mx/wp-content/uploads/2017/06/>

El mayor problema que se presenta en este tipo de prácticas –sin perjuicio de los daños colaterales consecuentes- es que, una vez que el mensaje fue subido a la red, no tiene vuelta atrás y si fue objeto de reenvío a otros destinatarios, aparece el riesgo de conversión de la persona afectada en potencial víctima de maniobras o comportamientos delictivos, como por ejemplo, distintas formas de acoso, cyberbullyin, chantajes, grooming, etc.

III. Conveniencia de intervenir penalmente en casos de *Sexting*.

En Argentina, como antes se dijo, no se encuentran regulados penalmente (ni deberían estar), en forma autónoma, los casos de *Sexting*. La adecuación típica de algunas formas que se dan en la práctica, entre menores de edad, con el uso de dispositivos electrónicos, sólo podrían tener cabida en alguno de los tipos penales previstos de antemano en el digesto punitivo, por ej. ciertos delitos contra el honor, contra la integridad sexual, contra la libertad, contra la propiedad, etc. Pero, tampoco debemos olvidar que lo que da una fisonomía particular al *Sexting* es el hecho, precisamente, que las imágenes son obtenidas, a través de dispositivos electrónicos, por el receptor y con el consentimiento del emisor, es decir, de la persona que se ha autorretratado o lo ha hecho en connivencia con su pareja, cuestión que –de estar regulada la conducta, por ej., con la redacción del texto español- debería conducir a situaciones de atipicidad. No se trata de una remisión de imágenes vía postal o de entrega personal, “cara a cara”, sino que un elemento indispensable que recrea este tipo de hechos es, precisamente, la utilización de elementos electrónicos o telemáticos. De otro modo, sería suficiente para abarcar estos comportamientos, con las conductas tipificadas entre los delitos contra la privacidad o intimidad (arts. 153 y ss CP)

El aumento de los casos que han saltado al dominio público, y que se han dado a conocer por revelaciones periodísticas, en los que se encuentran involucrados menores, especialmente en edad escolar, en la difusión de imágenes de contenido erótico a través de la red Internet, contra la voluntad de sus protagonistas, han puesto al descubierto los daños –físicos y psicológicos- que la divulgación no autorizada de tales imágenes produce en sus víctimas, circunstancia que debe movilizarnos a preguntarnos si no

es hora de promover una intervención estatal más rigurosa a través de la tipificación penal de estas conductas.

Es cierto que el Derecho penal, ni soluciona todos los problemas, ni es la mejor herramienta para lograr tales objetivos. Pero, cuando el interés que se pretende tutelar es lo suficientemente relevante y su protección, real y efectiva (cuya fuente inspirativa se encuentra en la realidad social), no puede lograrse por otras vías menos estigmatizantes, la única opción disponible es la vía punitiva.

Es más que evidente que este tipo de comportamientos van más allá del mero conflicto (amoroso, familiar, etc.) autor-víctima, pues trascienden la pura individualidad para poner en peligro un generalizado sector de la sociedad, de la que forma parte, ciertamente, un grupo de riesgo que requiere de una protección adicional, como son los menores de edad, aun cuando la práctica también es de frecuente uso por personas adultas.

La práctica del *Sexting* conlleva una grave exposición de la propia intimidad, y sitúa al emisor en una situación de riesgo, en la medida en que el receptor puede a su vez difundir masivamente dicho contenido, rebasando el consentimiento del protagonista del material y exponiendo su imagen e intimidad a un número indeterminado de receptores⁷. Por ello, una eventual criminalización del *Sexting* (en su segunda etapa extendida, desde luego, como difusión no consentida) debería contemplar las situaciones de los menores que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, de manera que una intervención estatal excesiva no vulnere al derecho de ellos a preservar su autonomía sexual, esto es, a que no se vean limitados sus derechos a tomar sus propias decisiones de índole sexual, o lo que es lo mismo, el derecho a la autodeterminación en materia sexual, con lo cual se dejaría fuera de la línea de fuego al obstáculo que implica, desde un punto de vista político criminal, el principio de mínima intervención penal.

En esta dirección, se pregunta la doctrina si la difusión no consentida de imágenes íntimas debe ser incluida como delito al código penal, o dicho de

⁷ Conf.Martínez Otero Juan María, El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento, Diario La Ley, N° 8234, 22/01/14, Año XXXV, Editorial La Ley, España, 2014.

otro modo, si un delito de estas características respetaría el principio de mínima intervención penal.

La duda estaría fundada en que una buena parte de la responsabilidad por estos hechos recae en la propia víctima, pues es ella la que consiente una intromisión a su intimidad personal a través de la obtención de imágenes en situaciones de sexualidad explícita o comprometedora, sea en forma individual o bien con otra persona. Por lo que, estas prácticas y la consecuente cesión de las imágenes de contenido sexual a un tercero, no sólo implicaría una exposición voluntaria de la intimidad sino, también, una actitud imprudente al depositar la confianza en una persona (el receptor) de que las mantendrá en privado y no las hará públicas por medio de su divulgación, supuestos en los que se daría una hipótesis de puesta en una situación de un riesgo libremente asumido⁸.

Seguramente se habrá de coincidir en que la intimidad, en cuanto valor que entra en juego en este tipo de conductas, importa un derecho que se define y limita por nuestros propios comportamientos, lo cual significaría que la exposición pública de la misma llevaría como consecuencia la pérdida voluntaria de control sobre nuestras propias áreas de reserva, pero el tema adquiere un matiz diferente cuando se trata del secreto de las comunicaciones, el cual se mantiene con independencia de lo que dispongan sus titulares, por cuanto el secreto está implícito en el propio

⁸ Con esta idea, Martínez Otero Juan María, El nuevo tipo delictivo del artículo 197.4 bis: la difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento, Diario La Ley, N° 8234, 22/01/14, Año XXXV, Editorial La Ley, España, 2014, quien dice que el que revela facetas de la propia intimidad a un tercero realiza un acto libre, y como tal, un acto responsable. Se sitúa voluntariamente en una situación de riesgo, y debe asumir las consecuencias de sus actos, máxime cuando estas consecuencias son tan indeseadas como previsibles. Y la posibilidad de que el sujeto que recibe los contenidos íntimos pueda posteriormente reenviarlos es una posibilidad cierta y real, que debió tener en cuenta antes de hacerle entrega de dichas imágenes. Por ello –concluye– no parece lo más adecuado acudir al Derecho penal cuando dicha posibilidad se materializa y se produce el atentado contra la intimidad.

proceso comunicativo ⁹. Quien entabla una comunicación a distancia está asumiendo las garantías de secreto que este tipo de comunicación implica, y ello de forma automática y objetiva, con independencia, esto es, de que se sea o no consciente de ello. Ese carácter objetivamente secreto debe prevalecer en cualquier caso, incluso en el caso de menores que sin capacidad para querer y controlar sus zonas de secreto, entablan una comunicación a distancia ¹⁰.

Nosotros creemos que la intervención penal, en estos casos de difusión no consentida de imágenes (fotografías y videos) de contenido sexual a través de las TICs, está plenamente justificada. La cuestión no reside en transferir la responsabilidad a la persona emisora de las imágenes, que es la víctima de la infidelidad y de los derechos lesionados, sino en determinar el grado de reproche de la conducta del receptor quien, sin el permiso de aquella, reenvía las imágenes a terceras personas provocando una divulgación no autorizada y, al mismo tiempo, colocando en grave peligro de lesión al bien jurídico protegido. El problema no reside en la conducta de la víctima –que puede haber sido imprudente al permitir la invasión de su intimidad personal-, sino en la conducta del autor, que realiza una acción no autorizada.

El riesgo jurídico penalmente relevante no fue creado por la víctima al tomarse las fotografías con su pareja, sino por la propia conducta de éste -o en su caso, de un tercero-, al difundirlas por la red. Si bien es verdad que la víctima ha dispuesto libremente de su intimidad al consentir obtener imágenes sexuales explícitas con su pareja, no quiere ello significar que esa libre disponibilidad del bien jurídico se mantenga indefinidamente en el tiempo, de modo tal que permita presumir que su ulterior difusión o divulgación por la red no sea antijurídica.

La persona titular del bien jurídico intimidad no desea, ciertamente, una intromisión no consentida a su ámbito de privacidad, antes bien lo que desea es conservar y proteger ese tal bien jurídico de eventuales daños, pues ha confiado en que el receptor de las imágenes las mantendrá bajo su esfera de poder, en el ámbito de su propio espacio de reserva, de manera

⁹ Conf. Rodríguez Ruiz Blanca, El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, pags. 163 y sig., Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

¹⁰ Conf. Rodríguez Ruiz Blanca, op.cit., pag. 164.

que, si éste –sin autorización del titular de bien jurídico- produjo con su acción de divulgación de las imágenes por la red una vulneración de bien jurídico protegido, entonces debería ser responsabilizado como autor del delito que estamos analizando. Al fin y al cabo, el riesgo no permitido fue creado por el propio autor de la divulgación, no por la víctima, por lo que su responsabilidad a título de autor doloso no puede quedar fuera del radio de imputación del hecho delictivo. Y, precisamente, como ha puesto de relieve Roxin, la categoría central del injusto no es la causación del resultado o la finalidad de la acción humana, sino la realización de un riesgo no permitido ¹¹ que, como dijimos, no fue creado por la víctima sino por el receptor de las imágenes que las difundió voluntariamente por la red, pero sin el consentimiento de quien tenía el señorío sobre el bien jurídico tutelado.

IV. La figura regulada en el proyecto de ley del Senado de la Nación.

El nuevo art. 155 bis que se propone el proyecto de ley introducir al Código penal, se ubica –como se puede deducir- en el Título V entre los delitos contra la libertad individual, Capítulo III –Violación de secretos y de la privacidad-, sistemática que nos permite inferir que el bien jurídico protegido por esta infracción es el derecho fundamental a la intimidad personal, cuya área de reserva abarca, ciertamente, la vida sexual de la persona, tanto en su aspecto físico como también en su dimensión psicológica o espiritual.

Del literal del precepto, se puede colegir que el tipo penal propuesto no responde exactamente a la figura del *sexting*, en el concepto estricto del vocablo antes señalado, ni tampoco a la conducta ilegal conocida como *pornovenganza* (o *revenge porn*) ¹², consistente en difundir imágenes o videos de contenido sexual, a través de las redes sociales, sin el consentimiento de la persona afectada, con la finalidad de humillarla, de

¹¹ Conf. Roxin Claus, en *El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual*, La Teoría del Delito en la discusión actual, pag. 93, Editorial Grijley, Lima (Perú), 2007.

¹² Para mayores detalles sobre esta conducta, véase Palazzi Pablo A., *Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)*, *El Derecho*, N° 13.906, año LIV, 2/3/2016.

provocarle algún daño, por revanchismo o desquite de situaciones pasadas conflictivas, venganza o, simplemente, para extorsionarla con la finalidad de obtener alguna ventaja económica o de otra índole (chantaje, sextorsión).

El nuevo artículo 155 bis del Proyecto en modo alguno guarda equivalencia con los fundamentos dados por la legisladora impulsora del mismo, en los que se apunta, en forma casi exclusivamente, a los casos de “pornovenganza”, como se puede deducir claramente de las siguientes expresiones: “El desarrollo de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), sumadas a los dispositivos electrónicos para la producción de material audiovisual inmediato, ha favorecido el uso de nuevas prácticas y conductas en los espacios de la intimidad sexual, de las que resultan imágenes o videos que son el resultado de un acuerdo entre las partes involucradas pero reducidas al espacio de confianza/privacidad en que fueron obtenidas. Muchas de esta conductas devienen en situaciones impensadas para quienes la produjeron o consintieron. Tal es el caso de algunas personas que motivas por *represalia, resentimiento, extorsión, venganza o sentimientos de animosidad respecto de ex sus parejas o relaciones ocasionales de intimidad* (destacado nuestro), suben el ciberespacio imágenes y/o videos que atentan directamente con la libertad, la privacidad y dignidad de las personas. A esta práctica de la conoce con el nombre de “pornografía de venganza”...”.

Como se puede apreciar, estas consideraciones con las que se fundamenta el proyecto de ley, solo parcial y forzadamente se corresponden con el texto del artículo que se pretende introducir al Código penal.

En efecto, el tenor del precepto que se propone comprende dos modalidades de conducta (en ambas hipótesis como un delito de peligro concreto), que lo convierte en un tipo de mixto de carácter alternativo: *hacer público* imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico o *difundir* dichas imágenes o videos mediante el uso de las TICs o “cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos”. En ambos casos, se requiere como presupuesto que una persona *se halle en posesión* de tales imágenes y/o videos, sin importar la forma o el medio que pudo haber utilizado para obtener y tener o mantener en su poder dichas cosas, inclusive que haya empleado para la captación de las imágenes un medio lícito.

Vale decir, que en una de sus modalidades típicas, es suficiente para tener por perfeccionado el delito, con que una persona haya hecho pública la imagen o el video de contenido sexual, por cualquier medio, inclusive a través de medios electrónicos o telemáticos. Pues, lo que esta conducta exige es que el tenedor de las cosas las haya hecho llegar, por cualquier medio (prensa escrita, oral, vía postal o electrónica, etc.), a un número determinado o indeterminado de personas, situación que se podría confundir con algunas de las figuras descritas en los artículos 153, 154, 155, del Código penal. Pero, de lo que no puede haber dudas es que no se trata de un supuesto de *sexting* (ni en su primera ni en su segunda etapa extendida), pues, además de la no exigencia del empleo de la Internet o de cualquier otro medio tecnológico de transmisión de datos, tampoco se requiere que la captación de las imágenes o videos se haya llevado a cabo con el consentimiento de las partes implicadas en la relación íntima (“*aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video*”, dice la norma), circunstancia que podría plantear alguna cuestión relativa a la disponibilidad del bien jurídico protegido -la intimidad personal-, especialmente en aquellos casos en los que el consentimiento para la grabación haya sido prestado por una persona mayor de edad, lo cual podría discutirse su posterior difusión como delito contra la intimidad.

El tipo penal propuesto no presupone una previa captación de imágenes consentida por las partes y su posterior difusión por cualquier medio de comunicación sin la autorización de la persona afectada, sino que comprende también la obtención ilícita o sin consentimiento de ellas.

La imprecisión o ambigüedad de la fórmula del proyecto se evidencia aún más cuando hace referencia a la tenencia de imágenes de “*desnudez total o parcial*”. ¿Cómo debe entenderse estos términos?, ¿cuándo estamos ante una desnudez parcial?, un traje de baño de dos piezas ¿es desnudez parcial?, ¿cómo debería interpretarse aquél caso de la imagen de una mujer, totalmente vestida, practicando sexo oral a otra persona y ésta hace pública esa imagen enviándola a terceros?. ¿Se justifica la intervención penal en un supuesto como el del ejemplo del traje de baño?, ¿no es suficiente con la reparación del daño?.

Tampoco la segunda modalidad típica implica un caso de *sexting*, pues permite que la imagen sea captada por cualquier medio y no, únicamente,

mediante dispositivos móviles y/o electrónicos. Por lo tanto, la figura propuesta en el proyecto, además de tratarse de una figura autónoma, con características particulares, no tiene ninguna equivalencia o correspondencia con los casos de *revenge porn*.

Otro aspecto preocupante de la norma proyectada reside en que no formula ninguna distinción de edad entre los sujetos envueltos en la relación sexual, especialmente en aquellos casos en los que el consentimiento para la grabación fue prestado por un menor de edad, circunstancia en la que podría plantearse la validez de dicho consentimiento, lo cual obligaría a analizar cada caso en concreto a fin de verificar no sólo el aspecto cronológico relacionado con la edad de la persona sino su grado de madurez para otorgar un consentimiento válido.

Por último, nos parece que el segundo párrafo del artículo, cuando establece que “*La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez*”, carece de todo sentido lógico, pues, si la víctima debe esperar a que el autor de la revelación o difusión no consentida de las imágenes o videos de contenido sexual sea condenado mediante sentencia firme para que las retire o elimine de la red, entonces en todo ese “largo” tiempo de duración del proceso penal su derecho fundamental a la intimidad personal habrá quedado pisoteado por una suerte de perpetuo linchamiento digital y, ¡qué duda cabe!, por el propio sistema judicial.