

ARTÍCULO CIENTÍFICO

AUSENCIA DE PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD EN LA DIFUSIÓN DE VIDEOS SEXUALES GRABADOS EN MUTUO CONSENTIMIENTO

LACK OF PRIVACY PROTECTION IN THE DISSEMINATION OF SEXUAL VIDEO RECORDED WITH MUTUAL CONSENT

Méndez Vivas, Luis Fernando ^I; Cornejo Aguiar, José Sebastián ^{II}

^I. yambori18@hotmail.com. Fiscalía General del Estado, Ecuador.

^{II}. scor1719@hotmail.com. Abogado en libre ejercicio, Ecuador.

Recibido: 14/02/2022

Aprobado: 21/04/2022

Como citar en normas APA el artículo:

Méndez, L. F. y Cornejo, J. S. (2022). Ausencia de protección a la intimidad en la difusión de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento. *Debate Jurídico Ecuador*, 5(2), 255-273.

RESUMEN

El presente estudio tiene su motivación en el incremento del fenómeno de la difusión no consentida de videos sexuales en la sociedad ecuatoriana, una práctica que internacionalmente ha adoptado distintas respuestas ya que existen legislaciones donde se tipifica como un delito contra la integridad sexual, mientras que en Ecuador esta acción se ha venido sancionando como un delito contra la intimidad debido a la falta de un tipo penal específico, lo cual ha dificultado las autoridades para perseguir este delito, pues dentro del Código Orgánico Integral Penal se ha dispuesto como excepción no punible los vídeos que se publiquen por parte de una de las personas que intervienen en los mismos, lo cual ha vulnerado derechos como la intimidad, la vida privada y la integridad sexual de las víctimas, sin que al momento existan mecanismos legales efectivos para poder sancionar esta acción. En el desarrollo de este trabajo se ha implementado una metodología basado en la dogmática jurídica y la utilización del método exegético, ya que se ha analizado a partir de la doctrina jurídica este fenómeno y los derechos vulnerados, así como el tratamiento que ha tenido en la legislación ecuatoriana, llegando a obtenerse como resultado más importante, que la normativa penal ecuatoriana no regula de manera adecuada la difusión no consentida de videos sexuales, y; víctimas quienes han visto expuesto aspectos muy importantes y

reservados de su vida privada a la opinión pública, sin que al momento existan mecanismos legales efectivos para poder perseguir y sancionar esta acción.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la intimidad; difusión no consentida de videos sexuales; pornografía no consentida; porno venganza; extorsión.

ABSTRACT

This research is created by the increase in the non-consensual phenomenon dissemination of sexual videos in the Ecuadorian society, a practice that has internationally adopted different responses since there are laws classified as a crime against sexual integrity. In Ecuador this action has been sanctioned as a crime against privacy due to the lack of a specific criminal type which has made it difficult for the authorities to prosecute this crime within the Comprehensive Organic Penal Code, the videos have been provided as non-punishable exceptions to be issued by one of the people who intervene in them and who has violated rights such as, private life and sexual integrity of the victims. Currently, there aren't effective legal mechanisms to punish this action in the development of this research, a methodology based on legal dogmatic and the use of the exegetical method has been implemented. This phenomenon and the violated rights have been analyzed from the legal doctrine, as well as the treatment it has had in the Ecuadorian legislation, the most important result being this criminal law does not adequately regulate the non-consensual dissemination of sexual videos, and; victims who have seen very important and reserved aspects of their private life exposed to public opinion, without some effective legal mechanisms to be able to prosecute and sanction this action at the moment.

KEYWORDS: Right to privacy; non-consensual dissemination of sexual videos; non-consensual pornography; revenge porn; sextortion.

INTRODUCCIÓN

La protección de la intimidad personal constituye uno de los valores intrínsecos para el ser humana, inclusive con mucha anterioridad a que se incluya dentro de los derechos fundamentales en los instrumentos internacionales, así como en Constitución de varios Estados, siendo numerosas las referencias históricas en las cuales se ha evidenciado como el ser humano ha concebido la existencia de una dualidad entre su vida en las esfera pública y privada, siendo esta de carácter reservado frente a las demás personas (Rosen, 2000).

En lo que se refiere a la protección internacional de este importante derecho se ha consagrado en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dentro de su artículo 17, así como también dentro de los numerales 2 y 3 del artículo 11 de la Declaración

Americana sobre Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica, del año 1969.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 lo consagró dentro de los derechos de libertad, previstos dentro del artículo 66, en el cual no solo se establece el derecho a la intimidad como tal, sino otros que tienen amplia relación con la vida íntima de los seres humanos, entre los que se encuentran la protección a la imagen, la voz, la dignidad todos ellos, el derecho a la protección de los datos personales, que constan en el texto constitucional.

Sin embargo, en la actualidad, las diversas tecnologías de la información han implicado un nuevo reto frente a la protección de los derechos, ya que se han creado nuevas formas delictivas que aprovechan las ventajas ofrecidas por estos medios, que afectan el derecho a la intimidad y los demás derechos conexos, que pueden ser objeto de diversas formas de vulneraciones como el caso de la difusión no consentida de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento. En este sentido, la autora Garcia (2010) afirma que:

Hasta hace poco tiempo la intimidad de las personas estaba garantizada, pero ahora la tecnología ha logrado rebasar las predicciones de la ciencia ficción, logrando la pérdida de la misma, por la rapidez, el nivel de exposición por la recolección de información y la unificación de diferentes fuentes. Las computadoras con todas sus aplicaciones y capacidad de captar información, contribuyen al estado de peligro y exposición que atenta contra la vida privada de las personas, pues casi todas las actividades de la vida son registradas en computadoras al servicio del Estado o de entidades particulares, creciendo la posibilidad de su indebida utilización (p. 278).

Sin duda, uno de los aspectos que ha agudizado esta práctica en el Ecuador es la falta de regulación existente de este fenómeno, que no constituye figura típica, y que inclusive, debido al contenido del artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, podría considerarse en cierta forma autorizada, pues según lo establecido, la publicación de un video deja de ser punible cuando una de las personas que interviene personalmente en el mismo sea quien lo publique, lo cual constituye una afectación de los derechos de las personas que no autorizaron la publicación de videos íntimos, situación que se complica debido a la falta de una figura típica específica que sancione esta conducta, de allí que se requiera del estudio y profundización de este importante fenómeno.

Si bien es cierto, la difusión de este tipo de videos sin el consentimiento de una persona supone una afectación del derecho a la intimidad de la persona, debido a que se exponer públicamente una faceta muy importante de su vida, dentro de la legislación ecuatoriana lamentablemente no existe una figura típica que sancione esta acción, ya que el COIP, establece que esta acción no será punible cuando la publicación la realice una de las personas que participa personalmente dentro del video (a manera de una aceptación tácita), lo cual

constituye un error y una afectación para la persona, pues un video sexual no debería ser publicado o difundido sin el consentimiento expreso de las dos personas que participan en el mismo, ya que de lo contrario, se está violentando el derecho a la intimidad.

No hay duda de que esta difusión no consentida causa una afectación a los derechos de la víctima, sobre todo al derecho a la intimidad, mismo que es definido por el autor Recaséns (2012) de la siguiente manera:

El derecho a la Intimidad es equivalente o equiparable a conciencia o vida interior, y, por lo tanto, ese campo queda por fuera del ámbito jurídico al ser imposible penetrar auténticamente en la intimidad ajena, en la conciencia de los demás. Con estas consideraciones queda fuera del Derecho, y se limita a la protegerlo (p.118).

Por esta razón, el objetivo de la presente investigación es: “Analizar como la ausencia de regulación normativa acerca de la difusión sin autorización de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento afecta el derecho a la protección de la intimidad de las personas.”

MÉTODOS

La investigación tiene como base el enfoque cualitativo, de igual forma se basa en la dogmática jurídica, ya que se utilizan diversos compendios doctrinarios acerca de los temas más importantes de la problemática planteada que han sido desarrollados por distintos autores dentro de libros y artículos científicos de prestigio académico, donde se aborda la difusión de los videos sexuales sin consentimiento y la falta de regulación existente debido a la novedad de este fenómeno, así como el derecho a la intimidad y los derechos conexos al mismo (Quevedo & Castaño, 2002).

El método empleado fue la dogmática jurídica, por medio del cual realiza una discusión teórica de la problemática de la difusión sin consentimiento de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento y su afectación al derecho a la protección de la intimidad de las personas desde la perspectiva de diversos autores para lo cual se procurará analizar el alcance de este derecho y los efectos que ha tenido la problemática para diversas personas (Rodríguez, 2005).

Se utiliza además el método exegético, con la finalidad de poder establecer cuáles son las alternativas que existen para la protección de la intimidad de las personas en los casos de difusión sin consentimiento de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento en la legislación ecuatoriana a fin de establecer si existe una forma de protección dentro del ámbito penal o si se requieren reformas al Código Orgánico Integral Penal para alcanzar una protección efectiva frente a estas situaciones (Burbano, 2013).

La investigación tiene como base el enfoque cualitativo, de igual forma se basa en la dogmática jurídica, ya que se utilizan diversos compendios doctrinarios acerca de los temas más importantes de la problemática planteada que han sido desarrollados por distintos

autores dentro de libros y artículos científicos de prestigio académico, donde se aborda la difusión de los videos sexuales sin consentimiento y la falta de regulación existente debido a la novedad de este fenómeno, así como el derecho a la intimidad y los derechos conexos al mismo (Quevedo & Castaño, 2002).

El método empleado fue la dogmática jurídica, por medio del cual realiza una discusión teórica de la problemática de la difusión sin consentimiento de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento y su afectación al derecho a la protección de la intimidad de las personas desde la perspectiva de diversos autores para lo cual se procurará analizar el alcance de este derecho y los efectos que ha tenido la problemática para diversas personas (Rodríguez, 2005).

Se utiliza además el método exegético, con la finalidad de poder establecer cuáles son las alternativas que existen para la protección de la intimidad de las personas en los casos de difusión sin consentimiento de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento en la legislación ecuatoriana a fin de establecer si existe una forma de protección dentro del ámbito penal o si se requieren reformas al Código Orgánico Integral Penal para alcanzar una protección efectiva frente a estas situaciones (Burbano, 2013).

RESULTADOS

A través de la realización del presente proyecto de investigación el primer aspecto que debe apuntarse antes de analizar algunas de las definiciones de la difusión no consentida de videos sexuales, es la diversidad de denominaciones que existen acerca de este fenómeno, muchos de los cuales inclusive tienen distintas connotaciones.

Sin embargo, uno de los referentes en cuanto a la definición de difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet es el realizado por la relatora especial de la ONU, Dubravka Šimonović (2018) dentro del Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, donde se lo considera como aquella práctica que “consiste en la difusión en línea no consensuada de imágenes íntimas obtenidas con o sin el consentimiento de la persona, con el propósito de avergonzar, estigmatizar o perjudicar a la víctima” (p. 7).

De acuerdo al análisis y lo explicado por la autora, se comprende como la difusión no consentida de imágenes íntimas constituye una divulgación de videos íntimos que han sido grabados con consentimiento o no de las dos personas o de alguna de estas con el propósito de afectar a la persona y causarle un perjuicio. Ya dentro de este mismo informe se reconocen las múltiples denominaciones y fenómenos que afectan al derecho a la intimidad de las personas por medio de las tecnologías de la información.

En este sentido, una de las denominaciones que mayormente se ha empezado a utilizar en el mundo es el de pornografía no consentida (*non-consensual pornography* en su denominación inglesa) que es explicado por Citron y Franks (2014) de manera sintética afirmando que “la pornografía no consentida es la distribución de imágenes sexualmente gráficas de personas sin su consentimiento” (p.102).

La presente investigación se determina que de acuerdo doctrina analizada los elementos más importantes son la distribución de material en el cual existe materia sexual gráfico y la falta de consentimiento de las personas que participan en la misma para su difusión, sin que se haga un pronunciamiento acerca del consentimiento en lo que se refiere a su grabación.

Por su parte, Waldam (2016) define esta problemática de la siguiente manera: "La pornografía no consentida, también conocida como pornografía de la venganza, es la distribución de imágenes sexualmente gráficas o íntimas de personas sin su consentimiento" (p. 709).

Precisamente en esta definición aportada por la autora, se puede observar la confluencia que existe entre las distintas denominaciones de este fenómeno, como el de pornografía de venganza y la de distribución no consentida de material gráfico con imágenes sexualmente gráficas de personas, sin que esta definición tampoco profundice en los medios por los cuales se ha obtenido este material.

Una definición mucho más amplia de pornografía no consentida es la realizada por Peña y Vera (2018), para quienes el término de pornografía no consentida se utiliza para comprender un acto por medio del cual se realiza una difusión o revelación de imágenes o videos con contenido sexual explícito, que relevado a una tercera persona, podría considerar como pornografía, de modo que en este caso exista una mala interpretación, donde un acto de la vida privada de una persona se lleva a una esfera pública. Sin embargo, los autores consideran que el término pornografía quizás no es el más apropiado debido a que tiene una carga moralista.

Sobre la base de la información recopilada esta definición señala nuevamente como elementos centrales del fenómeno a la difusión de contenido sexual explícito en material gráfico y el hecho de que no exista un consentimiento para tal actividad, además incorpora otros elementos, ya que establece que la revelación de dicho contenido se deberá realizar a una tercera persona, razón por la cual, se comprende que es una de las personas que intervienen en el vídeo o imagen, o que ha sido el destinatario consensuado del mismo, el que decide que este material salga de la intimidad y vida privada sexual de los intervinientes, a fin de que se convierta en un contenido sexual de carácter público, sin el consentimiento de la otra persona que ha participado en la grabación del video o imagen.

En la definición antes aportada de Peña y Vera se advierte de la existencia de problemas en cuanto a la denominación del fenómeno, pues si bien se admite que el término de pornografía no consentida es el que mayor uso ha empezado a tener, consideran que el término de

pornografía en sí mismo tiene “una carga moralista a la actividad de la pornografía”, de modo que consideran producible utilizar esta denominación solamente a falta de un mejor término. En este sentido, autores como Malem (1992) explica que la palabra pornografía ha perdido su significado originario, mientras que Guha (1977) considera que el intento de definir su contenido de manera precisa es extremadamente difícil e inútil, ya que esto depende en gran parte de aspectos históricos, culturales y sociales, religiosos y morales.

Sin embargo, Malem (1992) apunta una definición bastante amplia al respecto y señala que un material puede ser calificado como pornográfico, siempre que dentro del mismo existan actos o representaciones sexuales explícitas que generalmente se realizan dentro de la intimidad, de modo que aun cuando existe una diversidad de conceptos en cuanto a la pornografía, la mayoría tiene como elemento central que dentro de los mismos debe existir alguna forma de sexo explícito, en cualquiera de las formas en las cuales ésta pueda contenerse como libros, fotografías, películas, espectáculos en vivo, entre otros, que trate de conducta sexual, órganos sexuales, actividad sexual o similares.

Esta definición en sentido amplio esclarece el concepto de pornografía que actualmente ha adquirido otra connotación, pues el autor señala que el mismo debe ser comprendido como aquel material diverso en el cual exista una representación de contenido sexual explícito, es decir, aquel que de manera habitual pertenece a la intimidad de las personas. Precisamente, desde esta concepción amplia tiene sentido el término de pornografía no consentida ya que en este caso se estaría haciendo alusión al material en el cual existe una representación de contenido sexual explícito cuya difusión no ha sido autorizada; esto sin dejar de mencionarse que actualmente el término pornografía tienen connotaciones de carácter comercial (pornografía como industria) o inclusive moral, pues en principio, la relación de lo pornográfico estaba relacionado “con lo bajo, lo sucio y satanizado por las sociedades de diversas épocas” (Legendre, 1985, p.13), de ahí que se lo asocie con la moral.

Por otra parte, Peña y Vera (2018) no comparten la idea de que se use el término de pornovenganza, debido a la connotación de violencia o represión que el mismo tiene y así explican:

Lamentablemente, los medios de comunicación han popularizado el término “pornografía de venganza” o “pornovenganza”, lo que resulta muy problemático porque el uso del término “venganza” implica que esta violencia es ejercida como consecuencia de un acto merecedor de una reacción, además de relegarlo al espacio de círculos cercanos, como las exparejas (p. 3).

Del análisis a la explicación aportada se comprende la existencia de dos problemas con este término, el primero de ellos es que el término se restringiría a aquellos casos en los cuales la difusión no consentida de videos sexuales se realiza en el contexto de las exparejas, pudiendo presentarse este fenómeno en muchos otros contextos, pero además también en razón de la

terminología de venganza, mismo que de cierta manera justificaría este acto en razón de ser una consecuencia de un acto previo en contra de quien difunde el video.

Por otra parte, McGlynn, Clare; Rackley, Erika y Houghton (2018) explican que el término pornografía de venganza incluye algunas otras conductas abusivas como la adulteración de imágenes con contenido sexual, la extorsión sexual, el voyeurismo o cualquiera que implique alguna forma de abuso sexual" (p. 25). En cuanto a la sextorsión, Dubravka Šimonović (2018) explica que:

Se refiere al uso de las TIC para extorsionar a una víctima. En esos casos, el autor puede amenazar con difundir fotografías íntimas de la víctima para extorsionarla a fin de obtener más fotografías o vídeos de actos sexuales explícitos o mantener relaciones sexuales con la víctima (p. 10).

Finalmente se encuentra la categoría del sexting, que puede comprenderse como "una forma de vivir la sexualidad a través de la tecnología y se caracteriza por el envío consensuado de textos y/o imágenes íntimas a parejas sexuales a través, mayormente, de celulares u otros dispositivos móviles" (Peña & Vera, 2018), que adquiere connotaciones graves cuando se realiza por menores de edad y cuando se utiliza el material enviado de manera consensuada para realizar una difusión no consentida del mismo a terceras personas.

Para la vulneración del derecho a la intimidad existen varios medios por los cuales se puede configurar este delito como se ha revisado la información bibliográfica la tecnología es un medio por el cual se comete esta infracción, la abreviatura TIC hace referencia a las Tecnologías de la Información y Comunicaciones, que de acuerdo con lo señalado por la autora Esmeralda Sánchez Duarte, "son las tecnologías que se necesitan para la gestión y transformación de la información, y muy en particular el uso de ordenadores y programas que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información" (Sánchez, 2008). Las TICs constituyen herramientas de gran importancia para la gestión de la información de manera que permite una mayor interconexión del mundo, de modo que las mismas han significado la incorporación de cambios significativos dentro de la sociedad, pues su uso se extiende a numerosos ámbitos de la vida de los seres humanos.

En la actualidad, no existe duda de que las tecnologías de la información han constituido un gran aporte para el ser humano, pues las mismas tienen una serie de ventajas para la sociedad en diversos aspectos, sobre todo en la comunicación; sin embargo, las mismas también han implicado un nuevo reto en cuanto a la protección de los derechos y las nuevas formas de cometimiento de delitos, siendo un grupo de los que se afectan, los que vulneran el derecho a la intimidad.

En este sentido, la autora García (2010) citando a Villalba considera que hace algún tiempo la protección de los datos tenía un mayor nivel de protección, pero debido a los amplios procesos de tecnificación, la misma ha ido perdiendo una protección efectiva, ya que los

medios tecnológicos ofrecen cada vez mayores capacidades que ha sobrepasado las expectativas de los seres humanos, en cuanto a la rapidez y la mayor exposición de los datos, siendo una de las características más importantes de los ordenadores, su amplia capacidad de concentración y recolección de la información en sus diferentes formas, con lo cual existe un mayor peligro de exposición que podría afectar a los derechos de las personas a su vida privada, cuando sus datos son mal utilizados por persona particulares o el Estado, pues esta información es susceptible de apropiación con diversas finalidades sobre todo de tipo económica.

En la explicación aportada se comprende como el derecho a la intimidad de las personas ha sido uno de los que se han visto comprometido en distintas y nuevas formas con la creación de las tecnologías de la información, debido a la velocidad de la información y al hecho de que los datos de las personas están mayormente expuestos.

Por esta razón, se considera que este fenómeno ha tenido un impacto en distintas formas, pues conforme lo explica la autora Villalba (2017) debe considerarse que la protección de datos y el derecho a la intimidad se han visto afectados debido al constante desarrollo de las tecnologías, particularmente por aquellas por medio de las cuales se permite compartir imágenes, audio y sonido, como medios de comunicación masivos y redes sociales; siendo el derecho a la intimidad particularmente especial a sufrir afectaciones, aun cuando tecnologías como el internet aparentemente permiten mantener la privacidad y el anonimato cuando se los utiliza como un medio de comunicación.

En este sentido, se observa entonces como el derecho a la intimidad y la protección de datos han sido dos de los bienes jurídicos que han tenido una mayor afectación con el desarrollo de las tecnologías de la información, ya que los mismos pueden ser objeto de distintas formas de lesiones, afectaciones y delitos, siendo precisamente uno de estos casos la difusión no consentida de imágenes íntimas.

El derecho a la protección de datos ha sido considerado como un derecho humano de tercera generación (si se atiende a la clasificación de derechos por generaciones), pues el mismo se origina en virtud de las nuevas tecnologías que se incorporan a las sociedades humanas en un mundo contemporáneo, siendo considerado desde la doctrina como un derecho que tiene por finalidad la protección de la vida privada de las personas.

En lo que se refiere a su definición, el autor Puccinelli (1999) considera que implica un:

Conjunto de normas y principios que, destinados o no a tal fin, y con independencia de su fuente, son utilizados para la tutela de los diversos derechos de las personas - individuales o jurídicas que pudieran verse afectados por el tratamiento de datos nominativos (...) Una facultad conferida a las personas para actuar per se y para exigir la actuación del Estado a fin de tutelar los derechos que pudieran verse afectados por

virtud del acceso, registro o transmisión a terceros de los datos nominativos a ella referidos (p. 65).

Asimismo mismo, debe comprenderse que como todo derecho de las personas, constituye como contrapartida, una obligación de protección por parte del Estado, quien debe establecer los mecanismos jurídicos destinados a la protección de este derecho, de modo que no se comprometan los datos de las personas; pero al mismo tiempo también deben establecerse los mecanismos jurídicos tendientes a brindar una tutela efectiva en caso de que se afecten tales derechos, de modo que su reparación pueda ser exigida.

En este mismo sentido, el autor Enríquez (2017) apunta el siguiente criterio respecto de este derecho:

La protección de datos personales surge como un mecanismo jurídico para proteger el derecho a la vida privada de las personas en la era de las tecnologías de la información. Sus objetivos principales son: definir a los datos personales; determinar quién es el responsable del tratamiento de datos; regular cuestiones esenciales del tratamiento de datos, tales como la conservación, el acceso, la seguridad, la confidencialidad; y determinar el nivel de protección adecuado para la transferencia de datos personales a otros países (p. 43).

De acuerdo con la explicación realizada por el autor, se comprende que el derecho a la seguridad jurídica implica el establecimiento de un conjunto de mecanismos jurídicos por medio de los cuales se pretende brindar una protección adecuada de los datos personales de las personas, para lo cual se deben establecer los tipos de datos son objeto de protección y establecer una regulación jurídica pertinente por medio de la cual se garantice la confidencialidad de aquellos que pertenecen a la vida privada de las personas.

Por su parte, la autora García (2010) explica que existen distintas formas de vulnerar el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, entra las que se encuentran:

a) La intromisión en la soledad física que cada persona reserva para sí misma, b) La divulgación pública de hechos privados, c) La presentación al público de circunstancias personales bajo falsa apariencia; y, d) La apropiación, no autorizada, de lo que pertenece a nuestro círculo personal, como la imagen o la fotografía (p. 280).

De esta manera, se comprende como la divulgación pública de hechos privados constituye una de las formas más importantes por las cuales se afectan los derechos a la protección de los datos personales, el derecho a la intimidad y el derecho a la vida privada de las personas. Precisamente en este sentido, debe comprenderse que la difusión de videos sexuales, al ser una divulgación pública de hechos privados, constituye una franca afectación de los derechos a la intimidad y a la protección de datos, al ser la difusión de videos sexuales comprendida como una “difusión de información difamatoria en formato electrónico a través de medios de

comunicación, acoso grave, no sólo por el acoso en sí, sino por la expansión que se produce de la noticia” (Ibáñez, Martín, & Fuentes, 2015).

Asimismo, debe comprenderse que como todo derecho de las personas, constituye como contrapartida, una obligación de protección por parte del Estado, quien debe establecer los mecanismos jurídicos destinados a la protección de este derecho, de modo que no se comprometan los datos de las personas; pero al mismo tiempo también deben establecerse los mecanismos jurídicos tendientes a brindar una tutela efectiva en caso de que se afecten tales derechos, de modo que su reparación pueda ser exigida.

En este mismo sentido, el autor Enríquez (2017) apunta el siguiente criterio respecto de este derecho:

La protección de datos personales surge como un mecanismo jurídico para proteger el derecho a la vida privada de las personas en la era de las tecnologías de la información. Sus objetivos principales son: definir a los datos personales; determinar quién es el responsable del tratamiento de datos; regular cuestiones esenciales del tratamiento de datos, tales como la conservación, el acceso, la seguridad, la confidencialidad; y determinar el nivel de protección adecuado para la transferencia de datos personales a otros países (p. 43).

De acuerdo con la explicación realizada por el autor, se comprende que el derecho a la seguridad jurídica implica el establecimiento de un conjunto de mecanismos jurídicos por medio de los cuales se pretende brindar una protección adecuada de los datos personales de las personas, para lo cual se deben establecer los tipos de datos son objeto de protección y establecer una regulación jurídica pertinente por medio de la cual se garantice la confidencialidad de aquellos que pertenecen a la vida privada de las personas.

La difusión no consentida de los videos sexuales trae consigo una amplia afectación de derechos de las personas, que como ya se había señalado con anterioridad, implican tanto el derecho a la protección de los datos personales, el derecho a la intimidad, el derecho a la privacidad y también el derecho a la honra, todos contemplados y garantizados tanto por la Constitución de la República del Ecuador, así como también por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Asimismo, existen también algunos criterios que consideran que la difusión no consentida de los videos sexuales debe ser considerada en sí mismo como un delito de carácter sexual, de modo que en este caso se estaría frente a una afectación del bien jurídico protegido de la integridad sexual.

Respecto a ello, la autora Carrasco (2016) explica que la afectación del derecho a la intimidad debe considerarse como una de las más graves para las personas, pues aspectos que pertenecen a la vida reservada se exponen de forma pública, más aún si se trata de imágenes

o videos con contenido sexual, pues en este caso la exposición puede ser usado como pornografía.

Según lo explicado por la autora, se comprende como la difusión no consentida de los videos sexuales, si bien es cierto en primer lugar se constituyen como una forma de afectación del derecho a la intimidad, también debe considerarse como una vulneración del derecho a la integridad sexual, principalmente debido a la gravedad de la exposición que se realiza a la persona.

Además, otro criterio de la doctrina, considera que la difusión no consentida de los videos sexuales además constituye un delito de género, pues en muchas ocasiones esta acción se realiza por motivos misóginos y de interiorización de la mujer, de allí que desde la doctrina también se haya considerado como una de las nuevas formas de violencia de género al que las mujeres se encuentran expuestas en la actualidad.

En este sentido, la autora Lamas (1994) explica la relación que existe entre la difusión no consentida de los videos sexuales y la violencia de género explicando que la pornografía no consentida se convierte en una herramienta por medio de la cual se ejerce violencia en contra de la mujer debido a que se afecta su dignidad por medio del uso de la actividad sexual, en razón de que la sociedad, predominante patriarcal concibe a la mujer como un ser inferior desde el punto de vista sexual, de modo que cuando se expone esta clase de videos, existe un estigma de reprobación social contra la mujer víctima de la exposición pública, debido a que se la muestra como una exhibicionista, ya que desde esta perspectiva social, su papel en la sexualidad se debería limitar al aspecto reproductivo, al contrario de los hombres que gozan de un papel activa y libre.

De acuerdo con lo señalado, se comprende como la exposición de videos no consentidos con contenido sexual tiene una particular y mayor gravedad para la mujer, aun cuando dentro del mismo exista también la participación de un hombre, pues debido a los prejuicios, estereotipos y roles de género existentes en la sociedad, las mujeres son revictimizadas en mayor forma y se las condena debido al aparente exhibicionismo de la conducta que muestran dentro de los videos, de modo que exista un mayor impacto para este grupo, aun cuando son las verdaderas víctimas de este delito.

El derecho a la intimidad, como ya se señalaba, tradicionalmente se concibe como un derecho de primera generación, puesto que la formulación del mismo surge del concepto de derecho a la vida privada de las personas, que fue desarrollado inclusive con anterioridad a la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Para comprender en su totalidad a este importante derecho, en primer lugar, es necesario analizar que implica la intimidad y respecto de la misma, el autor Miguel Ángel Ekmekdjian (1993) explica lo siguiente:

La facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos (p. 567)

Conforme a la explicación aportada se comprende como el derecho a la intimidad constituye una forma por medio de la cual, las personas tienen el derecho a decidir qué tipo de tratamiento les darán a ciertos aspectos de su vida que solamente le compete a ellos, por lo que se consideran como privados, pues se trata en efecto de un aspecto que se enmarca exclusivamente dentro del ámbito de la libertad individual de cada ser humano.

En efecto, se constituye como una forma de la libertad de la persona, en razón de que existe una reserva de la información personal, misma que no puede ser invadida de manera arbitraria por ninguna persona y más aún por el propio Estado, pues se halla contemplada como un derecho fundamental de cada persona.

Por su parte, la autora García (2010) también considera que el derecho a la intimidad va por esta misma línea y apunta la siguiente explicación:

La libertad de tomar decisiones relacionadas con las áreas fundamentales de nuestras vidas. Es entonces, la libertad que tiene cada individuo para elegir entre las múltiples opciones que se le plantean en todas las instancias de su existencia. Es elegir por sí mismo, sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o indirecta (p. 276).

En esta definición doctrinaria se recalca que el derecho a la intimidad constituye ante todo una forma de libertad de las personas mediante las cuales se reserva aspectos de la vida como privados, sin que ningún otro individuo o el Estado pueda realizar una intervención indeseada, con ninguna finalidad, pues solo la persona puede tomar decisiones frente a estos aspectos.

Por su parte, el autor Celis (2006) señala que, en cuanto a la ubicación del derecho a la intimidad, el mismo se encuentra:

Entre los derechos fundamentales, tienen especial importancia los que se refieren a la personalidad, ya que permiten desarrollar una vida plena. Entre esta clase de derechos se encuentran el derecho al honor y a la dignidad, y entre ellos destaca el derecho a la intimidad (p. 72).

De acuerdo con lo explicado se comprende como el derecho a la intimidad constituye parte de los derechos humanos que se consideran fundamentales, y concretamente se refiere a los derechos de la personalidad de todo ser humano, por medio de los cuales, el Estado debe garantizar que toda persona tenga derecho a una vida plena, y que a su vez, tienen también una amplia relación con otro tipo de derechos de personalidad, entre los que se encuentran la vida privada, el honor, la dignidad, entre otros.

En lo que se refiere precisamente al rol que debe tener el Estado en cuanto a este derecho, debe comprenderse que el mismo solo puede limitarse a realizar una protección o tutela efectiva de la misma, destinando los mecanismos jurídicos tendientes a garantizar su protección que podrá realizarse en diversas formas, incluyendo la esfera penal.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, configurada bajo un paradigma neo constitucionalista, y, por lo tanto, protector de los derechos de todas las personas, reconoce de manera expresa un conjunto muy amplio de derechos dentro de su texto entre los que también se incluye de manea lógica el derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad se encuentra determinado de manera expresa dentro del artículo 66 de la Constitución de la República, que precisamente se refiere a todos los derechos que el Estado reconoce a las personas, y así dentro del numeral 20 se prescribe que se reconoce a las personas “El derecho a la intimidad personal y familiar” (Constitución de la República, 2008).

La Constitución de la República, dentro de su contenido menciona la palabra intimidad únicamente dentro del texto legal citado, de modo que se lo reconoce como un derecho de los más importantes para las personas y que además tiene una doble dimensión, ya que existe tanto la intimidad personal como la intimidad familiar.

En cuanto al derecho a la intimidad personal, el mismo debe comprenderse dentro de los mismos términos explicados con anterioridad de forma amplia, es decir, implica el derecho a la persona respecto a decidir cuáles son los aspectos e información personal que requiere guardarse para sí mismo y proteger la circulación de estos.

Por otra parte, en lo que se refiere a la intimidad familiar, debe considerarse que la familia constituye una parte de la vida personal y privada de cada persona, y por lo tanto, también se integra dentro de este derecho, de modo debe respetarse esta intimidad colectiva de la persona.

En lo que se refiere al derecho a la intimidad garantizado constitucionalmente, la autora Villalba (2017) considera que éste consta dentro del marco constitucional en razón de que, de esta forma se puede ejercer una mejor tutela y protección de este bien jurídico que es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, debido a su naturaleza de derecho fundamental; siendo solo limitable en determinados casos en los que deba privarse por razones que estén dentro de los límites establecidos por la normativa y para proteger los derechos de las demás personas.

Según lo explicado por la autora, debe considerarse que el hecho de que la intimidad se encuentre garantizado dentro de la norma suprema tiene importantes implicaciones jurídicas, como el hecho de que se trata de un derecho fundamental irrenunciable, inalienable e imprescriptible, y por lo tanto, tiene un deber de tutela jurídica por parte del Estado. Sin embargo, la autora considera que este derecho se debe ejercer dentro de los límites

razonables que se han impuesto, existiendo por lo tanto determinados casos en los cuales el mismo pueda ser restringido.

DISCUSIÓN

Es importante abrir el debate sobre los derechos fundamentales que no han tenido la atención que merece por parte de las instancias del estado. A diferencia de los derechos que tienen que ver con la satisfacción de necesidades básicas, la intimidad como bien, posiblemente no goza de la protección que requiere para que se consolide como uno de los bienes jurídicos más preciados.

Como en gran parte de las legislaciones a nivel mundial, principalmente las latinoamericanas, en el caso de Ecuador, la difusión no consentida de videos sexuales no está tipificada de manera expresa como un delito, de allí que en muchas ocasiones se haya tenido dificultad para perseguir penalmente estas acciones y que fiscales y jueces hayan tenido que recurrir a otro tipo de figuras penales para poder sancionar a los infractores por este tipo de accionar, lo que en gran parte no solo constituye un obstáculo, sino que va en contra de principios tan elementales como el de legalidad.

En principio debe manifestarse que el delito por el cual se ha sancionado la difusión no consentida de videos sexuales ni siquiera es considerado como un delito contra la integridad sexual y reproductiva, sino que se enmarca dentro de los delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar, que es el previsto dentro del artículo 178 de este cuerpo legal y que prescribe:

Art. 178.- Violación a la intimidad. - La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Conforme a lo tipificado dentro de la normativa penal, la violación a la intimidad constituye una figura típica que se configura cuando una persona accede, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique cualquier tipo de datos personales; de modo que se trata de un delito que sanciona la difusión de datos persona a nivel general y no de manera específica aquella que tenga contenido sexual.

Se trata por lo tanto de un delito compuesto, en razón de que el mismo se configura a través de una serie de acciones, es decir, tiene varios verbos rectores, que van desde el acceso a

información personal, hasta la difusión o publicación de la misma, nuevamente debiendo enfatizarse el hecho de que se trata de cualquier tipo de información y no solo la sexual, siendo la pena aplicable en este caso de uno a tres años de privación de la libertad.

Quizás en este sentido, el aspecto más polémico o problemático para poder utilizar este delito para sancionar la difusión no consentida de videos sexuales se encuentra en el último inciso del referido artículo, en el cual se dispone como excepción, ya que en los casos de que los videos que se divulguen, sean publicados por una persona que interviene personalmente dentro de las mismas, la conducta no será punible, de modo que si una de las personas que participa en un video sexual es quien publica el mismo, la otra persona interviniente no podría denunciarlo, aun cuando no se haya pedido su autorización para esta acción, pues en este caso la acción deja de ser punible.

La vulneración al derecho a la intimidad y las ~~De~~ las dificultades planteadas anteriormente, surge el cuestionamiento de porque la legislación ecuatoriana no ha considerado la difusión no consentida de videos sexuales como un delito sexual, puesto que resulta conflictivo poder sancionar este accionar dentro de un delito contra el derecho a la intimidad personal y familiar. Continuando con la discusión, la intimidad es un bien jurídico intangible, del cual todos los seres humanos somos titulares, y como todo bien, es sujeto de ser reclamado por quienes consideren que han sido afectados en los mismos. En este sentido, existe todo un sistema de protección de derechos fundamentales.

En este sentido, debe enfatizarse que, como ya se ha señalado desde el punto de vista de la doctrina, este tipo de difusión tiene claramente una connotación de carácter sexual, lo que en definitiva lesiona la integridad sexual de la persona y por lo tanto, la figura típica debería recaer en este grupo de delitos y no solamente contra aquellos que lesionan el derecho a la intimidad. En este sentido, debe señalarse que dentro de la legislación ecuatoriana dentro de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva la difusión no consentida de videos sexuales no es considerada como un delito sexual, salvo que en ella participen menores de edad, en cuyo caso se aplicará una figura típica penal distinta.

Así también debe considerarse que este tipo de delitos puede realizarse también por motivos de violencia de género que lesiona la integridad sexual de la víctima, ante lo cual también debería considerarse como un delito que lesiona la integridad sexual de la persona, de allí que los esfuerzos necesarios del legislador deberían darse porque se incluya una nueva figura típica que sancione de manera específica la difusión no consentida de videos sexuales como un delito sexual y no únicamente en reformar el contenido del artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, pues en esta figura pueden enmarcarse también otro tipo de casos que requieren de una tutela penal distinta.

En la actualidad la discusión de la temática se da en torno a la forma en la cual se regula penalmente la difusión no consentida de videos sexuales, pues ya se ha determinado que en

la actualidad dentro de la legislación ecuatoriana la misma no ha sido considerada como delito sexual, al contrario de lo que sucede en otras legislaciones como en el caso de Estados Unidos, según explica Mar Carrasco (2016):

Dejando aparte el caso particular de New Jersey que lo incorporó en 2004, la tipificación expresa de este fenómeno no tuvo lugar sino hasta 2013, en que California sancionó la distribución no consentida de imágenes íntimas siempre que con ello se cause a la víctima un daño emocional grave. Esta corriente criminalizadora ha sido seguida durante 2014 por otros muchos Estados (Arizona, Colorado, Delaware, Georgia, Hawái, Idaho, etc.) que, de una manera más o menos amplia, han ido incorporando estos hechos en sus Códigos penales hasta llegar a mayo de 2015, en donde son ya 18 Estados entre ellos, también Florida los que cuentan con legislación penal específicamente aplicable al revenge porn y 20 más, los que se encuentran en fase de tramitación de modificaciones para tipificarlo (p. 155).

De esta manera, en legislaciones como la norteamericana, distintos Estados ya han dado un paso hacia la tipificación de esta conducta como un delito expreso contra la integridad sexual de la víctima, desde hacía ya varios años atrás, considerando además los múltiples daños que sufre la persona a nivel psicológico y emocional.

Por otra parte, existen legislaciones como la ecuatoriana que, en la actualidad, existe una sanción penal pero solamente bajo un delito contra el derecho a la intimidad personal y familiar, mientras que en otros casos se ha utilizado inclusive otras figuras para sancionar esta conducta que incluyen por ejemplo al delito de extorsión, lo que da cuenta de que se requiere de la creación de figuras típicas específicas para sancionar este delito.

La vulneración de derechos fundamentales no puede convertirse en una situación ordinaria de la forma en cómo se relaciona el Estado con los ciudadanos, y su consumación debe contar con todos los sectores de la sociedad, desde los sectores políticos hasta los sociales, y sobre todo por los sectores académicos quienes son los llamados a proporcionar los insumos que permitan efectuar cambios normativos necesarios para el ejercicio pleno de derechos.

CONCLUSIONES

El derecho a la protección de la intimidad de las personas en la legislación ecuatoriana y en la doctrina internacional ha sido considerado como una forma por medio de la cual, las personas tienen el derecho a decidir qué tipo de tratamiento le darán a ciertos aspectos de su vida que solamente le compete a ellos, por lo que se consideran como privados, pues se trata en efecto de un aspecto que se enmarca exclusivamente dentro del ámbito de la libertad individual de cada ser humano. Se lo concibe además como una forma de la libertad de la persona, debido a que existe una reserva de la información personal, misma que no puede

ser invadida de manera arbitraria por ninguna persona y más aún por el propio Estado, pues se halla contemplada como un derecho fundamental de cada persona.

En la actualidad, la normativa penal ecuatoriana no regula de manera adecuada la difusión sin autorización de videos sexuales, pues no se ha creado una figura típica específica que sancione este accionar, sino que en lugar de ello se hace uso de una figura que se enmarca dentro de los delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar y no contra la integridad sexual, lo cual ha traído una serie de problemas para poder sancionar de manera adecuada esta práctica que lesiona los derechos de las víctimas, de allí que es importante cualquier esfuerzo tendiente a la mejora de la regulación de este fenómeno, sobre todo la creación de un delito específico y no solamente la reforma de la figura penal existente dentro del artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal con la que se viene sancionando esta práctica.

Existen legislaciones que tienen normativa eficiente que regula la difusión sin autorización de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento, como en el caso de Estados Unidos, donde se han incorporado figuras típicas expresas que tipifican a la difusión no consentida de videos sexuales como delitos contra la integridad sexual, además de que su gravedad y sanción se incrementa en razón del tipo de daño psicológico y emocional que se haya producido en la víctima; mientras que en otras legislaciones como la ecuatoriana, todavía no se tipifica de manera específica este delito, sino que se utilizan otras figuras penales para ejercer una protección de la víctimas, lo cual no brinda una protección adecuada.

Entre las posibles soluciones que podrían permitir proteger el derecho a la intimidad de las personas frente a la difusión sin autorización de videos sexuales grabados en mutuo consentimiento, se encuentra la tipificación expresa de un delito que sancione esta práctica, ya que solamente realizar reformas a la normativa actual no tendría la misma eficiencia en la protección de los derechos de las víctimas.

REFERENCIAS

- Carrasco, M. (2016). Sexting y revenge porn: la discusión acerca de su incriminación en EEUU y Canadá. *Revista de Derecho Penal*, 149-175.
- Celis, M. (2006). La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos. México D.F.: UNAM.
- Citron, D., & Franks, M. (2014). Criminalizing Revenge Porn. *Wake Forest Law Review*, I (49), 101-140,.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 de la República del Ecuador, Quito, Ecuador, 10 de febrero del 2014, y suplemento N° 107 del 24 de diciembre de 2019.
- Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial No. 449 de la República de Ecuador, Quito, Ecuador, 20 de octubre del 2008.

- Dubravka Šimonović. (2018). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias sobre. Nueva York: ONU.
- Ekmekdjian, M. (1993). Tratado de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Depalma.
- Enríquez, L. (2017). Paradigmas de la protección de datos personales en Ecuador. Análisis del proyecto de Ley Orgánica de Protección a los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales. Foro, I (27), 43-61.
- García, T. (2010). La aplicación del Derecho a la Intimidad en la publicidad registral en la actual legislación ecuatoriana. Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 271-296.
- González, M. (8 de Mayo de 2021). Protección de la intimidad o censura: polémica por reformas al COIP. Obtenido de Primicias: <https://www.primicias.ec/noticias/politica/proteccion-intimidad-censura-reformas-coip/>
- Guha, A. (1977). Moral sexual y represión social. Barcelona: Granica Editor .
- Ibáñez, J., Martín, J., & Fuentes, L. (2015). Aprendizaje Ético-Cívico en Entornos Virtuales. Madrid: Biblioteca Online SL.
- Lamas, M. (1994). Diferencia Sexual y Género. Debate Feminista., I(10), 3-31.
- Legendre, P. (1985). El goce y la ley. Ensayos sobre lo sexual y lo jurídico. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Malem, J. (1992). Acerca de la pornografía. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, II(11), 219-237.
- Mcglynn, C., Rackley, E., & Houghton, R. (2017). Revenge Porn: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse. Feminist Legal Studies, I(25), 25-46.
- Peña, P., & Vera, F. (2018). Guía práctica para tratar casos de pornografía no consentida en recintos educativos. Buenos Aires: Acoso. Online.
- Puccinelli, Ó. (1999). El Hábeas data en Indoiberoamérica. Bogotá: Temis.
- Recaséns, L. (2012). Nueva filosofía de la técnica jurídica. Guatemala: Ediciones Coyoacan.