

La tensión entre la difusión no consentida de contenidos sexuales por medios electrónicos y el principio de mínima intervención penal.

Sofía Curatolo

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar la tensión que se plantea entre la posible tipificación de la difusión no consentida de contenidos sexuales, eróticos, íntimos y el principio de mínima intervención penal. En nuestro país, el delito tipificado en otros códigos penales del mundo como “pornovenganza” actualmente no se encuentra legislado en el Código Penal. El 23 de julio de 2020 obtuvo media sanción del Senado de la Nación¹ el proyecto (con modificaciones) presentado por la senadora Claudia Ledesma Abdala el cual modificaría el artículo 155 del Código Penal de la siguiente manera: *“Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y multa de pesos diez mil (\$10.000) a pesos cien mil (\$100.000), el que, hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar o facilitare su publicación indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros. Se aplicará prisión de tres (3) meses a tres (3) años y el doble de la pena de multa establecida en el párrafo anterior al que, por cualquier medio, y sin expresa autorización, difundiere, divulgare, publicare, distribuyere o de cualquier manera pusiere al alcance de terceros documentos obtenidos en un ámbito*

¹ <https://www.senado.gob.ar/sesiones/downloadTac>

de privacidad con contenidos de desnudez, naturaleza sexual o representaciones sexuales explícitas, incluso mediando consentimiento de la víctima’.

Pues bien, nuestro Código Penal recepta la importancia de proteger el ámbito de lo privado, pero es menester, sin lugar a dudas, tipificar una conducta específica y también que tenga referencia a la difusión de documentos, ya sean imágenes o videos, de contenido sexual, como el proyecto mencionado en el párrafo anterior que tiene media sanción. Todo ello aunado a que al ser las mujeres las víctimas principales de estos hechos, constituye una nueva forma de violencia de género, la que debe ser erradicada para dar así cumplimiento con la Convención de Belém do Pará que el Estado argentino ratificó.

Desarrollo

Parte de la doctrina sostiene que la práctica del *sexting*² conlleva una grave exposición de la propia intimidad, y sitúa al emisorx en una situación de riesgo, en la medida en que el receptorx puede difundir masivamente dicho contenido, violando de esa manera el consentimiento de quien produjo y envió el material, exponiendo su imagen e intimidad a un número indeterminado de receptorxs, ya que el alcance de las redes sociales es muy elevado y rápido a la vez, por lo que no se podría calcular.

El debate existente en la doctrina se produce en torno a si la difusión no consentida de imágenes íntimas de contenido sexual debe ser incluida como delito al código penal, o, dicho de otro modo, si la tipificación de un delito de estas características respetaría el principio de mínima intervención penal. La duda les surge a quienes consideran y fundamentan que la responsabilidad por estos hechos recae sobre la propia víctima, dado que esa persona es la que consiente una intromisión a su intimidad personal a través de la obtención de imágenes o contenido audiovisual en situaciones de sexualidad explícita o desnudez, sea en forma individual o 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

² Es la circulación de un contenido sexual a través de dispositivos móviles como teléfonos celulares, tabletas, etc. Su nombre surge de la combinación de las palabras en inglés sex (sexo) y texting (enviar mensajes de texto por teléfono celular). El término fue ampliando su significado conforme el avance tecnológico, y actualmente refiere al envío de imágenes y videos sexuales, de sí mismo o misma, no solo vía mensaje de texto sino, también, mediante mensajería instantánea, foros, posteos en redes sociales o por correo electrónico. Fuente: http://www.jus.gob.ar/media/2912910/guia_sexting.pdf

medio de su divulgación, supuestos en los que se daría una hipótesis de puesta en una situación de un riesgo libremente asumido³.

Consideramos totalmente erróneo el concepto mencionado anteriormente de “riesgo libremente asumido” nos hace recordar a una de las causas que excluyen la imputación objetiva que es la competencia de la víctima. Conforme señala Günter Jakobs puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor/a sino también a la víctima hasta en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por infortunio. La modalidad de explicación no es la desgracia, sino la lesión de un deber de autoprotección ya que son supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada. Entendemos que cuando una persona entabla comunicación por algún medio electrónico con otra lo hace en el marco de la garantía de secreto de que el receptorx de su mensaje no va a divulgar lo allí expuesto. Por lo tanto, si bien enviar una imagen o video con cualquier tipo de contenido es un riesgo en sí mismo, no constituye un riesgo jurídico penalmente relevante, por lo que no puede existir ningún tipo de imputación a la víctima y por ello el Estado debe intervenir y no permitir que la privacidad de las personas sea vulnerada. No resulta contradictorio hablar de intervención estatal a los fines de proteger la privacidad de las personas, ya que no se inmiscuiría en el ámbito de lo privado de lxs ciudadanxs, para ver qué es lo que hacen con sus conversaciones, dado que quien vulnera el ámbito de lo íntimo es el receptorx del mensaje que viraliza la foto, la carga en algún sitio de pornografía o la modalidad que seleccione el mismx y a través de eso los hechos llegarían a conocimiento del Estado mediante una denuncia.

En términos de imputación objetiva, el riesgo jurídico penalmente relevante no fue creado por la víctima al tomarse las fotografías solx o con su pareja, sino por la propia conducta de quien realiza la acción de difundirlas por la red, ya sea el receptorx de ese mensaje o un tercero. Es decir, si se tipifica el delito de difusión de imágenes, videos o contenidos sexuales explícitos o desnudez no autorizados, el riesgo jurídicamente desaprobado es creado por el autorx de la divulgación y ese riesgo no permitido se realiza en el resultado. Si bien es verdad que la víctima ha dispuesto libremente de su intimidad al consentir obtener imágenes sexuales

³ MARTÍNEZ OTERO, Juan María citado por BUOMPADRE, Jorge Eduardo en “*Sexting, Pornovenganza, Sextorsion... ¿o qué? (a propósito de un proyecto legislativo tendiente a cartigar la difusión de imágenes no consentidas de desnudez o videos de contenido sexual)*”. Obtenido de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46005.pdf>

explícitas con su pareja, eso significa 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 víctima únicamente consintió el envío de imágenes o vídeos con contenido sexual, erótico o desnudez con el receptorx del mensaje, no con un número indefinido de personas. La persona titular del bien jurídico intimidad no desea, ciertamente, una intromisión no consentida a su ámbito de privacidad, ya que lo que desea es conservar y proteger ese tal bien jurídico de eventuales daños, pues ha confiado en que el receptorx de las imágenes las mantendrá bajo su esfera de poder, en el ámbito de su propio espacio de reserva, de manera 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 autorx del delito que estamos analizando⁴. Como se mencionó anteriormente, el riesgo no permitido fue creado por el propio autorx de la divulgación, no por la víctima, por lo que su responsabilidad es a título de autorx doloso, y, por ende, no puede quedar fuera de imputación del hecho. Es por ello, entendemos que, los casos de difusión no consentida de imágenes y videos de contenido sexual a través de las tecnologías de la información, está plenamente justificada, dado que se produce una lesión en el bien jurídico intimidad, privacidad. La cuestión no debe residir en transferir la responsabilidad a la persona emisora de las imágenes, que es lo que plantea un sector de la doctrina al hacer mención del “riesgo libremente asumido”, sino en determinar el grado de reproche de la conducta del receptorx quien, sin el consentimiento 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 se fundamenta en la conducta del sujeto pasivo sino en la conducta del autorx, que realiza una conducta que vulnera bienes jurídicos tutelados⁵.

Existen ejemplos de las consecuencias que genera esta conducta que, en nuestro país no está tipificada en el Código Penal y por ende no puede ser reprochada al autorx, de difusión de imágenes sexuales no autorizadas y uno fue el caso de Belén

⁴ BUOMPADRE, Jorge Eduardo en “*Sexting, Pornovenganza, Sextorsion... ¿o qué? (a propósito de un proyecto legislativo tendiente a cartigar la difusión de imágenes no consentidas de desnudez o videos de contenido sexual)*”. Obtenido de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46005.pdf>

⁵ BUOMPADRE, Jorge Eduardo en “*Sexting, Pornovenganza, Sextorsion... ¿o qué? (a propósito de un proyecto legislativo tendiente a cartigar la difusión de imágenes no consentidas de desnudez o videos de contenido sexual)*”. Obtenido de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46005.pdf>

San Román⁶, policía que se suicidó por la difusión de imágenes y video íntimos que hizo su ex pareja desde un correo electrónico anónimo pero habiéndola extorsionado previamente, por ello también la senadora Abdala en su proyecto presentó la modificación del artículo 169 del Código Penal para los casos de extorsión con este tipo de contenidos. Algo similar sucedió en Italia donde Tiziana una joven de 31 años se suicidó en el año 2015 luego de que difundieran sus videos sexuales y se convirtiese en la víctima de bromas machistas⁷.

Por otra parte, cabe destacar ejemplos en los que no se presenta ni siquiera el consentimiento para la producción de estas imágenes o videos y la persona no tiene conocimiento del mismo hasta que se viraliza y divulga. Un caso es el de la estadounidense Chrissy Chambers, su ex pareja filmó sin su consentimiento, mientras mantenían relaciones sexuales, viralizó las imágenes íntimas y las publicó en 2011 en una página de pornografía con el nombre completo de la víctima. El Tribunal Superior de Londres falló a su favor, pero en una demanda civil, ya que en el ámbito penal estaba prescripta la acción⁸. Lo que se produce en estos hechos se corresponde con la definición que utilizan en Estados Unidos que es la siguiente: *“nonconsensual pornography, defined as the distribution of sexually graphic images of individuals without their consent. This includes both images originally obtained without consent (e.g. by using hidden cameras, hacking phones, or recording sexual assaults) as well as images consensually obtained within the context of an intimate relationship”*⁹. [La pornografía no consentida es definida como la distribución de imágenes sexuales gráficas de personas sin su consentimiento. Esto incluye tanto las imágenes originalmente obtenidas sin el consentimiento como por ejemplo usando cámaras ocultas, hackeando teléfonos, o grabando abusos sexuales, como así también las imágenes obtenidas en el contexto de una relación íntima]. Asimismo, también señalan que: *“Nonconsensual pornography transforms unwilling individuals into sexual entertainment for strangers. A vengeful ex-partner or opportunistic hacker can upload an explicit image of a victim to a website where thousands of people can view it and hundreds of other websites can share it. In a matter of days, that image can dominate the first several pages of “hits” on the victim’s name in a search engine, as well as being emailed or*

⁶<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2020/12/08/pornoextorsion-en-bragado-un-video-intimo-el-mail-anonimo-y-el-presunto-plan-de-la-ex-pareja-de-la-policia-para-perjudicarla/>

⁷ https://elpais.com/elpais/2019/06/14/ideas/1560532497_362604.html

⁸ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-42741421>

⁹ <https://www.cybercivilrights.org/faqs/>

otherwise exhibited to the victim's family, employers, co-workers, and peers"¹⁰. [La pornografía no consentida convierten a los individuos que no desean compartir el contenido en personas que funcionan como entretenimiento para extraños. Una ex pareja vengadora o un hacker oportunista puede subir una imagen explícita de la víctima a un sitio web donde miles de personas pueden verla y otras cientos de páginas pueden compartirla. En cuestión de días, esa imagen puede figurar en las páginas de búsquedas como así también la misma puede ser exhibida a la familia, empleadores, trabajadores y compañeros de la víctima]. Es dable señalar que, en Estados Unidos, la tipificación del delito de *revenge porn* está legislada en cada estado, no tienen una norma federal al respecto; sólo cuatro estados no tienen legislación de la temática¹¹.

Asimismo, en Brasil legislaron hace tres años el tipo penal del cual estamos hablando y Renata de Lima Machado Rosa, Roberta Duboc Pedrinha y Maria Helena Barros de Oliveira en un artículo nos comenta que: "*A Lei nº 13.718/201831 criou o tipo penal do art. 218-C do Código Penal, que estabelece ser crime oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia, fixando a pena de reclusão de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave*"¹². [La ley nro. 13.718 creó el tipo penal del artículo 218-C del Código Penal que establece el crimen de ofrecer, cambiar, poner a disposición, transmitir, vender o exponerse a la venta, distribución, publicación o divulgación, por cualquier medio, incluso por medio de comunicación masiva o sistema informático, o telemático, fotografía, video u otro registro audiovisual que contenga imagen de violación, o de violación de un vulnerable o que haga apología o induzca a su práctica o, sin el consentimiento de la víctima, escena de sexo, desnudez o pornografía, fijando la pena de reclusión de uno a cinco años si lo mismo no constituyere un crimen más grave].

En España, en el Código Penal en el Título X de "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio" en el Capítulo I "Del descubrimiento y revelación de secretos" se encuentra tipificado en el artículo 197

¹⁰ <https://www.cybercivilrights.org/faqs/>

¹¹ [https://ballotpedia.org/Nonconsensual_pornography_\(revenge_porn\)_laws_in_the_United_States#cite_note-faq-1](https://ballotpedia.org/Nonconsensual_pornography_(revenge_porn)_laws_in_the_United_States#cite_note-faq-1)

¹² https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-11042019000800178&script=sci_arttext

inciso 7 de la siguiente manera: “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”¹³ .

En Italia, el proyecto que recibió la aprobación bipartidista en el año 2019 estableció que cualquier persona que envíe, entregue, transfiera, publique o distribuya imágenes o videos de órganos sexuales o contenido sexualmente explícito, destinado a permanecer en privado, sin el consentimiento de las personas representadas, será castigado con prisión de uno a seis años y pagará una multa de 5 mil a 15 mil euros. En caso de que el delito se cometa por la pareja o por un ex podría agravar la condena o si los hechos se difunden por medios digitales. La misma sanción se aplica a quienes hayan recibido o, en cualquier caso, hayan adquirido las imágenes o los videos, los envíen, los entreguen, los vendan, los publiquen o los difundan sin el consentimiento de las personas representadas para causarles daño¹⁴.

Además de los países mencionados a modo de ejemplo, es una tendencia general la tipificación del delito de difusión de imágenes, videos, contenidos sexuales explícitos, desnudez sin el consentimiento de la otra persona, dado que el uso de las tecnologías de la información se ha ido acrecentando con el correr del tiempo, como así también las formas de afectación a los bienes jurídicos tutelados a través de medios informáticos se ha incrementado, y es necesario que la legislación no deje lagunas y a las víctimas libradas a la suerte.

Conclusión

Podemos decir que el derecho a la intimidad o privacidad es un derecho personalísimo que encuentra sustento en el respeto a la dignidad humana y que posee su plataforma legal y normativa en la interpretación armónica de los arts. 18, 19 y 33 de la C.N. y de los arts. 11, incs. 2º y 3º de la CADH, 17 del PIDCP, 12 de la DUDH y 10 de la DADDH¹⁵.

¹³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

¹⁴ <https://digitalpolicylaw.com/italia-aprobo-una-enmienda-al-proyecto-de-ley-sobre-el-codigo-rojo-sobre-la-porno-venganza/>

¹⁵ SUEIRO, Carlos Christian, *Criminalidad informática*, 1º ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 98.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta también y no dejarse de lado que una eventual criminalización del *sexting*, sólo en su etapa de difusión no consentida, debería contemplar las situaciones de los menores que han alcanzado la edad del consentimiento sexual, en nuestro país los 13 años, de manera que una intervención estatal excesiva no vulnere al derecho de ellxs a preservar su autonomía sexual, esto es, a que no se vean limitadxs sus derechos a tomar sus propias decisiones de índole sexual, con lo cual dejaría fuera de la línea de fuego al obstáculo que implica, desde un punto de vista político criminal, el principio de mínima intervención penal. Si bien pueden practicar este acto, lxs menores son quienes más necesitan una tutela del bien jurídico, intimidad, ya que como se mencionó en legislaciones anteriores, las imágenes se difunden en cuestión de segundos, y es muy difícil lograr eliminarlas de la web, lo que a futuro les puede causar problemas a la hora de conseguir un trabajo, sin hablar de la violación a su imagen personal, el riesgo que corren al figurar en sitios web al que acceden mayores de edad, entre otras cuestiones.

Si bien el derecho penal es de última ratio, la intervención debe ser mínima, y lo que conjuntamente debería realizarse además de lograr la sanción del proyecto presentado o de uno nuevo, son políticas públicas que generen concientización de las consecuencias y daños que provocan la difusión de este tipo de contenidos y cómo afectan a la persona en particular y a su círculo.

Ya sea porque la persona produce este tipo de contenidos y los envía a otra persona con quien tiene algún vínculo o no en el marco de una comunicación secreta, y a su vez este receptorx es quien lo divulga o porque directamente la víctima desconoce que ha sido fotografiada o filmada, es de fundamental importancia la intervención estatal para castigar esta conducta que es contraria a la Constitución Nacional y todos los tratados internacionales de derechos humanos incluidos en el art. 75 inc. 22 mencionados ut supra.

La tensión que se plantea en la doctrina acerca de si la tipificación de esta conducta no violaría el principio de mínima intervención penal, nos coloca en la posición de considerar que ante los crecientes casos de pornovenganza que ocurren no sólo en nuestro país sino en todo el mundo, lo que llevó a que varios países lo tipificaran ya sea de forma federal o por estados.

Consideramos apropiado la inclusión de este delito dentro del título de “Violación de secretos y privacidad” del Código Penal, pero entendemos que, así como fue presentado el proyecto está incompleto. Una correcta técnica legislativa sería aquella que abarque todos los supuestos de pornovenganza para que luego no quede a discrecionalidad del juez/a que en suerte toque en el caso. Por lo tanto,

proponemos que la modificación al artículo 155 sea la siguiente: “*Se aplicará prisión de tres (3) meses a tres (3) años y el doble de la pena de multa establecida en el párrafo anterior a la persona que, por cualquier medio, y sin expreso consentimiento, distribuyere, difundiere, divulgare, publicare o de cualquier manera pusiere al alcance de terceras personas documentos obtenidos en un ámbito de privacidad, ya sean imágenes obtenidas con consentimiento en el marco de una comunicación o relación, como así también aquellas que se obtuvieron sin el consentimiento de la persona a través de cámaras ocultas, el quebrar la seguridad del teléfono y acceder, grabar abusos sexuales, y cualquier otra forma que menoscabe gravemente la intimidad de la persona*”.

Asimismo, vinculado con la pornovenganza, está el *sextorsion*, que es una forma de chantaje en la que se amenaza a una persona con divulgar y hacer pública imágenes y videos de su intimidad sexual, por lo general se pide un rescate en dinero o más imágenes o videos. Cuando es en dinero se pide en forma de criptomonedas, como por ejemplo bitcoins, ya que es difícil rastrear el destinatario¹⁶. En el proyecto presentado por Ledesma Abdala se propuso la modificación del artículo 169 de la siguiente manera: “*Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que, por amenazas de imputaciones contra el honor, de difusión de documentos cuyo contenido fuera consecuencia de una relación íntima o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente*”. Entendemos que la escala penal de este tipo penal podría resultar contrario al principio de proporcionalidad toda vez que resultaría muy elevado en comparación con la posible tipificación del delito de pornovenganza que va de 3 meses a 3 años de prisión. Consideramos que sería más apropiado la escala penal de un año a cinco años.

Como corolario, resulta imprescindible no transferir la responsabilidad a la víctima, ya que si consentidamente comparte contenido sexual o pornográfico con otra persona y la persona emisora no autoriza su difusión, el receptor no posee la autorización para divulgarlo, de hacerlo sería el sujeto activo del delito doloso de pornovenganza. Asimismo, más allá de la urgencia en lograr la sanción de un proyecto de ley que incluya la pornovenganza y el *sextorsion*, dado que estamos atrasados como Estado en esta materia en comparación con los países de Europa y el resto de América, resulta fundamental la promoción de políticas públicas en el marco del Ministerio de la Mujer, Géneros y Diversidad, a los fines de concientizar a la sociedad en su conjunto de cuáles son los daños que producen estos comportamientos. Pueden ser charlas de carácter obligatorio en escuelas, en el ámbito estatal y privado para trabajadorxs, para quienes también quieren en centros culturales, que las universidades tanto públicas como privadas hagan cursos al

¹⁶ <https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/que-hago-en-caso-de-sextorsion>

respecto como con la Ley Micaela, para que se ponga en conocimiento la gravedad de las consecuencias que puede ocasionar estas conductas, más allá de que se tipifiquen y que por supuesto sean perseguidas penalmente cuando exista una denuncia de la víctima. La importancia de prevenir la conducta radica en manos del Estado y se debe abordar desde el ámbito penal para solucionar lo inmediato, pero también desde el punto social para tener efectos a mediano plazo.