

LA REGULACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA NO CONSENTIDA EN ARGENTINA

Diciembre de 2015

La regulación de la pornografía no consentida en Argentina^{1 2}

Las conductas y las relaciones humanas que el derecho pretende regular se modifican con el tiempo y con el contexto. El entorno tecnológico y digital en el que la sociedad (o la mayor parte de ella) vive en la actualidad ha introducido cambios radicales, que no se limitan solo a la forma en que nos comunicamos sino al contenido de lo que se comunica. La Internet, unida a la banda ancha móvil, a la digitalización y a las tecnologías móviles permite a los individuos comunicar contenidos con un nivel de inmediatez, masividad, personalización y claridad como no lo permitía ninguna tecnología de la era analógica, ni siquiera consideradas en conjunto.

Estas condiciones han permitido el florecimiento de nuevas relaciones sociales, en general identificadas con la palabra “ciber” (ciberusuarios, ciberamigos, ciberterroristas), entre ellas, las cibervictimias.

La categoría de víctima y victimario se re-dimensiona frente a la Internet. Esta clasificación, tan antigua como las sociedades mismas, adopta ahora las características de la Internet. El ataque será personalizado y al mismo tiempo, potencialmente masivo. Masivo en cuanto a su difusión pero también en cuanto a los participantes del mismo.

Algunos de los ataques de los cibervictimarios reproducen conductas que pueden realizarse en el mundo físico, solo que en línea se llevan a cabo con mucha mayor facilidad (por ejemplo, el robo de identidad). Pero otras, adquieren modalidades únicas y por tanto, colocan a la víctima y a la sociedad en una situación de mayor indefensión y shock, ya que son imprevisibles y difíciles de conjurar.

Este es el caso de lo que mayoritariamente se ha llamado en la doctrina como “pornografía de venganza”, término bajo el cual quedan incluidos distintos supuestos que giran básicamente en torno a la publicación no consentida, en Internet o utilizando comunicaciones electrónicas, de imágenes sexuales. Esta definición básica se amplía o se restringe según el enfoque y el objetivo regulatorio. Como se explica luego, adoptaremos para el análisis regulatorio de esta investigación el término “pornografía no consentida”.

Ejemplos de esta situación abundan cada vez más en todo el mundo³ y su notoriedad e impacto ha sido reconocida por los reguladores, el sector privado prestador de servicios de Internet, la sociedad civil y la academia.

Como refiere Mary Anne Franks (2015), quien ha elaborado una Guía para Reguladores “Tantos como 3000 sitios web publican “pornografía de venganza” y ese material íntimo es asimismo ampliamente distribuido sin consentimiento a través de redes sociales, blogs, emails y mensajes de texto. La Cyber Civil Rights Initiative (CCRI) es contactada por un

¹ Esta investigación fue realizada por Paula Vargas de Brea, investigadora del CELE para proyectos de la Iniciativa Libertad de Expresión e Internet. Es abogada y ejerce la profesión como consultora independiente de empresas de internet. Es además coordinadora del Programa de Derecho de Internet y Tecnología de las Comunicaciones de la Universidad de San Andrés, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Esta investigación contó con el invaluable aporte de las jornadas y talleres realizados en el Centro de Estudios para la Libertad de Expresión (CELE), durante los cuales tanto los investigadores del CELE, como su Director e investigadores de otras disciplinas contribuyeron a evaluar y desarrollar muchos de los conceptos plasmados aquí.

³ Por ejemplo, en México la policía cibernética del Distrito Federal registró 752 delitos de este tipo en el año 2014. Véase, Ochoa, Stephanie para Milenio.com, *Venganzas amorosas con pornografía en Internet*, 11 de enero de 2015. Disponible en: http://www.milenio.com/cultura/Venganzas-amorosas-pornografia-internet_0_443955613.html

promedio de 20-30 víctimas cada mes. La tecnología y las redes sociales han permitido a los abusadores “crowd source” su acoso y también ha permitido a los individuos inescrupulosos aprovecharse de ello”.⁴

El informe de la Association for Progressive Communications (APC) (2015) ha caracterizado a la violencia contra las mujeres ejercida utilizando tecnología (VAW, violence against women, por sus siglas en inglés) como un “continuum”: “La VAW no está fragmentada; es un continuum. La VAW relacionada con la tecnología está presente en este continuum tanto como en la VAW fuera de línea, donde ambas son experiencias conectadas y generadas por las relaciones inequitativas de poder enraizadas en la sociedad. Las mismas formas de discriminación por género que modelan las estructuras sociales, económicas, culturales y políticas se reproducen en línea y en las diferentes plataformas digitales. Contrariamente a las creencias populares, la VAW relacionada con la tecnología no es esporádica sino que es un evento que ocurre a diario en las vidas y experiencias de las mujeres y niñas alrededor del mundo”.⁵

De acuerdo a lo que manifiestan algunas organizaciones y académicos, este tipo de acciones afectan en su amplia mayoría a las mujeres y ello es porque la desvalorización de las mujeres por ser tales incluye la exposición de sus preferencias y actitudes sexuales. Es un claro exponente de la reproducción de patrones culturales discriminadores que al varón la exposición de su actividad sexual en general no lo desprestigia socialmente, mientras que a la mujer sí.

No debe soslayarse que la pornografía no consentida, al representar una situación sexual, expone a la víctima un tipo particular de violencia, que es la violencia sexual, aún cuando sea de tipo psicológico y no físico.

Los casos reportados son todos dramáticos para las víctimas, algunas de las cuales llegaron a cometer suicidio o experimentaron graves daños psicológicos y vieron su vida familiar y laboral arruinada.⁶ Efectivamente, esta conducta, perpetrada en general por varones en contra de mujeres, provoca grandes sufrimientos en las víctimas por la exposición de su intimidad ante la sociedad y, además, perjuicios materiales generados por las dificultades laborales que les acarrea la publicación o la disponibilidad de dicho material. En casos extremos ha implicado la necesidad de mudarse, de cambiar sus hijos de escuela y de cambiar de trabajo.

Por ejemplo, Chrissy Chambers, una “estrella” de la plataforma Youtube, inició un juicio civil en Inglaterra en procura de obtener daños y perjuicios contra su ex pareja, un británico que habría publicado material de contenido sexual, explícito, luego de su ruptura. Ésta expresó: “*La primera vez que ví los videos, sentí que me habían arrebatado mi dignidad. Fue como recibir un golpe en el pecho que no me permitía respirar*”.⁷ Esta declaración da una noción bastante clara de las consecuencias espirituales y físicas que experimentan las víctimas.

⁴ Franks, Mary Anne, *Drafting an Effective “Revenge Porn” Law: A Guide to Policymakers in End Revenge Porn*, “As many as 3000 websites feature “revenge porn,” and intimate material is also widely distributed without consent through social media, blogs, emails, and texts. The Cyber Civil Rights Initiative (CCRI) is contacted by an average of 20-30 victims each month. Technology and social media make it possible for abusers to “crowd-source” their harassment as well as making it possible for unscrupulous individuals to profit from it.”, 17 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.endrevengeporn.org/guide-to-legislation/>

⁵ “VAW is not fragmented; it is a continuum. Technology-related VAW is therefore on this continuum as much as “offline” VAW, where both are experiences connected to and brought about by unequal gender power relations enmeshed in society. The same forms of gender discrimination that shape social, economic, cultural and political structures are reproduced online and on different digital platforms. Contrary to popular belief, technology-related VAW is not deviant and episodic, but rather an everyday event in the lives and experiences of women and girls all over the world.”

⁶ Women’s Legal and Human Rights Bureau, Inc. Association for Progressive Communications (APC), *End violence: Women’s rights and safety online From impunity to justice: Domestic legal remedies for cases of technology-related violence against women*, “The effects of the violations also extended to women’s families and friends, and at times resulted in feuds or broken relationships. Martha from Colombia married a man who was violent to her while they were married. She later divorced him and remarried.” However, Martha’s ex-husband created a fake profile of her online and started posting intimate pictures he had taken of her while they were still together. As a consequence, her second husband asked her for a divorce, and she is currently undergoing divorce proceedings. Martha says, “It distresses me to think that one day when my daughters are older they might see these pictures and hold it against me.”, marzo de 2015, p. 14. Disponible en:

http://www.genderit.org/sites/default/upload/flow_domestic_legal_remedies.pdf

⁷ Press Association, *YouTube star in revenge porn case*: “When I first saw the videos I felt I’d been stripped of my dignity. It was like I’d been hit in the chest and couldn’t catch my breath”, 3 de junio de 2015. Disponible en http://m.yorkpress.co.uk/news/13310632.YouTube_star_in__revenge_porn__case/

En Estados Unidos, el puntapié inicial para el proceso regulatorio de la pornografía de venganza fue el caso de Holly Jacobs⁸, quien hasta debió cambiar legalmente su nombre (su nombre de nacimiento es Holli Tometz) por el acoso que sufrió luego de que su ex pareja hiciera públicas imágenes íntimas sin su consentimiento. Sus planes personales y profesionales se truncaron y debió dedicar tiempo y esfuerzo a tratar de contener el daño creado por la propagación de las imágenes. Finalmente creó *endrevengporn.com*⁹, una campaña organizada por la Cyber Civil Rights Initiative para promover la sanción de legislación y ayudar a otras víctimas.

En honor a la brevedad no se brindarán ejemplos de otros casos, pero la mayoría han sido acabadamente documentados por Danielle Citron, referente académico en el tema y activista, en su libro “Delitos de Odio en el Ciberespacio”¹⁰.

El problema no está visibilizado en la Argentina ya que no existen estadísticas oficiales¹¹ que hayan estudiado de forma desagregada el fenómeno de la pornografía no consentida, por lo cual no está claro en qué grado ello ocurre. Dada la masividad en el uso de dispositivos tecnológicos para la comunicación, puede presumirse que la falta de visualización se debe más a un defecto en la forma en que se recolectan los datos estadísticos que a la inexistencia del problema.

No obstante su invisibilización en el campo estadístico, la pornografía no consentida es de interés regulatorio ya que existe claramente un derecho vulnerado y en nuestro sistema jurídico, si existe un derecho vulnerado debe preverse un mecanismo para su reparación. Por lo tanto, la cuestión no es si debe regularse sino cómo.

En general, el objetivo de la víctima de una situación de pornografía no consentida es: 1) obtener la remoción inmediata del contenido; 2) sancionar penalmente al agresor; y 3) obtener una reparación económica por los perjuicios sufridos.

El regulador o los jueces pueden, a través del derecho, satisfacer todas o algunas de estas pretensiones. No obstante, antes de adoptar una solución regulatoria o de interpretar el derecho vigente, deberán hacer un balance con otros derechos, principalmente con el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información, ya que la pornografía no consentida implica circulación de contenido.

Es decir, uno de los puntos más relevantes a considerar en relación con la pornografía no consentida es que la conducta se refiere a la publicación o puesta a disposición de contenido, por lo cual, debe incluir un análisis sobre la legitimidad para limitar la libertad de expresión, sea porque se criminaliza a quien se expresa y/o se le imponen sanciones pecuniarias y/o se prohíbe la circulación de este contenido. En consecuencia, cada opción regulatoria debe ser confrontada con el mecanismo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular a la luz de la restricción de contenidos en Internet, que tiene su doctrina particular.

Ya en el año 1995, cuando Naciones Unidas en la Cuarta Conferencia Mundial de Mujeres estableció la Plataforma de Beijing se tuvo en cuenta que el abordaje de la relación entre los medios, la cosificación de las mujeres y la violencia de género debían considerar los límites que el derecho a la libertad de expresión imponen.¹² Allí se dispuso como uno de los objetivos a lograr por los gobiernos y las organizaciones internacionales “dentro de lo consistente con la libertad de

⁸ Jacobs, Holly *Victims of Revenge Porn deserves real protection*, para The Guardian, 8 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/oct/08/victims-revenge-porn-deserve-protection>

⁹ Disponible en: <http://www.endrevengporn.org/>

¹⁰ Citron, Danielle Keats, *Hates Crimes in Cyberspace*, Harvard University Press, 2014.

¹¹ No han publicado estadísticas sobre este fenómeno ni el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres del Consejo Nacional de las Mujeres, ni el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), ni la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres, entre otros organismos con competencia para relevar la pornografía no consentida.

expresión...adoptar medidas efectivas o establecer dichas medidas, incluyendo la legislación apropiada contra la pornografía y la proyección de la violencia contra las mujeres y los niños en los medios”.¹³

El objeto de esta investigación es proveer al regulador o al juez de una descripción del derecho vigente que les permita aplicarlo o resolver, en su caso, si hace falta otro tipo de regulación que brinde soluciones efectivas y respetuosas de todos los Derechos Humanos.

En principio, se desarrollarán dos perspectivas desde las cuales puede ser abordada esta cuestión, que no son excluyentes entre sí:

1) Como la vulneración de un derecho fundamental:

Desde esta perspectiva se analizará si la pornografía no consentida constituye un supuesto de discurso de odio por incitar a la violencia contra las mujeres o si es un contenido que vulnera la privacidad de la víctima. También podría constituir un supuesto de violación a la ley de protección de datos personales, pero no será objeto de tratamiento en este trabajo ya que bajo el Sistema Interamericano no está claro que sea un derecho fundamental independiente de la Privacidad, no obstante lo cual, la acción de Habeas Data puede ser un recurso procesal eficiente.

2) Como un acto que requiere condena penal:

Se analizará si la pornografía no consentida está contemplada en algún tipo penal ya existente y en su caso, si es recomendable su criminalización.

Por otra parte, se analizará cuáles son los remedios que el Código Civil y Comercial puede aportar para la reparación de los eventuales daños y cuál sería la vía procesal más adecuada.

Definición de “pornografía no consentida” y comparación con otras figuras similares

Elegimos delimitar el objeto de esta investigación a lo que denominamos “pornografía no consentida”, definida como: **la publicación o puesta a disposición, o la amenaza de hacerlo, al público en general o de terceros en particular, de forma deliberada, utilizando la Internet u otra tecnología de la comunicación de imagen/es, o audio/s o contenido/s audiovisual/es de naturaleza sexual explícita, sin el consentimiento de la víctima, por parte de un individuo con el que ésta hubiera mantenido una relación íntima.**

Consideramos que esta es la definición que permite mantener un equilibrio entre los derechos que pueden estar en pugna con el derecho de la víctima, como lo es la libertad de expresión.

Esta definición se diferencia de otras situaciones que regulan fenómenos parecidos como por ejemplo:

-Acoso (o ciberacoso): esta es una figura que integra pero a la vez excede al supuesto de pornografía no consentida. El ciberacoso y el ciberacecho han sido definidos por Danielle Citron, especialista y referente en esta temática, en su libro “Delitos de Odio en el Ciberespacio”¹⁴ como: “... la conducta que implica la intención de generar un daño emocional substancial infligido a través del uso de Internet, de manera tal que constituye un curso de acción más que un hecho aislado. El ciberacecho tiene en general un significado más acotado: es una conducta en Internet que provoca a un individuo temor por su vida o seguridad o que podría provocar a un individuo razonable temor por su vida o su seguridad”. Estas conductas requieren para su configuración una situación sostenida en el tiempo, conformada por varias

¹³ Organización de Naciones Unidas, Plataforma de Beijing. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/media.htm>

¹⁴ Supra nota 9, posición 70 de 6510 en ebook. (Traducción propia)

conductas de las cuales la pornografía no consentida es una. Implica además la intención de dañar a la víctima. Aclara la autora citada anteriormente en dicho libro, que el prefijo “ciber” es válido por cuanto reafirma el potenciamiento de los efectos negativos de la conducta que ocurren solo en Internet.

-Pornografía de venganza¹⁵: ha sido definida también por Citron¹⁶ como “la publicación de fotografías de desnudos sin consentimiento. Es una demostración de que el Ciberacoso es una cuestión de género”. A los fines de esta investigación, se ha optado por una definición que prescinda de la intencionalidad “de venganza”. En nuestra definición, es suficiente que la acción cometida por un individuo con el que la víctima mantenía una relación sentimental de confianza y que sea deliberada, es decir, que no sea producto de un error.

Por otra parte, se explica a continuación el porqué se han incluido determinados elementos y excluido otros:

-Publicación o puesta a disposición por parte de alguien que tiene o tuvo una relación íntima con la víctima: se excluye la publicación o posterior difusión por parte de terceras personas ajenas a una relación sentimental o relación de tipo sexual consentida con la víctima. Esta acción podrá eventualmente derivar en una acción civil por daños y perjuicios, o configurar algún otro delito pero por razones de libertad de expresión y de intencionalidad, se excluye de las propuestas regulatorias de este estudio, aun cuando el material de la publicación o difusión hubiere sido puesto a disposición por el autor de la pornografía no consentida. Más adelante se analizará, no obstante, la situación de las plataformas creadas específicamente para fomentar esta actividad, la extensión de la responsabilidad hacia otros sujetos como las plataformas en las que el material se publica o que prestan el servicio de conectividad o hacia quienes republican, con fines de lucro.

Tampoco quedaría incluido el tercero que realiza la publicación o puesta a disposición por orden y voluntad de quien tuvo la relación íntima con la víctima.

En el concepto de “relación íntima” incluyen solo las relaciones de pareja. Se excluyen de este concepto las relaciones familiares, de amistad cercana o de empleo. Esto no quiere decir que aquel que publica o pone a disposición material íntimo de otra persona deba quedar eximido de toda responsabilidad, sino que deberá regularse bajo otra figura, aún cuando las consecuencias sean las mismas.

El objetivo de efectuar esta discriminación es poder controlar las consecuencias jurídicas en cada caso. La realización de esa conducta por una ex pareja o actual pareja puede tener una connotación de violencia de género que merece su análisis por separado. También podría tener una connotación de violencia de género la actitud de un empleador pero difícilmente pueda éste haber obtenido un material sexual a través de una relación de ese tipo. **El elemento recurrente en las situaciones de pornografía no consentida es la relación de confianza en el marco de la cual se produce el material íntimo.** En el Reporte de Naciones Unidas “Un Marco de apuntalar la prevención de la violencia contra las mujeres” se hace referencia a “Violencia de pareja íntima”.¹⁷

¹⁵ Cuando esta investigación se refiera al término “pornografía de venganza” y no a “pornografía no consentida”, que es nuestra propia definición del objeto de estudio, será porque la fuente originaria se refería a dicho término.

¹⁶ Supra nota 9, posición 300 de 6510 en ebook. (Traducción propia)

¹⁷ UN Women, *A Framework to underpin action to prevent violence against women* (2015), “Intimate partner violence (IPV) – any behaviour by a man or a woman, or a boy or a girl, within an intimate relationship, that causes physical, sexual or psychological harm to the other person in the relationship.”, p. 10.

Disponible en:

http://www2.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/prevention_framework_unwomen_nov2015.pdf?v=1&d=20151124T225223

De todas maneras, dentro de la definición podrían incluirse a las relaciones circunstanciales o a las situaciones sexuales grupales, de las que participara más de una persona (por ejemplo, quien toma las imágenes de otras personas en un acto sexual).

-Incluye sólo imágenes, audios o material audiovisual de carácter sexual: se excluye de esta investigación todo aquel material que si bien puede revelar la intimidad de la víctima no detenta un carácter sexual. No obstante, se incluyen las imágenes de desnudos aún cuando representen actos sexuales explícitos. También se incluyen audios porque la voz ha sido incluida en el nuevo Código Civil y Comercial como parte del derecho a la imagen.

- Es irrelevante si el material fue obtenido con consentimiento: el foco de la investigación está colocado en los resultados de la acción, y en la falta de consentimiento para la publicación o puesta a disposición, independientemente de que el infractor haya obtenido las imágenes de forma legítima. La falta de consentimiento en la obtención del material podrá eventualmente configurar otro delito o ilícito. La irrelevancia del consentimiento también impide que se realice un juzgamiento moral sobre la víctima por haber consentido la producción de un material de contenido sexual.¹⁸

-Incluye sólo relaciones entre adultos: en una relación entre menores o entre un menor y un adulto, por *default*, no puede existir consentimiento para la relación sexual en sí. La publicación de este tipo de material configuraría un supuesto de pornografía infantil.

-No se requiere la producción de un daño: el daño debe presumirse en estos casos. No se trata de que no sea un elemento del supuesto regulado, se trata de que no deba probarse por parte de la víctima puesto que la mera prueba podría colocarla en situaciones humillantes. Tampoco es elemento necesario de la definición brindada en esta investigación que se ponga en peligro la vida o la integridad física de la víctima.

-Se excluye la publicación o puesta a disposición que ocurre en otros ámbitos ajenos a la Internet o a las comunicaciones electrónicas: el objeto de la presente investigación se refiere a la publicación o puesta a disposición que ocurre utilizando Internet o a través de alguna otra tecnología de las comunicaciones como telefonía móvil, emails, etc.

No obstante, hacemos notar que en su Guía para Reguladores mencionada supra, Mary Anne Frank recomienda no limitar la definición al ámbito de la Internet o las comunicaciones sino que recomienda ampliarla a todo tipo de tecnología, como los DVD, por ejemplo.

-No se requiere una intencionalidad en particular por parte del autor: si bien se requiere voluntariedad, lo cual excluye el error, no es necesario que el autor tenga una intención en particular. Basta con que conozca que no está autorizado para publicar o poner a disposición ese material.

-Es irrelevante si el material se refiere a una relación entre la víctima y el autor de la publicación o entre la víctima y otra persona o si la víctima es reconocible o no: este es un punto importante. El material debe publicar imágenes, audios o contenidos audiovisuales de la víctima, sin importar si se refieren a la relación mantenida con el autor/agresor o

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 634-13 “La juez de primera instancia asumió que la accionante creó el riesgo y que por ello debía asumir la responsabilidad sobre los efectos de la publicación de las imágenes. El uso descalificativo o basado en estereotipos de la palabra “permisiva” en el contexto referido, además, degrada a la accionante y a las mujeres en general en un sentido doble. De un lado, la juez de instancia realiza una transferencia de responsabilidad a la accionante de todos los efectos relacionados con la autorización otorgada, como resultado de la descalificación del comportamiento de la accionante a partir de un estereotipo del comportamiento esperado de ella construido sobre la base del prejuicio según el cual el tipo de fotos que le tomaron tenían un contenido al menos reprochable. De otro lado, el uso de la palabra “permisiva” en el contexto presentado, indirectamente juzga el comportamiento de otras mujeres que en desarrollo de su libertad no solo deciden libremente tomarse fotos como las que se aportaron al presente proceso sino que aprueban su publicación y circulación. Estos usos del lenguaje resultan contrarios a la garantías constitucionales de no discriminación y deben, por lo tanto, prevenirse.” Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-634-13.htm>

con otra persona, si son actuales o antiguas. Tampoco consideramos importante que la víctima pueda ser reconocida o no, ya que lo importante es que la propia víctima sepa que es material relacionado con su persona.

-Incluye las amenazas: es importante incluir la amenaza cierta de publicar o poner a disposición el material porque esta acción ya implica violencia o vulnera la privacidad, al limitar la libertad de acción de la víctima y crearle una situación de angustia.

La Pornografía no consentida desde la perspectiva de los Sistemas de Derechos Humanos

Las distintas Convenciones y documentos que integran los Sistemas de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, imponen obligaciones y estándares de protección de los individuos a ser cumplidos por los Estados en la actuación de sus distintos organismos.

Partiendo de la definición de pornografía no consentida que se elaboró supra, dos derechos especialmente regulados por los Sistemas de Derechos Humanos aparecen como adecuados para regular esta conducta: el derecho de las mujeres a no ser víctimas de violencia de género, lo que autorizaría a calificar a la pornografía no consentida como una especie de “discurso de odio”; y el derecho de los individuos a la privacidad.

Desde ya se adelanta que la calificación de la pornografía no consentida como un caso de discurso de odio permitiría acciones legales de remoción de contenido más eficaces que su calificación como un caso de discriminación (no por género) o de violación de la privacidad.

La pornografía no consentida como un supuesto de discurso de odio por incitar a la violencia contra la mujer¹⁹

Se analizará a continuación el supuesto de pornografía no consentida en relación con los estándares de la violencia de género, y su potencial regulación como discurso de odio en el marco del derecho a la libertad de expresión del Sistema Interamericano. Como se dijo anteriormente, la conducta ejercida en los casos de pornografía no consentida se refiere a la circulación de contenido y su penalización podría implicar la restricción a dicha circulación, cuya legitimidad depende del cumplimiento de los estándares de protección de la Libertad de Expresión.

La violencia de género como una forma de discriminación

La pornografía no consentida y sus otras variantes como el ciberacoso y la pornografía de venganza han sido abordadas como un problema de género en todas las jurisdicciones en las que ha sido regulada²⁰. De acuerdo a las estadísticas disponibles, la pornografía no consentida es una problemática que afecta más a mujeres que varones²¹ lo que se explica fácilmente por su connotación sexual. Como se describirá a continuación, la utilización del sexo como un método de privación de la dignidad es típica de los parámetros machistas de violencia y discriminación.

¹⁹ Este estudio hará referencia sólo al Sistema Interamericano. Si bien no existe mucha jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de discurso de odio, la misma ha dicho en la Opinión Consultiva OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención americana sobre Derechos Humanos), 13 de noviembre de 1985, Ser. A No. 5, párr. 51, que: “En verdad, frecuentemente es útil comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional.”

²⁰ USA Hispanic, *Australia proposes to criminally punish “revenge porn”*, “The proposal, presented by the deputy of the Labour opposition, Tim Watts, It provides for penalties of up to three years in prison for distributing such images and videos, in an attempt to combat violence, mainly, against women.”, 12 de octubre de 2015. Disponible en: <http://usahispanicpress.com/en/2015/10/12/australia-propone-castigar-penalmente-la-venganza-pornografica/>

²¹ “Dos tercios de los incidentes involucraron mujeres de menos de 30 años de edad, siendo los sospechosos mayoritariamente sus ex parejas. Por cada ocho reclamos iniciados por mujeres se hizo 1 reclamo de un hombre”. (Traducción propia)

Davis, Caroline. *Revenge Porn cases increase considerable, police figures reveal*, en The Guardian, 16 de Julio de 2014, “Two-thirds of incidents involved women under 30, with suspects mainly former partners. There were eight female complainants to every male..” Disponible en <http://www.theguardian.com/technology/2015/jul/15/revenge-porn-cases-increase-police-figures-reveal>

Las violaciones de mujeres en las guerras como arma para humillar al enemigo; el forzamiento a exponer la desnudez a las mujeres encarceladas; y los altos índices de feminicidios en lugares tradicionalmente muy machistas, todos casos que fueron considerados por la jurisprudencia de la Corte IDH (se citan más abajo), representan situaciones equivalentes a la pornografía no consentida, tanto por el contexto en que ocurren como por la desproporción con la que le ocurre a las mujeres.

La violencia contra las mujeres y la discriminación contra las mujeres están reguladas por los mismos instrumentos internacionales. La Convención de Belém do Pará²² y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (CEDAW)²³, en particular la Recomendación 19,²⁴ han vinculado la violencia contra las mujeres y la discriminación, y han considerado a la violencia como una especie de discriminación. También el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Estambul, 2011)²⁵ afirma que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación”, y que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género”.

La CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. En el ámbito interamericano, la Convención Belém do Pará señala que la violencia contra la mujer es “*una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. La CEDAW ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada”. La CEDAW también ha señalado que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”.²⁶

En Argentina, la ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” entiende por violencia contra las mujeres “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.²⁷ En particular, esta ley recepta a la “violencia mediática” como un tipo de violencia contra las mujeres.²⁸

²² Organización de los Estados Americanos, Convención de Belem do Pará. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

²³ Organización de Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

²⁴ Organización de Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, Recomendación 19, Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom19>

²⁵ Disponible en <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210>

²⁶ Supra nota 21, párrs. 1 y 6.

²⁷ Ley 26.485, Art. 4

²⁸ Ley 26.485, Art. 6: “f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.”

Todos estos instrumentos legales llaman al Estado a proteger a las mujeres contra la violencia, y la discriminación, entendida como una forma de violencia, no solo de los actos del propio Estado sino también de los cometidos por las organizaciones, las empresas y cualquier otro privado.²⁹

A nivel jurisprudencial, la Corte IDH ya ha interpretado, por ejemplo, en el caso Penal Miguel Castro Castro³⁰ que existen patrones de conducta que afectan solo a las mujeres por ser consideradas inferiores y que esa discriminación es la causa de acciones violentas contra ellas. En dicho caso, la Corte IDH señaló que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. Dicha discriminación incluye “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”.³⁰

También la Corte Constitucional de Colombia se ha referido a la violencia ocurrida dentro del ámbito matrimonial o de pareja como violencia de género y la ha encuadrado dentro del artículo 12 de la Constitución, según el cual **“nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”**³¹ (en algunos fallos de la Corte IDH la violación sexual también es asimilada a la tortura). En ocasión de la aprobación de la Convención de Belem do Pará dijo la Corte Constitucional que: “Las mujeres están sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo **formas prohibidas de discriminación por razón del sexo** sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución y por el derecho internacional de los derechos humanos.”³² (El remarcado me pertenece).

Asimismo, la Corte IDH ha reconocido como casos de violencia sexual (aun cuando no esté tipificado como delito contra la integridad sexual), la violencia psicológica en un contexto en el que se utiliza el cuerpo o el sexo para privar a la víctima de su dignidad.³³

“El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral”

“la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”.³⁴

Podría trazarse un paralelismo entre la situación de violencia sexual física, ya abordada por la Corte IDH y este tipo de violencia sexual psicológica que permiten ciertas tecnologías. Ambos tipos tienen como fuente la discriminación contra la

²⁹ Supra nota 21, “Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.”, párr. 9.

³⁰ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-382/94. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1994/T-382-94.htm>

³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-408/96. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1996/C-408-96.htm>

³³ Ibid, párr. 11

³⁴ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 119

mujer y como objetivo la destrucción de la dignidad y la estigmatización de la víctima en la sociedad en que se mueve. Si este no fuera el resultado esperado, la pornografía no consentida carecería de sentido para quien la comete.³⁵

Paulatinamente, distintos documentos de organizaciones internacionales comenzaron a adoptar esta visión y a incorporar al mal uso de las tecnologías en el estudio de políticas contra la violencia de género.

Por ejemplo, en la 57 Reunión de la Comisión de la Condición de la Mujer (2013) se urgió a los gobiernos y a las partes interesadas relevantes (algunos actores del sector privado, por ejemplo) a “desarrollar mecanismos para combatir el uso de las TIC y las redes sociales para perpetrar actos de violencia contra las mujeres y niñas, incluyendo el uso delictivo de las TIC para acoso sexual, explotación sexual, pornografía infantil y tráfico de mujeres y niñas y las formas emergentes de violencia como ciberacoso, ciber bullying, violaciones a la privacidad que ponen en riesgo la seguridad de mujeres y niñas”.³⁶ (Traducción propia).

También en el 2013, en la Asamblea General de Naciones Unidas se adoptó por consenso una Resolución que dice: “las violaciones relacionadas con las tecnologías de la información, los abusos y la violencia contra las mujeres, incluyendo los defensores de los derechos humanos de las mujeres, tales como acoso online, ciberacecho, violaciones a la privacidad, censura y hackeo de emails, teléfonos móviles y otros aparatos electrónicos, con el objetivo de desacreditarlas y/o incitar a otras violaciones y abusos contra ellas, son de creciente preocupación y la manifestación de la discriminación sistémica basada en el género, que requiere de respuestas efectivas compatibles con los derechos humanos”.³⁷

Asimismo, el Reporte “Ciber violencia contra mujeres y niñas: un llamado a la acción global”, elaborado por la Comisión de Banda Ancha de Naciones Unidas para el desarrollo digital (2015) convoca a interpretar la CEDAW “bajo el lente del Siglo 21”.³⁸

Más recientemente, la Directora Ejecutiva de ONU mujeres mencionó a los “mensajes de texto abusivos” entre los casos de crímenes y abusos contra mujeres.³⁹

En el mismo sentido, por ejemplo, la legislación que prohíbe la pornografía de venganza en Israel considera a las víctimas como víctimas de delitos sexuales y a los victimarios como agresores sexuales.⁴⁰

³⁵ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas: “La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual.”, 25 de noviembre de 2006.

³⁶ United Nations, *57th Commission on the Status of Women (March 2013)*, urged governments and relevant stakeholders to: “...develop mechanisms to combat the use of ICT and social media to perpetrate violence against women and girls, including the criminal misuse of ICT for sexual harassment, sexual exploitation, child pornography and trafficking in women and girls, and emerging forms of violence such as cyber stalking, cyber bullying and privacy violations that compromise women’s and girls’ safety”, párr WW. Disponible en: [http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_\(CSW_report_excerpt\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/csw57/CSW57_Agreed_Conclusions_(CSW_report_excerpt).pdf)

³⁷ United Nations, Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013, A/RES/68/181. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/181

³⁸ “Convention on the Elimination of the Discrimination Against Women (CEDAW): As with other rights frameworks CEDAW should be interpreted through a 21st century lens by considering online violence against women within national reporting or through general comments”, p. 39 .Disponible en: http://www.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2015/cyber_violence_gender%20report.pdf?v=1&d=20150924T154259

³⁹ Declaración de la Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, Phumzile Mlambo-Ngcuka para el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer: “Imaginen lo diferente que sería el mundo para las niñas de hoy en día si pudiéramos evitar el matrimonio precoz y la mutilación genital femenina, la inacción frente a la violencia doméstica, los mensajes de texto abusivos, la impunidad de los violadores, la esclavización de las mujeres en las zonas en conflicto, el asesinato de defensoras y defensores de los derechos humanos de las mujeres o la hostilidad a la que se enfrentan las mujeres en las comisarías de policía o los tribunales cuando dan testimonio de la violencia sufrida.”, 20 de Noviembre de 2015 Disponible en: <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2015/11/ed-message-intl-day-for-elimination-of-violence-against-women#sthash.apfc8fmF.dpuf>

⁴⁰ “Estipula que aquellos encontrados culpables de la publicación de este tipo de contenidos serán enjuiciados como agresores sexuales, mientras que las víctimas serán reconocidas como víctimas de un delito sexual” (traducción propia). Yaakov, Yifa “Israeli Law makes revenge porn a sex crime” para *The Times of Israel*, 6 de enero de 2014: “It stipulates that those found guilty of posting such content will be prosecuted as sexual offenders, while those who are targeted will be recognized as victims of sexual assault.” Disponible en: <http://www.timesofisrael.com/israeli-law-labels-revenge-porn-a-sex-crime/>

Por su parte, el Decreto Reglamentario a la ley 26.485 aclara que las definiciones de violencia contenidas en la ley no son restrictivas ni taxativas.⁴¹

En conclusión, la violencia contra las mujeres es la manifestación de la discriminación por género. En particular se considera a la violencia sexual, que incluye la violencia física (violaciones) y la psicológica ocurrida en contextos en los que el sexo es la excusa para humillar a la víctima.

La pornografía no consentida encuadra dentro de la violencia de género de tipo sexual.

La violencia de género como un supuesto de discurso de odio

La pornografía no consentida es, como ya se dijo antes, contenido, expresión. Uno de los datos más relevantes que arroja el estudio de la pornografía no consentida es que logra una adhesión casi unánime a favor de su proscripción. Hasta los más acérrimos defensores de la libertad de expresión parecieran coincidir en que se trata de un tipo de discurso que no merece protección legal. Un supuesto similar al de la pornografía infantil.

Así, Neils Richards, autor del libro “Derechos Civiles en la Era Digital” y acérrimo defensor de la libertad de expresión, en un artículo escrito en co-autoría con Danielle Citron (acérrima defensora de la regulación de la pornografía de venganza) (2015) dijo que:

“Muchos expertos legales –nosotros incluidos- hemos convocado a una mejor regulación de este problema importante y real. Esta convocatoria representaría un caso directamente dirigido a proteger a las personas de los peligros derivados de un rango entre el acoso y los delitos sexuales. No obstante, algunos críticos argumentan que regular la pornografía no consentida conlleva el riesgo de censurar discursos protegidos, incluyendo la pornografía. De acuerdo con la primera enmienda, dicen estos críticos, no podemos asumir ese riesgo. Pero es posible ser al mismo tiempo pro-pornografía y anti-pornografía de venganza y las leyes pueden ser diseñadas a tal fin. Lo que importa, bajo la Primera Enmienda, y lo que muchas veces se malinterpreta no es si puede o no regularse la pornografía de venganza sino cómo”⁴²

La garantía de la libertad de expresión ha sido receptada en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) y en la Constitución Argentina en el artículo 14 así como en todas las Constituciones de América Latina. Lo que provoca esta garantía es la sospecha de inconstitucionalidad de cualquier restricción a este derecho.

Ahora bien, la proscripción de un contenido es posible, en el marco de la Convención, si se trata de un caso de “discurso de odio”, único tipo de discurso directamente prohibido en el texto del Artículo del 13, inc. 5, el cual dispone que:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

⁴¹ Decreto 10/2010: “ARTICULO 6º.- Las definiciones de violencia comprendidas en el artículo que se reglamenta, en ningún caso pueden interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, como excluyentes de hechos considerados como violencia contra las mujeres por otras normas. Para ello deberá interpretarse la norma de forma armónica y sistemática con lo establecido en el artículo 4º, segundo párrafo de la Ley Nº 26.485, y con lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Recomendación General Nº 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; los demás Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las observaciones y recomendaciones que efectúen sus respectivos órganos de aplicación.

⁴² Neils, Richards y Danielle, Citron para Aljazeera America, “Regulate revenge porn isn’t censorship: The disclosure of a nude photo in breach of trust and privacy is beneath the attention of the First Amendment”: “Many legal experts — us included — have called for better regulation of this real and important problem. Such calls would appear to represent a straightforward case of protecting people against harms ranging from harassment to sex crimes. Yet some critics argue that regulating nonconsensual pornography risks censoring protected speech, including pornography. Under the First Amendment, critics argue, we cannot take that risk. But it is possible to be both pro-porn and anti-revenge porn, and laws can be designed accordingly. What matters under the First Amendment and what is often misunderstood is not whether we can regulate revenge porn but why and how”, 1 de Febrero de 2015. Disponible en: <http://america.aljazeera.com/opinions/2015/2/why-regulating-revenge-porn-isnt-censorship.html>

Es notable que el sexo no haya sido explícitamente incluido dentro de los motivos mencionados como supuestos de apología del odio que incita a la violencia. No obstante, esto fue subsanado en el texto de la Convención de la CEDAW y en informes posteriores de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante, RELE).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina se ha referido al discurso de odio en pocos casos y no ha definido apología del odio o incitación a la violencia, pero los ha mencionado en algunos casos:

“Por ende, la interdicción de la discriminación en cualquiera de sus formas y la exigencia internacional de realizar por parte de los Estados acciones positivas tendientes a evitar dicha discriminación deben reflejarse en su legislación, de lo cual es un ejemplo la ley 23.592, y también en la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales... De aquí se sigue que no se pueda legitimar como partido político a quienes incurren en apología del odio e, indirectamente, incitan a la violencia”.⁴³

La Corte Constitucional de Colombia por su parte ha dicho que: “En criterio de la Corte, a la luz de las disposiciones constitucionales y de tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, estos tipos de expresión sobre los cuales se ha desvirtuado la presunción de cobertura constitucional de la libertad de expresión son cuatro: (a) la propaganda en favor de la guerra; **(b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubre las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia);** (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio”.⁴⁴ (El remarcado me pertenece)

De estas citas se desprende que un elemento esencial del discurso de odio es la “incitación a la violencia” (la incitación a la discriminación está presente en algunos textos de Derechos Humanos, pero no en el inc. 5 de la Convención).

Cabe preguntarse, entonces, si la pornografía no consentida, siendo en sí misma un supuesto de violencia de género que tiene su origen en la discriminación, debería además incitar a la violencia para poder ser considerada como un caso de discurso de odio.

La definición aquí brindada de pornografía no consentida podría inducir a pensar que no configuraría un supuesto de “incitación a la violencia”, como sí podrían serlo los casos de acoso o de pornografía de venganza. No obstante, **cumplidas ciertas condiciones, la pornografía no consentida configura un supuesto de discurso de odio por violencia de género.**

Por un lado, la acción de pornografía no consentida podría estar acompañada de llamamientos explícitos a la violencia ilegítima contra la víctima. Ello configuraría un caso de discurso de odio, al estar motivado en un factor discriminatorio. Por ejemplo, podría presumirse que realizar una publicación del tipo de pornografía no consentida, en una plataforma abierta a comentarios públicos o semi-públicos, podría generar un caso de incitación a la violencia. Además, este supuesto podría configurar el delito previsto en el artículo 209 del Código Penal.⁴⁵

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal", 17 de marzo de 2009. Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=663806>

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391/07. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>

⁴⁵ Código Penal de la Nación, Artículo 209: “El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.”

Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, también podría considerarse que la acción de publicar o poner a disposición que configuran la pornografía no consentida, es **en sí misma**, un acto de violencia sexual contra las mujeres, de tipo psicológico. Entraría dentro de las “acciones similares” a la incitación a la violencia.

En cualquiera de los dos casos estaría presente la violencia como elemento indispensable para permitir la restricción del contenido.⁴⁶

¿Cuál sería la consecuencia práctica de calificar a la pornografía no consentida como discurso no protegido?

Obligación del Estado de prohibir la pornografía no consentida

Una primera consecuencia es que se permitiría su prohibición, es decir, los Estados están obligados a garantizar esta proscripción. Esto no quiere decir que se autorice su censura previa sino que se autoriza la prohibición previa por ley bajo apercibimiento de imposición de sanciones ulteriores⁴⁷, dentro del marco muy limitado que la Convención Americana ofrece para restringir la circulación de contenido.⁴⁸

Los reguladores podrían entonces prohibir la pornografía no consentida, cumpliendo los parámetros impuestos por la CIDH para la restricción de la libertad de expresión, esto es “previstas por ley, servir un fin legítimo establecido en el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar ese fin”.

Esto es importante porque no son muchos los tipos de discursos que pueden prohibirse (la enumeración de la Corte Constitucional de Colombia que mencionamos supra es acertada, son esos casos y ningún otro, no obstante lo cual amplía los supuestos del inc. 5).

En este sentido, los documentos de la RELE han indicado claramente que el Estado debe garantizar la libertad de expresión de las minorías. La pornografía no consentida es un obstáculo a la libertad de expresión de las víctimas.⁴⁹ Una de las consecuencias inmediatas de ser víctima de agresiones en Internet es que el afectado tiende a desaparecer de la red (esto ya se ha visto con otros casos como *Bullying*). La expresión de la víctima, sus opiniones, sus experiencias, la posibilidad de mostrar su identidad de la forma en que desee, son aniquiladas por el odio de su agresor.

Por ello la prohibición y remoción del contenido se presenta como una media necesaria. La RELE ha dicho que:

“ 1. b. Los Estados deberían realizar acciones concretas y efectivas para modificar o eliminar estereotipos, prácticas y prejuicios nocivos, incluidos valores o prácticas tradicionales o consuetudinarios, que menoscaban la posibilidad de todas las personas y grupos en la sociedad de ejercer el derecho a la libertad de expresión....d.Los Estados tienen cierto grado

⁴⁶ Supra nota 2, párr. 46 “46...El texto del artículo 13(5) examina las expresiones de odio que constituyen “incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar.” Sugiere que la violencia es un requisito para cualquier restricción.”

⁴⁷ Ibid “Dado que el inciso 5 no establece una excepción similar a la del inciso 2, sea en inglés o en español, de ello se deriva que las expresiones de odio están regidas por la imposición de responsabilidad posterior dispuesta en el inciso 2. Esta opinión está también respaldada por la opinión determinante de la Corte Interamericana de que la censura sólo se admite con los fines establecidos en el inciso 4.”, párr. 29

⁴⁸ Ibid. La Corte IDH ha señalado que una comparación de los tres instrumentos demuestra que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.” párr.34

⁴⁹ Por el contrario, las leyes que regulaban el discurso de odio eran percibidas como una herramienta para acallar a las minorías, no para protegerlas. CIDH, El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), *Declaración conjunta del décimo aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*, (2010): “El uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes.”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=784&IID=2>

de flexibilidad conforme al derecho internacional para decidir sobre la necesidad y, en su caso, el modo de restringir la libertad de expresión con el fin de proteger objetivos legítimos y, a la vez, respetar los estándares mencionados precedentemente, incluso para reflejar sus propias tradiciones, cultura y valores. El derecho internacional también reconoce que las diferentes situaciones que enfrentan los Estados en particular podrían ameritar distintos enfoques en lo que atañe a eventuales restricciones de la libertad de expresión. Ninguna de estas variaciones menoscaba en modo alguno el principio de universalidad de la libertad de expresión, y las restricciones a esta libertad en ningún caso deberían representar una imposición por determinados grupos de sus tradiciones, cultura y valores por sobre los de otros.

“1.g. Los Estados deberían enfocarse particularmente, según lo ameriten las circunstancias locales, en combatir —lo cual incluye diseñar programas para contrarrestar— la discriminación histórica, los prejuicios y las actitudes tendenciosas impiden el goce igualitario del derecho a la libertad de expresión por ciertos grupos”.⁵⁰

Por otro lado, el Decreto 10/2010, Reglamentario de la ley 26.485, en el Artículo 6 inciso f) dispone que:

“ Conforme las atribuciones conferidas por el artículo 9º incisos b) y r) de la Ley Nº 26.485, el CONSEJO NACIONAL DE LAS MUJERES dispondrá coordinadamente con las áreas del ámbito nacional y de las jurisdicciones locales que correspondan, **las acciones necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la difusión de mensajes o imágenes** que:

1) Inciten a la violencia, el odio o la discriminación contra las mujeres.

4) Contengan prácticas injuriosas, difamatorias, discriminatorias o humillantes a través de expresiones, juegos, competencias o avisos publicitarios.”

Si bien la constitucionalidad de esta norma es cuestionable, ya que un organismo administrativo como el Consejo Nacional de las Mujeres no tiene facultades ni competencia para restringir la libre circulación de contenido, ni para determinar qué es discurso de odio, esta reglamentación podría ser una herramienta a través de la cual se determine expresamente que la pornografía no consentida es un caso de discurso de odio.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que: *“La interdicción de la censura previa, en la Constitución Nacional, no llega al extremo de convertir al juez en mero espectador de un daño inexorable (Voto de los Dres. Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez).”*⁵¹, por lo cual los jueces también podrían calificar a la pornografía no consentida como un caso de discurso de odio y ordenar su remoción.

Facultad del Estado de remover el contenido (con orden judicial)

De todas maneras, aun calificando la pornografía no consentida como un supuesto de discurso de odio, resta establecer si la solicitud de la víctima a un Intermediario de Internet de restringir la circulación del contenido requiere o no de una orden judicial.

Los llamados “Intermediarios de Internet” son figuras muy importantes en relación con la publicación de contenido en Internet ya que son quienes prestan un servicio técnico para que usuarios puedan publicar, distribuir o acceder a contenidos en Internet.

⁵⁰ CIDH, El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), *Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión*, (2014), Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=945&IID=2>

⁵¹ CSJN, “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 03/04/2001, T. 324, P. 975

Es importante determinar qué reglas debe seguir un Intermediario a fin de resguardar la Libertad de Expresión (por supuesto, el autor del material puede removerlo sin necesidad de autorización alguna, pero una vez que ha sido publicado en la Internet, en general escapa a su control que dicho material se torne inaccesible).

La RELE diseñó una serie de estándares para guiar al regulador en la implementación de un mecanismo legítimo de remoción de contenido en Internet por parte de los Intermediarios de Internet:

“No se debe exigir a los intermediarios controlar el contenido generado por usuarios y enfatiza la necesidad de protegerlos respecto de cualquier responsabilidad, siempre que no intervengan específicamente en los contenidos o cuando se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación. La Declaración expresa, además, que la competencia respecto de causas vinculadas con contenidos de Internet debería corresponder exclusivamente a los Estados donde tales causas presenten impactos directos y genuinos.

Asimismo, toda limitación a la libertad de expresión, incluyendo aquellas que afectan la expresión en Internet, debe establecerse por ley de manera clara y precisa, debe ser proporcionada a los fines legítimos perseguidos y debe basarse en una decisión judicial fruto de un proceso contradictorio. En este sentido, la legislación sobre Internet no debe incluir definiciones amplias y vagas, ni afectar de manera desproporcionada a sitios web y servicios legítimos”.⁵²

De estos estándares surge que **la RELE no ha admitido ningún supuesto de remoción privada de contenido sin orden judicial o de autoridad administrativa competente**, con lo cual, ésta solución está abierta al debate ya que numerosos proyectos de ley en la región pretenden establecer este mecanismo para casos de contenido “manifiestamente ilegítimo” (o conceptos similares).

En opinión de esta autora, una atenta lectura de los documentos del Sistema Interamericano y en particular de los emitidos por la RELE en relación a la Libertad de Expresión e Internet, muestra que la remoción de contenido es una medida de responsabilidad ulterior permitida, pero en ningún caso, ni siquiera en el discurso de odio, puede removerse un contenido sin orden judicial o de autoridad competente.

No obstante, la calificación de discurso de odio permitiría inferir que no existirían supuestos de interés público que obligarían a resguardar el contenido. No hay interés público en casos de discurso de odio y no existiría motivo alguno para que el autor solicitara la publicación del contenido o la no remoción. **Entonces, la remoción procedería una vez que el juez o la autoridad competente consideren configurado el supuesto, sin necesidad de balancear ningún otro derecho.**

De todos modos, se advierte que por ejemplo, el Marco Civil de Internet de Brasil no ha seguido esta línea de pensamiento. Dicha legislación condiciona la inmunidad de los proveedores de servicios de aplicaciones a que hagan cesar la puesta a disposición de material íntimo divulgado sin consentimiento, tan pronto como reciben una notificación con dicha solicitud por parte del afectado.⁵³ Es el único caso de ese marco regulatorio en que no se exige notificación judicial.

⁵² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la CIDH.*, (2012). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&IID=2>

⁵³ Ley de Marco Civil de Internet, artículo 21: “El proveedor de aplicaciones de internet que ponga a disposición contenido generado por terceros sera responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando, posterior al recibimiento de la notificación por el afectado o su representante legal, dejare de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la puesta a disposición de ese contenido. Parágrafo único. La notificación prevista en el artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos que permitan la identificación específica del material apuntado como violador de la intimidad del participante y la verificación de la legitimidad para presentación del pedido.”

Por ultimo, vale mencionar que la remoción estará sujeta a que efectivamente pueda eliminarse o bloquearse el material, lo que dependerá del tipo de tecnología que se hubiera utilizado para distribuirla. La distribución mediante “SMS” probablemente exigiría conocer quienes fueron los destinatarios del material y extender la orden de remoción a estos sujetos. El calificar a la pornografía no consentida como discurso de odio tal vez permitiría superar la barrera de la confidencialidad de las comunicaciones.

Obligación de diligencia del Estado para prevenir, investigar, sancionar y reparar

Finalmente, se destaca que una consecuencia de calificar a la pornografía no consentida como un supuesto de violencia contra las mujeres es que el Estado tiene una obligación de diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos.

La Corte IDH se refirió a esta obligación de forma reiterada en todas sus sentencias relativas a la violencia contra las mujeres: “Es por ello que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar ex officio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de ensañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada.”⁵⁴.

También la Corte Constitucional de Colombia ha dispuesto que: “Existe un marco jurídico por medio del cual el Estado despliega actuaciones afirmativas que pretenden garantizar el amparo de los derechos de las mujeres cuando son víctimas de violencia. Dicho marco sirve como presupuesto para el desarrollo de las distintas atribuciones a cargo de las autoridades públicas, así como de los particulares vinculados con el goce efectivo de sus derechos.”⁵⁵

En la Argentina, el marco jurídico de los Sistemas de Derechos Humanos está complementado por la ley 26.485.

No obstante, como bien lo describe el informe de la APC (2015) ya citado: “La VCM relacionada con la tecnología se sitúa dentro de una cultura de impunidad, que se caracteriza por una falla en la aplicación de los procesos legales, y la percepción de que los actos de VCM quedan impunes. La investigación descubrió que existía una cultura de impunidad en casos de VCM relacionada con la tecnología en los siete países estudiados. Esto a menudo se ve agravado por la corrupción del sistema judicial y la falta de voluntad política para encarar la problemática de la VCM.”⁵⁶

No solo el desconocimiento sobre las medidas concretas de protección sino la percepción de impunidad a favor del agresor, desmotivan la denuncia. En este caso, el problema de la pornografía no consentida es invisibilizado por el mismo Estado que no ha desarrollado herramientas concretas de detección y protección.

Una de las medidas necesarias para una protección eficaz es la generación de estadísticas:

“La exigencia de un sistema de estadísticas sobre actos de violencia contra las mujeres, ha sido enfatizada igualmente por órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han recabado en la necesidad de contar con información sobre la vulneración de los derechos humanos de la mujeres, como una herramienta para el diseño e implementación de políticas y medidas de prevención efectivas. Además, el conocimiento sobre los hechos violatorios de derechos humanos, constituye un derecho de las víctimas y de la sociedad en general, de modo que: “[l]os Estados tienen también el deber de crear y preservar archivos públicos destinados a recopilar y sistematizar la información referida a graves violaciones de derechos humanos padecidas en los países.” Por otra parte, el deber de debida diligencia es a su vez consistente con la obligación internacional de los Estados de proveer

⁵⁴ Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-434/14, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-434-14.htm>

⁵⁶ Supra nota 6. Disponible en: http://www.genderit.org/sites/default/upload/summaries_dlr_sp.pdf

un recurso judicial efectivo, que permita a los ciudadanos y ciudadanas la posibilidad real de solicitar ante las autoridades competentes: (i) la declaración de que un derecho está siendo vulnerado, (ii) el cese de la vulneración y (iii) la reparación adecuada por los daños causados.”⁵⁷

Otra de las medidas es el acceso a la justicia, que implica establecer procedimientos que generen confianza en la víctima. El Decreto 10/2010 lo ha establecido claramente:

“inciso f).- El acceso a la justicia a que hace referencia la ley que se reglamenta obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas las esferas de actuación del ESTADO NACIONAL, ya sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos.

El acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial.”

El acceso a la justicia implica, al igual que con cualquier otro supuesto de violencia de género, el establecimiento de instituciones, en los tres poderes del Estado preparados para dar respuestas adecuadas. Por ejemplo, la oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podría ser un organismo apto para recepcionar este tipo de denuncias y emitir, de forma inmediata, una orden de remoción del contenido. Otra cuestión que podría incluirse entre los procedimientos de violencia doméstica o entre las cuestiones a resolver en un proceso de divorcio es la tenencia o destrucción de material íntimo producido de común acuerdo.⁵⁸ A este fin es fundamental superar las actitudes de juzgamiento por parte de los oficiales públicos y poder hacer las preguntas concretas para proveer las soluciones adecuadas.

“Ante este contexto, la administración de justicia no puede convertirse en otra instancia para la transferencia de responsabilidad o de normalización del empleo de estereotipos o prejuicio en la operación de la administración de justicia. Quienes denuncian, deben poder confiar en un sistema jurídico libre de estereotipos y en un poder judicial cuya imparcialidad no se vea comprometida por suposiciones sesgadas”.⁵⁹

Al no estar habilitada por el Sistema Interamericano la remoción privada de contenido, el acceso fácil y expedito a la justicia es la mejor solución ya que es la alternativa que supera todo tipo de debates y puede resguardar todos los derechos involucrados.

En términos procesales, el artículo 43 de la Constitución⁶⁰ garantiza la acción de amparo contra “*actos de particulares*” que lesionen derechos fundamentales, si no existiera otro medio judicial más idóneo. Si consideramos a la violencia de género como un caso de discurso de odio, la Acción de Amparo sería el remedio judicial más idóneo.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. Auto 009/15. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/A009-15.htm>

⁵⁸ “En Europa, una Corte Alemana resolvió en Mayo que las fotografías íntimas de una pareja debían ser eliminadas si así ésta lo solicita. La decisión de la Corte Suprema Alemana se produjo luego de que un hombre divorciado se negara a eliminar las imágenes eróticas de su ex esposa luego de la ruptura. El fue llevado a juicio por su ex esposa quien ganó el caso y obtuvo la eliminación de las fotos” (traducción propia). Simpson, Jack para The Independent, *Revenge porn, what is it and how widespread is the problem*: “In Europe, a German Court in May ruled that intimate photographs of partners should be deleted if a partner calls for them. The decision by the German High Court came after a divorced man refused to delete erotic images of his former wife following their split. He was taken to court by his former wife who won her case and saw the pictures deleted.” Al menos queda clara la falta de consentimiento. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/what-is-revenge-porn-9580251.html>

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 634-13. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-634-13.htm>

⁶⁰ Constitución Argentina: “Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación...”.

Finalmente, sin adentrarnos demasiado en la reparación por vía de indemnización por daños y perjuicios, sí parece relevante destacar las normas del Código Civil y Comercial de la Nación aplicables a esta situación: en primer lugar, el deber genérico de no dañar a otro. Si bien se ha expresado antes que la configuración del supuesto de pornografía no consentida no requiere la intención de provocar un daño, eso no quiere decir que no se produzca daño. En todos los casos en que ocurre este supuesto ocurre un daño, aun cuando el autor no haya tenido esa intención. Por lo tanto, surge el deber de reparar establecido en el artículo 1716.⁶¹

Pero también debe destacarse que el artículo 1719 descarta que la “asunción de riesgos” por parte de la víctima (como podrían interpretar algunos jueces lo es el consentimiento para la producción del material), la prive de la reparación del daño.

Por ejemplo, la reparación de los daños y perjuicios por la publicación de material íntimo fue ordenada en Chile⁶² y extendida a los padres del menor que filmó y divulgó el contenido por no haberlo denunciado o evitado. Este caso bien podría incluirse en la definición de pornografía no consentida objeto de este estudio, ya que el menor que capturó y divulgó las imágenes (ambas acciones sin consentimiento de la víctima) estaba participando de la actividad sexual. Es decir, integra un concepto amplio de “pareja”.

En relación con la potencial responsabilidad de los medios de prensa que pudieran reproducir este tipo de material, la Corte Suprema ha establecido el estándar de la “negligencia precipitada” o “simple culpa” para los casos en que no existe un interés público involucrado en la publicación:

“11) Que de tal modo y aun considerando que frente a la difusión de asuntos de interés público, la posibilidad de reprimir los juicios que pudieran tener contenido difamatorio sólo podría hallarse justificada en un muy estrecho margen, la protección que merecen los particulares del caso en cuanto a su honor, obligaba a una mayor prudencia, bastando la “negligencia precipitada” o “simple culpa” en la propalación de imágenes o referencias de los demandantes antes nombrados para generar la condigna responsabilidad de la demandada”.⁶³

También ha dicho la Corte Suprema en el caso *“Irigoyen Juan Carlos Hipólito c/ Fundación Wallemberg s/ Ds y Ps.”*⁶⁴, del 5 de Agosto de 2014, que corresponde aplicar la doctrina “Campillay” para el caso de páginas web que publican contenido de terceros y la doctrina de la “Real Malicia” cuando el contenido publicado es propio, indicando que en este caso la real malicia no se configura en el caso de las “hipérboles” sino que “en el ámbito de los “juicios de valor” lo único prohibido es caer en el “insulto” o en la “vejeción gratuita o injustificada””. Es decir, se aplicaría la Doctrina de la Real Malicia si el medio, tomado en sentido amplio (¿tal vez un blog?), decidiera publicar pornografía no consentida (sabiendo o debiendo saber que no es consentida), ya que constituiría una vejación injustificada (de nuevo, si es o no injustificada dependerá de la calificación legal que se le otorgue, es decir si se permiten excepciones de interés público o no).

En relación con los Intermediarios de Internet, no existe en Argentina, como si en otras partes del mundo, una ley que limite su responsabilidad por el contenido dañoso generado y publicado por los usuarios. La Corte Suprema de Justicia

⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación: “ARTICULO 1716.- Deber de reparar.- La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. “ARTICULO 1719.- Asunción de riesgos.- La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

⁶² Disponible en: <http://www.cnnchile.com/noticia/2015/04/25/autor-de-video-wena-naty-debera-pagar-indemnizacion-de-35-millones>

⁶³ Corte Suprema de Justicia de la Nación; “Barrantes Juan Martin – Molinas de Barrantes Teresa - TEA S.R.L. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y ot./ Sumario, 1/8/2013. Disponible en: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=703189>

⁶⁴ Disponible en:

<http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=713121>

Publicado LA LEY 15/09/2014, 15/09/2014, 8 - LA LEY2014-E, 307

con comentario a fallo por Paula Vargas. Disponible en: <http://www.ditc.com.ar/publicaciones/>

de la Nación resolvió en el caso “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. y ot. s/ Ds. y Ps.”⁶⁵ que los motores de búsqueda son responsables a partir de que toman conocimiento –mediante una notificación válida– del contenido dañoso, momento en que surge la obligación de removerlo.

En Estados Unidos, por ejemplo, en el año 1996 se sancionó la Communications Decency Act⁶⁶ para regular el contenido indecente en Internet. Esta ley fue declarada inconstitucional por violar la Primera Enmienda Constitucional, pero la Corte Suprema dejó subsistente una sola norma: la que concede inmunidad absoluta a los Intermediarios de Internet por el contenido indecente publicado por sus usuarios (siempre que no vulnere propiedad intelectual, no constituya un delito federal, o no vulnere derecho estatal). Paradójicamente, quienes más han defendido esta ley, modelo de Libertad de Expresión, se encuentran ahora con que la misma es también un obstáculo para detener la pornografía no consentida, que unánimemente consideran como discurso no protegido.

En opinión de esta autora, esta situación de no poder compeler a los Intermediarios (aunque la gran mayoría se ha autorregulado y acepta remover este contenido), en particular a los que crean plataformas para que deliberadamente se publique pornografía no consentida, es lo que ha desatado la ola criminalizadora en varios Estados de los Estados Unidos. No son muchas las voces que se alzan contra CDA, que ha probado ser una ley equilibrada, pero la pornografía no consentida pareciera ser una bisagra, véase en este sentido la durísima opinión de Ann Bartow en su post “Acoso Online, ánimo de lucro y la Sección 230”.⁶⁷

En conclusión, la pornografía no consentida, de acuerdo a la definición aquí elaborada, podría encuadrarse dentro de la clasificación de discurso de odio, por configurar un supuesto de incitación a la violencia contra las mujeres.

Esto habilitaría ciertas consecuencias legales –como el deber del Estado de prohibir este contenido - y de protección que no están disponibles para otras figuras jurídicas.

Vale aclarar, por último, que regular con el estándar de género brinda una mayor protección, de la que también se beneficiaría una víctima que no fuera mujer biológicamente (en este grupo podrían entrar otros grupos víctimas de violencia de género como transexuales); no es relevante el sexo de quien comete el acto (podría tratarse de una ex pareja mujer) sino que lo relevante es que el contenido de la pornografía no consentida, típicamente, humilla a las mujeres (cuánto más podría hacerlo en sociedades conservadoras si además fuera una relación homosexual).

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez María Belén c/Google Inc. y ot. s/ Ds y Ps”, 28 de Octubre de 2014. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/10/544fd356a1da8.pdf>

⁶⁶ 47 U.S. Code Section 230. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>

⁶⁷ La oposición a modificar la Sección 230 ha sido feroz, porque cumplir con las regulaciones gubernamentales siempre cuesta dinero. Esta oposición no es para nada ingenua: la línea argumental de los ISP, fuertemente proclamada y muy útil para ellos mismos es que sin la Sección 230, los monstruos de Internet como Google, Yahoo, Bing, Facebook, Youtube y Twitter no existirían. Citron aparentemente acepta esta postura. Pero yo no la creo por un segundo, y uds. no deberían tampoco. ...todas estas compañías hacen negocios en países que no tienen leyes de inmunidad. La Sección 230 les ahorra a los ISP dinero. Este es el real valor para ellas. Les evita el deber de proteger, compensar o siquiera interactuar con personas que han sido dañadas por los bienes y servicios que producen. Éstas lo aman, pero no lo necesitan (a pesar de que claman en sentido contrario). Las empresas de Internet funcionan y muchas veces cosechan enormes ganancias en todo el mundo sin ninguna ley similar a la Sección 230. Están dispuestas a arriesgarse por el dinero.”.(traducción propia), Bartow, Ann *Online Harassment, Profit seeking, and Section 230*, *Boston University Law Review*, 2 de Noviembre de 2015: “Opposition to changing Section 230 has been fierce, because complying with government regulations always costs money. This opposition is also incredibly disingenuous: The stentorian and self-serving ISP party line is that without Section 230, behemoth online presences like Google, Yahoo, Bing, Facebook, YouTube and Twitter would not exist. Citron appears to accept this argument .But I do not believe it for one second, and you shouldn’t either...Because all of these companies do business in countries that do not have corollary immunity laws....Section 230 saves ISPs money. That is its real value to them. It largely prevents them from having to protect, compensate or even interact with people who are harmed by the goods and services they produce. They love it, but they do not need it (though they instrumentally claim otherwise). Internet companies function and often reap huge profits all over the world without any extant Section 230 like content related immunity. They are willing to take risks for money.” Disponible en: <http://www.bu.edu/bulawreview/bartow-online-harassment/>

No obstante, como lo indica la Resolución 505/2013 del Ministerio de Seguridad que establece las “Pautas para la Intervención Policial en casos de violencia en relaciones familiares”⁶⁸:

“Atento a la magnitud de la violencia que padecen en nuestro país niños, niñas, adolescentes y mujeres mayores, el presente instrumento tendrá como eje la situación de las mujeres y se harán precisiones cuando sea necesario para otras poblaciones.”

La pornografía no consentida como una vulneración del Derecho a la Privacidad

Otra perspectiva posible para regular la pornografía no consentida es el Derecho a la Privacidad, que es un derecho fundamental consagrado en los Pactos de Derechos Humanos con rango constitucional, así como en la Constitución Nacional. También regula la Privacidad el Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁹ y el artículo 31 de la ley 11.723 de Derechos de Autor.

En particular el Código Civil ha hecho referencia a la publicación “arbitraria”:

“ARTICULO 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.”

La privacidad, en sentido genérico, comprende el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y también a la protección de los datos personales (aunque éste es también considerado como un derecho fundamental independiente en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, sin que esté claro si el Sistema Interamericano también lo considera como un derecho distinto o lo subsume en el Derecho a la Privacidad).

La jurisprudencia de la Corte IDH ha resuelto que la vida privada es parte de la protección a la “Honra y la Dignidad”, y en particular, la vida sexual de una persona es parte de su privacidad.

“Por otro lado, la Corte ha precisado que si bien el artículo 11 de la Convención Americana se titula “Protección de la Honra y de la Dignidad”, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. El concepto de vida privada comprende entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual”.⁷⁰

“En cuanto a la alegada violación del artículo 11 de la Convención Americana, en base a los mismos hechos, el Tribunal ya ha precisado que el contenido de dicha norma incluye, entre otros, la protección de la vida privada. Por su parte, el

⁶⁸ Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216118/norma.htm>

⁶⁹ “ARTICULO 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. ARTICULO 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1. ARTICULO 53.- Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

a) que la persona participe en actos públicos;
b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.”

⁷⁰ Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. 133.. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 276.

concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”.⁷¹

“El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”.⁷²

“La afectación de los derechos fundamentales en redes sociales como Facebook puede ocurrir no sólo respecto de la información que los usuarios de esta red social ingresan a la misma o cuyo ingreso permiten a través de su perfil, sino también con relación a información de personas, usuarias o no, que ha sido publicada y usada por terceros en las redes sociales. Ante los usos que pueden darse en las redes sociales de la propia imagen, un contenido mínimo del derecho a la imagen es la posibilidad de excluirla de las redes, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular. Lo anterior encuentra fundamento en la protección constitucional debida a la imagen como expresión directa de la individualidad, identidad y dignidad de las personas. En este sentido, la disponibilidad de la propia imagen exige la posibilidad de decidir sobre su cambio o modificación, lo cual constituye a su vez un presupuesto ineludible del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.... Orden a empresa de masajes proceda a retirar de la red social Facebook y de cualquier otro medio de publicidad las imágenes y se abstenga en el futuro de divulgar y publicitar las fotografías de la accionante”.⁷³ Nótese que este fallo dirige la orden de remoción contra quien publicó el contenido en la plataforma Facebook, no a Facebook.

¿Cuál sería la diferencia en términos prácticos si la pornografía no consentida se regulara como un supuesto de violación de la privacidad y no, por ejemplo, con un caso de discurso de odio?

El derecho a la Libertad de Expresión en cierta forma se fortalece y el balance entre ambos derechos requiere necesariamente la intervención judicial o de una autoridad competente para cumplir el objetivo que en general tienen las víctimas que es lograr remover el contenido (sea por parte del autor o de un Intermediario de Internet).

Así lo dispone el artículo 1770 del Código Civil y Comercial Argentino, citado supra, que menciona que el cese del acto arbitrario de intromisión en la vida privada y la indemnización deben ser ordenadas por un Juez.

Resulta entonces que al igual que en el caso del discurso de odio, cualquier restricción a la Libertad de Expresión para resguardar la privacidad debería ser ordenada por un Juez o una autoridad administrativa competente pero, a diferencia del discurso de odio, no podría existir una prohibición de este discurso e imperiosamente el juez de forma previa a ordenar la remoción debería hacer un balance de derechos entre la privacidad y la Libertad de Expresión.

Ya se dijo anteriormente que en el caso del discurso de odio, ningún balance es debido.

⁷¹ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. 166.

⁷² Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. 143

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 634-13.

Al fortalecerse el Derecho a la Libertad de Expresión, se fortalece también la necesidad de prever excepciones por cuestiones de interés público. No obstante, debe considerarse con sumo cuidado esta excepción para no re-victimizar a la víctima.

Debería aplicarse una interpretación muy restrictiva como para permitir que una pareja o ex pareja publique contenido íntimo y que éste deba circular por razones de interés público. Obviamente, deberá estar vinculado a alguna causal que no sea la mera exhibición de la vida privada o la estigmatización de la conducta de un funcionario o una persona pública.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Rodriguez Maria Belen c/Google Inc. y ot. s/ Ds y Ps*”⁷⁴ (2013) encuadró el caso de la remoción de vínculos, por parte de los motores de búsqueda, a páginas que vulneraban el derecho al honor de la actora, como un “balance entre libertad de expresión y derecho a la privacidad” y resolvió que los motores de búsqueda están obligados a remover el contenido dañoso desde que son notificados por parte de la víctima.

En relación a la validez de la notificación, aspecto crítico para determinar cuando la víctima adquiere el derecho a que se remueva el contenido, la Corte Suprema ofrece un estándar *obiter dictum* (esto es muy importante recalcarlo, no es un estándar vigente y no ha sido testeado en relación con los estándares de libertad de expresión del Sistema Interamericano)

Dijo la Corte Suprema que:

“Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o **incitación a la violencia**, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. La naturaleza ilícita -civil o penal- de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento. Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.”(El resaltado ha sido agregado).

Como se mencionó al desarrollar la perspectiva del discurso de odio, el Sistema Interamericano no admitiría la remoción de contenido sin orden judicial o de autoridad administrativa competente. No obstante, en el caso de la incitación a la violencia se anularía la posibilidad de que exista un interés público involucrado, pero la vulneración de la privacidad requiere la intervención de una autoridad que efectúe el balance de derechos y resguarde el interés público.

Por supuesto, la indemnización por daños y perjuicios y la utilización de la vía del amparo establecida en el Artículo 43 de la Constitución Nacional serían aplicables al igual que en el caso del discurso de odio, ya que la privacidad es igualmente un derecho fundamental.

⁷⁴ Supra nota 59, párr. 18

Pero además, la perspectiva de la pornografía no consentida aportaría otra herramienta procesal que es el Habeas Data, contemplado en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en particular en la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. Sin pretender ingresar aquí en el arduo debate del llamado “Derecho al Olvido”, la imagen es un dato personal y la falta de consentimiento al tratamiento de dicho dato podría dar derecho al ejercicio del Derecho de Oposición. En ese caso - excepto que se tratara de un diario (por la inmunidad de las bases de datos periodísticas) o que no se considere a los Intermediarios de Internet como “responsables del archivo”-, la víctima tendría derecho a exigir directamente al autor la remoción, o solicitarlo judicialmente mediante la acción de habeas data.

No obstante, como la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, deberá balancearse con el derecho a la libertad de expresión. Si bien la ley 25.326 concede al titular del dato el derecho a oponerse al tratamiento o a solicitar la cancelación del dato, en el caso de contenido publicado por usuarios de un servicio de los Intermediarios de Internet, las reglas a seguir deberían ser las de la RELE explicitadas más arriba (remoción previa orden judicial o de autoridad administrativa competente).

La criminalización de la pornografía no consentida

La tendencia regulatoria en el mundo occidental, y en algunos países de Oriente es a convertir la pornografía no consentida, o alguna de sus variantes, (pornografía de venganza o acoso) en un delito o al menos en un “misdemeanor”, sustrayendo la reparación o sanción del ámbito meramente civil.

El argumento para criminalizar es que, ante el enorme daño que provoca la pornografía no consentida y la dificultad para contener dicho daño una vez que la publicación ha ocurrido, por ejemplo en Internet, la única herramienta realmente eficaz en términos preventivos sería la sanción penal.

En 2009, Filipinas fue el primer país en criminalizar la pornografía no consentida. En 2013 fue criminalizada por el Estado de Victoria, en Australia y Australia misma está ahora debatiendo una ley nacional. En el 2014, Israel y Canadá introdujeron este delito en sus legislaciones. Gales e Inglaterra criminalizaron esta conducta en el 2015 y Japón también en el 2015.

En América Latina hay proyectos de ley en Brasil, Uruguay y Argentina.⁷⁵

En los Estados Unidos, la gran mayoría de los Estados han aprobado leyes anti- “revenge porn” si bien no existe aún una ley federal que regule la cuestión. Estas regulaciones oscilan entre la criminalización como un delito o como un *misdemeanor* y presentan también variantes en cuanto a la acción contemplada.⁷⁶ Los activistas pro-criminalización han criticado a aquellas que exigen una determinada intención (causar daño), porque restringe su aplicación. En California ya se obtuvo la primera condena.⁷⁷ Es interesante que en este caso, además de la publicación de las imágenes y de los agravios a la víctima (por supuesto, utilizando la actividad sexual como motivo de agravio), el agresor instaba a su empleador a despedirla (lo cual es una incitación a la violencia según nuestra definición).

También fue condenado –a 18 años de cárcel- el administrador de una página web creada específicamente para propósitos de pornografía de venganza, pese que en los Estados Unidos los Intermediarios de Internet tienen inmunidad

⁷⁵ Disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cceinformatica/proyectos/proyecto.jsp?exp=1311-D-2013>;
<http://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cceinformatica/proyectos/proyecto.jsp?exp=5755-D-2011>;
<http://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cceinformatica/proyectos/proyecto.jsp?exp=3817-D-2011>;
<http://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/cceinformatica/proyectos/proyecto.jsp?id=180111>

⁷⁶ Disponible en: <http://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>

⁷⁷ BBC news, *Revenge Porn Facebook post leads to jail sentence*, 3 de diciembre de 2014. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/technology-30307657>

por los daños derivados del contenido generado por usuarios. No obstante, este administrador realizaba una especie de maniobra extorsiva para remover el contenido que fue considerada al momento de condenarlo.⁷⁸ (Es decir no se lo condena por ser intermediario, sino por sus propias acciones).

España incorporó la figura de la pornografía no consentida a través del artículo 197.7

“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 aquélla 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 [hasta 7 años de cárcel si hay fines lucrativos, según artículo 197.6, y afecta a los tipos de datos mencionadas en el artículo 197.5] 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.”

Como se observa, es un tipo penal amplio, mucho más restrictivo de la libertad de expresión que el concepto aquí propuesto como pornografía no consentida, que podría eventualmente servir de base a un tipo penal.

La Cámara de Representantes de Puerto Rico aprobó un Proyecto de Ley contra la “pornografía de venganza”⁷⁹ que criminaliza y sanciona fuertemente varias acciones en torno al contenido.

La ley está siendo debatida en el Senado con expresiones a favor y en contra.⁸⁰

Como se mencionó antes, Israel también criminalizó la pornografía de venganza⁸¹, **acto al que calificó como un delito sexual**. Esto se aparta de las otras regulaciones, pero tiene sentido si, por ejemplo, se entiende a la pornografía no consentida como un supuesto de violencia sexual motivada por razones de género.

Desde la perspectiva académica, en los Estados Unidos la más acérrima defensora de la criminalización ha sido la autora ya mencionada Danielle Citron, quien ha arengado incansablemente a favor de criminalizar la pornografía de venganza. Considera esta profesora de la Universidad de Maryland que las sanciones civiles no disuaden al autor y que solo la amenaza de prisión efectiva puede detener este flagelo.

Debe destacarse aquí que Citron advoca por la criminalización o la ampliación de la figura del “Acoso”⁸², que excede a la cuestión de la pornografía no consentida. En su argumentación, la pornografía no consentida es una manifestación de

⁷⁸ Méndez Manuel Angel para Gizmodo, *18 años de cárcel para el administrador de una página de revenge porn*, 4 de abril de 2015. Disponible en: <http://es.gizmodo.com/18-anos-de-carcel-para-el-administrador-de-una-pagina-d-1695661923>

⁷⁹ Disponible en: <https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2015/02/venganzapornografica.pdf>

⁸⁰ Estrada Torres, Michelle para El Nuevo Día, *Mirada multidisciplinaria al proyecto de ley de pornovenganza*, 10 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/miradamultidisciplinariaalproyectedeleydepornovenganza-2032334/>

⁸¹ Azulay Moran, para YNetnews.com, *Knesset outlaws revenge porn*, 1 de junio de 2014. Disponible en: <http://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4473849,00.html>

⁸² “Actualmente, muchas leyes de acoso o de acecho no incluyen las amenazas de violación o la publicación de fotos de la víctima desnuda en los blogs o páginas web del acosador, o las publicidades falsas que ofertan un presunto interés de la víctima en mantener relaciones sexuales con desconocidos o las mentiras difamatorias que aparecen en muros de mensajes. Estas conductas no están alcanzadas porque el abuso no está directamente comunicado a la víctima. Pero las leyes de acecho y acoso deberían cubrir cualquier mecanismo, método o tecnología utilizada por los agresores para perseguir a sus víctimas. Los fiscales deberían tener la posibilidad de presentar la totalidad del abuso; esta totalidad, después de todo, es la que pone en peligro la vida, la salud y las carreras de las víctimas” (traducción propia). Citron, Danielle for Aljazeera America, *Expand harassment laws to protect victims of online abuse*, “Currently, many state harassment and stalking laws do not cover rape threats and nude photos of victims posted on a harasser’s blog or website, online ads that falsely claim victims’ interest in anonymous sex or defamatory lies that appear on message boards. These deeds are not covered because the abuse is not communicated directly to

conductas de acoso o abuso, todas las cuales merecen ser criminalizadas en su opinión. Esta opinión también debería ser considerada por los reguladores que lean esta investigación, pero no abordaremos aquí la conveniencia o no de criminalizar otras conductas que no sea estrictamente la definición que hemos dado de pornografía no consentida.

En América Latina, Pablo Palazzi también ha propuesto la criminalización de la pornografía no consentida,⁸³ de una forma amplia, esto es, incluyendo supuestos que exceden la publicación o puesta a disposición por parte de una persona con una relación íntima con la víctima. Expresa Palazzi que son tres los fundamentos legales que habilitan a criminalizar estas conductas: “El primer fundamento de la propuesta que realizamos en esta nota es el derecho a la intimidad de las personas cuya imagen es difundida sin permiso... En segundo lugar, cabe hacer mención también de la Ley 24.632 que aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (conocida como “Convención de Belem do Pará”)... El tercer argumento es un argumento negativo, relativa a la falta de interés público en la publicación o difusión de estas imágenes que forman parte de la vida privada de las personas. Nadie puede argumentar un interés legítimo alguno para difundirlas (la libertad de expresión en este caso debe ceder frente a la privacidad del contenido)”. También indica que el delito a tipificar podría concurrir con los delitos ya regulados por los artículos 153 y 153 bis del Código Penal para el caso en que la imagen haya sido captada sin el consentimiento de la víctima.

También la Convención de Estambul propone la criminalización del “acoso”, al que considera una forma de violencia contra las mujeres. Es relevante la aclaración de que pese a la falta de datos “es bien conocido que muchas de las víctimas son mujeres y muchos de los perpetradores hombres”. Apunta a criminalizar la actitud sostenida en el tiempo y no los actos aislados pero advierte que “los procedimientos criminales pueden no detener a un acosador, por lo cual es necesarios asegurar la seguridad de la víctima. La Convención se asegura que un Tribunal pueda ordenar al acosador que cese en su comportamiento y se aleje de la víctima. Cualquier violación de dichas órdenes deben ser sancionadas criminalmente o mediante otras sanciones legales”.

Precisamente, el reconocer que los procedimientos criminales no detienen la conducta es lo que hace dudar de la necesidad de sancionar penalmente como si esta fuera una solución efectiva. Como ya sabemos en la Argentina, tampoco lo son las órdenes de restricción en caso de violencia doméstica, pero tal vez podría funcionar un procedimiento restrictivo para el caso de amenazas de pornografía no consentida.

No obstante, por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia ha expuesto como argumento que la criminalización de los actos de violencia de género o doméstica (lo que sucede cuando la violencia la ejerce una pareja) protegen como bien jurídico a la familia, no a la integridad física.⁸⁴ Es decir, existe un bien jurídico a proteger que es más amplio que la necesidad de resguardar la integridad física o psicológica de la víctima. Por ello, si se lo considera desde esta perspectiva, el análisis la efectividad o no de la criminalización como medida preventiva puede arrojar otros resultados.

Sea por ineficacia o por los abusos a los que puede llevar, existen argumentos para ser cautos antes de crear nuevos tipos penales. Como lo expresa elocuentemente Sarah Jeong para Wired, “El problema de la pornografía de venganza está embutido dentro de un contexto mayor de violencia contra las mujeres y de estigmatización del cuerpo desnudo, lo

victims. But stalking and harassment laws should cover any means, methods or technologies exploited by perpetrators to persecute victims. Prosecutors should be able to present the totality of the abuse; that totality, after all, is what imperils victims’ safety, careers and peace of mind.”, 21 de Marzo de 2015. Disponible en: <http://america.aljazeera.com/opinions/2015/3/expand-harassment-laws-to-protect-victims-of-online-abuse.html>

⁸³ Palazzi, Pablo, *Introducción al Problema del Revenge Porn*, en Derecho de Internet y Tecnología de las Comunicaciones, Working Paper Series N 1, 31 de Agosto de 2015, Disponible en: <http://www.ditc.com.ar/wp-content/uploads/2015/03/WPS-1-DITC-Palazzi-revenge-porn.pdf>

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-368/14. “ En este caso, el bien jurídico tutelado por el tipo penal definido en el artículo 229 de la Ley 599 de 2000 es la familia, de tal forma que si la violencia, sea cual fuere el mecanismo para infligirla, trae como consecuencia la afectación de la unidad y armonía familiar, rompe los vínculos en que se fundamenta esta estructura esencial de la sociedad, habrá antijuridicidad, elemento necesario para sancionar penalmente la conducta, por cuanto no es la integridad física el bien jurídicamente protegido por este infracción penal”. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-368-14.htm>

que significa que el problema puede ser abordado desde muchas otras perspectivas. ¿Por qué regular la Internet cuando las órdenes de restricción no se pueden hacer cumplir, cuando las mujeres encuentran un montón de obstáculos para iniciar acciones civiles contra sus abusadores, cuando los empleadores pueden despedir a una empleada por ser un objeto sexual en Internet? Nuestros esfuerzos regulatorios serían más productivos si se dirigieran a paliar el sufrimiento de las víctimas”.⁸⁵

En Argentina, la criminalización de la discriminación no fue considerada como una solución efectiva, de acuerdo al informe del INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo).⁸⁶ Si bien el supuesto de la pornografía no consentida no fue parte de la encuesta y excede lo que es la discriminación, puede servir como parámetro de la opinión social frente a la acción punitiva del Estado.

También se ha opinado contra la criminalización extendida a supuestos que no incluyen estrictamente a la pareja de la víctima. Voces relevantes en el debate sobre Derechos Civiles y Libertad de Expresión como las de ACLU y Mary Anne Franks han participado de este debate. ACLU no sólo ha brindado testimonio público sino que ha iniciado un litigio contra el Estado de Arizona por haber aprobado una ley “extensiva, basada en el contenido que criminaliza la exhibición, publicación y venta de imágenes no –obscenas, protegidas por la primera Enmienda”.⁸⁷ También exigió que la ley se limite a supuestos en los que exista una intención de dañar y una relación íntima entre la víctima y el autor del contenido.

Franks, por su parte, ha respondido con furia a este reclamo de ACLU, argumentando que:

“No es sorprendente que un grupo de varones universitarios que tienen el hábito de circular imágenes de mujeres en estado de inconsciencia, desnudas, para su propio entretenimiento promuevan una definición estrecha e ilógica de este comportamiento criminal. Sin embargo, es profundamente decepcionante que una organización supuestamente dedicada a las libertades civiles haga lo mismo”.⁸⁸ (Traducción propia). Sostiene esta autora que las leyes de pornografía de venganza deben incluir a cualquier persona divulgando imágenes íntimas sin consentimiento y que la intención de dañar es irrelevante. No obstante, recomienda incluir una excepción de interés público.

En esta investigación, se adopta algo de las dos posturas. En caso de adherir el regulador a la opción de criminalización, ésta solo debería abarcar a quien publica y pone a disposición el material, si tuvo una relación íntima con la víctima (no necesariamente una pareja estable). Por otra parte, la intención de dañar es irrelevante y la excepción de interés público dependerá del enfoque en que se sustente el delito. Si se funda en un supuesto de discurso de odio o de agresión sexual, no existiría ningún interés público a proteger. Si el delito se fundara en una violación a la privacidad, la libertad de

⁸⁵ Jeong, Sarah para Wired, *Revenge Porn is bad. Criminalizing it is worse*: “The problem of revenge porn is embedded within a larger context of violence against women and the stigmatization of the naked body, which means the issue can be tackled from many other directions. Why look to regulating the internet when restraining orders cannot be enforced, when domestic violence victims are hampered in initiating civil actions against abusers, when employers can fire their employees for being sexualized on the internet? Our efforts would be better spent seeking legislation to remedy the suffering that victims actually experience.”, 28 de octubre de 2013. Disponible en: <http://www.wired.com/2013/10/why-criminalizing-revenge-porn-is-a-bad-idea/>

⁸⁶ INADI, *Mapa de la Discriminación 2013*: “Ante la importancia que asume la problemática de la discriminación, es interesante conocer cómo esperan las personas consultadas que actúe el Estado al respecto. El Gráfico Nº 1.10 muestra que en el 39% de las respuestas (51% de los/as entrevistados/os) se señala que se deben realizar más campañas de difusión e información. Siendo que el 65% de las personas (38% de respuestas) entiende la discriminación como una falta de educación (Gráfico Nº 1.2), no sorprende que la mayor cantidad de personas opine que el Estado tenga que generar una mayor cantidad de espacios de instrucción y sensibilización a fin de combatir la discriminación. Por su parte, las siguientes tres respuestas con mayor cantidad de acuerdo por parte de la población encuestada hacen referencia a un tipo de actuación estatal que pone énfasis en lo punitivo, ya sea ampliando los lugares donde realizar denuncias, aplicando multas y/o sanciones o dictando nuevas leyes que penalicen los actos discriminatorios.”, 30 de Octubre de 2013, p. 31. Disponible en: <http://inadi.gob.ar/wp-content/uploads/2014/01/mapa-de-la-discriminacion-2013.pdf>

⁸⁷ Disponible en ACLU.org: https://www.aclu.org/sites/default/files/assets/az_nude_picture_complaint_0.pdf

⁸⁸ Franks, Mary Anne, para Huffington Post, *The ACLU's Frat House Take on 'Revenge Porn'*: “It is hardly surprising that a group of college boys in the habit of circulating pictures of unconscious, naked women for entertainment would promote a narrow and illogical definition of criminal behavior. It is profoundly disappointing, however, that an organization supposedly dedicated to civil liberties would do the same.”, 4 de enero de 2015. Disponible en: http://www.huffingtonpost.com/mary-anne-franks/the-aclus-frat-house-take_b_6980146.html

expresión podría justificar una excepción de este tipo (por ej. la participación de políticos en algún tipo de actividad sexual).

Debe considerarse especialmente que si bien la criminalización se adoptó tanto en sistemas jurídicos regulados por los Sistemas de Derechos Humanos (Europa) como los que no (Estados Unidos, donde los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no son superiores a la ley), la realidad es que en Estados Unidos, cuya legislación civil es más restrictiva al momento de conceder indemnizaciones y que no tiene el respaldo de los Derechos Humanos en relación con la privacidad o la violencia contra las mujeres, la criminalización sea una herramienta más eficaz. En Argentina, la vía procesal del Artículo 43 de la Constitución Nacional mediante la Acción de Amparo o el Habeas Data y la reparación de daños puede ser más eficaz que la persecución penal (que no ha detenido a ningún feminicida, o al menos no hay pruebas de ello). Sería importante analizar empíricamente, antes de crear el tipo penal, si la criminalización causa un efecto preventivo en casos de discurso de odio o de violación a la privacidad.

Como lo advirtió recientemente (noviembre de 2015) el Best Practice Forum “Countering Online Violence Against and Abuse of Women” del Internet Governance Forum “En aquellos países que estén considerando desarrollar respuestas legislativas a este problema, es importante que los remedios y compensaciones sean priorizadas por sobre la criminalización. No solo deben los gobiernos priorizar el acceso a la justicia de víctimas y sobrevivientes de abusos online y violencia de género sino que medidas flexibles e informales (pero transparentes) que puedan brindar una respuesta fácil, rápida y efectiva al comportamiento online deben ser investigadas con mayor profundidad”.⁸⁹

Convertir una conducta en delito penal tiene por supuesto, consecuencias gravosas para las libertades individuales. Pero además en este caso, en que la conducta implica publicar o poner a disposición contenido, la criminalización tiene un especial impacto en la libertad de expresión. Esto ya ha sido advertido por las Relatorías Especiales en sus declaraciones conjuntas y en el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (2013), en referencia a otros supuestos como difamación o *Grooming*:

“La difamación penal no es una restricción justificable de la libertad de expresión; debe derogarse la legislación penal sobre difamación y sustituirse, conforme sea necesario, por leyes civiles de difamación apropiadas”.⁹⁰

Como ya se dijo, no existe en principio, en el supuesto de pornografía no consentida un interés público a resguardar si se lo califica como discurso de odio, por lo cual la restricción al discurso por medio de la amenaza de sanción penal aparece como legítima. Distinto es el caso de la afectación de la privacidad.⁹¹ Por supuesto, siempre y cuando el tipo penal esté bien delimitado y no se haga extensivo a otros sujetos que no son los autores de la publicación o puesta a disposición o no se contemplen otras situaciones distintas al material sexual explícito.

En este sentido, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y la respuesta a situaciones de conflicto (2015) advierte que:

⁸⁹ Documento borrador aún no publicado: “Where countries consider developing legislative responses to the issue, it is important that relief and redress be prioritised over criminalisation. Not only do governments need to prioritise the access that victims and survivors of online abuse and gender-based violence have to justice, but flexible and informal (yet also transparent) measures that can more easily, quickly and effectively respond to online behaviour need to be investigated in future research”.

⁹⁰ CIDH, Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de Prensa y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión, *Declaración Conjunta sobre Libertad de expresión y administración de justicia, Comercialización y libertad de expresión, y Difamación penal*. (2002) Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=87&IID=2>

⁹¹ CIDH. Informe Anual 2009. *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión)*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. “La protección de la honra y la reputación, cuando se alega una afectación mediante el uso de Internet, debe responder en general a criterios de ponderación similares a los que se utilizan en otros ámbitos de la comunicación. En particular, como lo ha sostenido de manera reiterada la CIDH, resulta desproporcionada la aplicación del derecho penal cuando se trata de discursos especialmente protegidos, esto es, informaciones o expresiones sobre asuntos de interés público, funcionarios públicos o personas voluntariamente comprometidas en asuntos de interés público”, Párr. 101 y ss.

“Todas las restricciones criminales sobre el contenido –incluyendo aquellas relacionadas con el discurso de odio, seguridad nacional, orden público, y terrorismo/extremismo– deberían conformarse estrictamente bajo los estándares internacionales, lo que incluye no proporcionar una protección especial a funcionarios y no emplear términos vagos o indebidamente amplios.”⁹²

Ahora bien, la criminalización no modifica la cuestión de la remoción del material de donde sea que esté publicado, la cual sigue rigiéndose por los parámetros de libertad de expresión del Sistema Interamericano. Sólo modifica la sanción al autor y eventualmente, la prevención, si es que la criminalización efectivamente actuara como un elemento disuasivo.

En relación con los Intermediarios de Internet, estos deberían quedar fuera de todo tipo de sanción criminal (sobre la responsabilidad civil, el estándar es de negligencia luego de notificación de la ilegitimidad del material por una judicial o de autoridad administrativa competente) ya que sólo se limitan a servir de herramienta para la acción del autor/agresor. Igualmente, es destacable que la gran mayoría de los Intermediarios, comprendiendo la gravedad de la problemática, se autorreguló e incluyó en sus Términos y Condiciones los mecanismos para que las víctimas soliciten la remoción del material comprometiéndose a una remoción inmediata.⁹³ Es para celebrar que los Intermediarios puedan adaptar sus propios estándares a los estándares de Derechos Humanos.⁹⁴

Vale decir que la autorregulación ha sido propuesta por la RELE como un estándar a ser promovido como una alternativa a la criminalización, a fin de resguardar la libertad de expresión:

“La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.”⁹⁵

Varios artículos especializados se han hecho eco de las modificaciones en las políticas de las empresas y han destacado que esta es una medida mucho más simple y eficiente que aprobar leyes. Para el ciudadano, observan, es mejor que la empresa se auto-regule a que el gobierno les diga que pueden o no decir online.⁹⁶

Asimismo, en algunos casos que pueden llegar a ser muy eficaces, el Estado se ha asociado a las empresas que prestan servicios de intermediación en Internet para combatir la “ciber explotación”. Este es el caso del “Cyber Exploitation”, una

⁹² CIDH, El Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas (ONU), la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y la respuesta a situaciones de conflicto* (2015). Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=987&IID=2>

⁹³ Guía para remover contenido online desde las distintas plataformas. Disponible en: <http://www.endrevengeporn.org/online-removal/>.

Declaración de prensa de Pornhub (sitio de material pornográfico), del 13 de Octubre de 2015, en la que se compromete a remover cualquier material que la víctima indique como privado y publicado sin su consentimiento. Disponible en: <http://www.pornhub.com/press/show?id=742>

⁹⁴ Internet Governance Forum, Best Practice Forum, *Countering Online Violence Against and Abuse of Women*. Documento borrador no publicado: “Lastly, Internet intermediaries can explore clearer and more explicit commitments to comprehensive human rights standards to better address the issue of online abuse and gender-based violence. Existing legal frameworks can provide guidance on the actions they can take to ensure that women's rights online are promoted and respected in compliance with international human rights standards.”, (2015).

⁹⁵ CIDH, El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) (2011), *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

⁹⁶ Daileda, Colin para Mashable, Social Media sites may be better than the law at blocking revenge porn, “When it comes to the idea of preventing revenge porn from getting distributed in the first place, law hasn’t been very effective,” William McGeveran, a free speech and information law professor at the University of Minnesota, told *Mashable*. “Platform operators are the ones with their hand on the button. They’re the ones who can control what actually gets posted in the first place.”, 18 de marzo de 2015. Disponible en: <http://mashable.com/2015/03/18/banning-revenge-porn/#TZYGdtF3JkqD>

iniciativa lanzada por la Procuradora General de California en conjunto con las principales empresas de Internet.⁹⁷ Esta página sistematiza recursos como por ejemplo los links de las empresas para solicitar la remoción de contenido por pornografía de venganza (en un mismo lugar, así la víctima no debe buscar uno por uno) y también una Guía de Buenas Prácticas. Esta clase de iniciativas son medidas que pueden ser tanto o más eficaces que la criminalización.

Finalmente, debe analizarse que la criminalización de la pornografía no consentida podría autorizar, eventualmente, la requisa del material prohibido, tanto al Intermediario como al autor/agresor. En relación con el presunto autor, autorizaría el análisis de sus herramientas de comunicación y en relación con el Intermediario podría ocasionar trastornos en la prestación del servicio a todos los demás usuarios. Este es otro factor para considerar la proporcionalidad de criminalizar esta acción.

Conclusión

Como conclusión, se pone de resalto que la pornografía no consentida es un problema global que merece atención regulatoria.

Los Sistemas de Derechos Humanos ofrecen alternativas para encuadrar este fenómeno discursivo (se trata de contenido), tales como el discurso de odio,- por tratarse de un caso de violencia contra las mujeres-; o, el Derecho a la Privacidad que también brinda suficiente protección.

De forma paralela, las leyes domésticas deben permitir la procedencia de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados y un rápido acceso a la justicia para las víctimas.

El encuadre como discurso de odio permite una protección más eficaz, ya que el Sistema Interamericano permite su prohibición y ello excluye la existencia de interés público a balancear; mientras el Derecho a la Privacidad exige que la restricción del contenido se confronte con un eventual interés público en la circulación del contenido.

El derecho penal también se presenta como una alternativa, y ha sido receptada por muchos países que consideran a la criminalización como la única herramienta realmente disuasiva.

Se advierte, no obstante, que previo al abordaje penal, el Estado debe construir estadísticas que avalen acudir a la criminalización, que debe ser siempre la última ratio regulatoria.

En cualquiera de los escenarios, el Estado debería garantizar el rápido y fácil acceso a la justicia para las víctimas adoptando o creando los mecanismos procesales más aptos para una rápida solución del problema de la circulación del contenido.

Por otra parte, de acuerdo con los estándares de la RELE, los derechos de los Intermediarios de Internet deben ser resguardados de toda sanción, excepto casos de negligencia ante una orden judicial o de autoridad administrativa que ordene remover el contenido, como medida de responsabilidad ulterior decretada contra el autor del contenido.

Por último se destaca que cualquier opción regulatoria debe partir de una definición clara del problema que se pretende regular. Es decir, deben definirse los contornos del objeto a regular con suma claridad. Ello evitará la adopción de políticas erróneas que no solo no protejan a las víctimas sino que además podrían vulnerar otros derechos fundamentales.

⁹⁷ Disponible en: <http://oag.ca.gov/cyberexploitation>