



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA VENGANZA SEXUAL: EL NUEVO FENÓMENO PARA VIOLAR LA
INTIMIDAD PERSONAL

AUTORA

Dayana Belén Gómez Caiza

AÑO
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA VENGANZA SEXUAL: EL NUEVO FENÓMENO PARA VIOLAR LA
INTIMIDAD PERSONAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía

Dr. Diego Alfredo Zalamea León

Autora

Dayana Belén Gómez Caiza

Año

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo, La venganza sexual: el nuevo fenómeno para violar la intimidad personal, a través de reuniones periódicas con la estudiante Dayana Belén Gómez Caiza, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación".

Diego Alfredo Zalamea León

Doctor en Derecho

CC: 0102265014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo. La venganza sexual: el nuevo fenómeno para violar la intimidad personal, de Dayana Belén Gómez Caiza, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Marcella Da Fonte Carvalho

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales

CC: 172431769-6

DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Dayana Belén Gómez Caiza

CC: 1719622035

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haber sido mi mayor fortaleza y mi guía. A mí madre Pamela Caiza, a mi padre René Gómez, a mis hermanos y a mi novio Mauricio que con su amor, perseverancia y lucha han sido mi motivación para cumplir mis sueños.

Dayana Belén Gómez Caiza

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de tesis a mis padres, quienes a lo largo de mi vida han sido mi apoyo incondicional. Su ejemplo de lucha y esfuerzo son mi motivación en los momentos de cansancio. Gracias infinitas por ayudarme a cumplir mis sueños y estar a mi lado siempre velando por mi bienestar. Agradezco su confianza y su infinito amor.

Dayana Belén Gómez Caiza

RESUMEN

La presente investigación se enfoca en el estudio de la venganza sexual, la cual es la nueva forma de violar la intimidad de una persona. Lo que se busca es demostrar que es una figura que debe ser considerada como delito en el Ecuador. Esta conducta rompe las barreras de intimidad de cualquier individuo y a pesar de ello los legisladores ecuatorianos no la han considerado como una transgresión. El hecho de que se establezca un castigo para todos aquellos que incurran en este comportamiento va a permitir que existan menos víctimas y victimarios. La punición que se debe establecer a los agresores debe ser acorde al delito que se comete y al daño que se ocasiona a la persona perjudicada.

Castigar a los agresores es fundamental, ya que es un medio de prevención para eludir nuevas violaciones a la ley. Además sirve para evitar que nuevas personas incurran en este comportamiento, que ocasiona un sin número de efectos y consecuencias negativas para la perjudicada. Entre estos tenemos vulneración de derechos, daños psicológicos, inconvenientes sociales, enfrentamientos legales y a más de ello se incrementa la violencia de género. Estos aspectos perjudiciales acompañan a la agraviada por mucho tiempo, incluso después de la agresión, debido a que exponer al público la vida sexual privada es reprochado por la mayoría de personas en la sociedad.

Lo que se busca con esta investigación es que la venganza sexual sea considerada como una conducta punible, ya que en la actualidad no lo es. Ni tampoco forma parte del delito de violación a la intimidad, ya que como se verá más adelante el segundo inciso del artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal, lo impide. Razón por la cual se propone una reforma a este cuerpo normativo, para poder incluir este comportamiento como un delito.

Este trabajo se basa en un análisis dogmático y deductivo de la norma legal, pues estos métodos nos van a permitir explorar en la doctrina, para realizar un análisis jurídico y determinar si es viable y conveniente tipificar esta conducta.

ABSTRACT

The present investigation focuses on the study of revenge porn, which is the new way to violate the privacy of a person. What is sought is that this behavior be considered a crime in Ecuador. This action breaks the barriers of privacy of any individual and despite this the Ecuadorian legislators have not considered it as a transgression. The fact that punishment is established for all those who engage in this behavior will allow fewer victims and victimizers to exist. The punishment that must be established for the aggressors must be commensurate with the crime committed and the damage caused to the injured party.

Punishing the aggressors is fundamental, since it is a means of prevention to avoid new violations of the law. It also serves to prevent new people from engaging in this behavior, which causes a number of negative effects and consequences for the injured party. Among these are violations of rights, psychological damage, social problems, legal confrontations and, moreover, gender violence increases. These harmful aspects accompany the aggrieved for a long time, even after the aggression, because exposing the public to the private sexual life of a person is a subject that is viewed and reproached by most people in society.

What is sought with this research is that revenge porn is considered a punishable behavior, since at present it is not. Nor is it part of the crime of violation of privacy, since as will be seen later the second paragraph of Article 178 of the COIP, prevents it. Reason for which a reform to this normative body is proposed, in order to include this behavior as a crime.

This work will be based on a dogmatic and deductive analysis of the legal norm, because these methods will allow us to explore the doctrine, to perform a legal analysis and determine if it is viable and convenient to typify this behavior.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I. HOSTIGAMIENTO SEXUAL	
CONCEPTO Y LIMITES.....	3
1.1 Definición de Hostigamiento Sexual.....	3
1.2 Enfoques sociales que contribuyen al desarrollo de este nuevo tipo penal	5
1.3 Conductas que no se caracterizan como hostigamiento Sexual	8
1.4 Justificación de la pena.....	10
1.5 Elementos descriptivos del Hostigamiento Sexual	13
1.6 Diferencias entre sexting y hostigamiento sexual	19
2. CAPITULO II. HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y LA CONVENIENCIA DE SU TIPIFICACIÓN.....	21
2.1 Hostigamiento sexual y protección de derechos	21
2.1.1 Derecho a la libertad:.....	21
2.1.2 Derecho a la intimidad:	23
2.1.3 Derecho a la honra	26
2.1.4 Derecho a la Propia Imagen	27
2.2 Consecuencias del hostigamiento Sexual	28
2.2.1 Riesgos psicológicos	28
2.2.3. Consecuencias legales	29
2.2.3 Violencia contra la mujer:.....	29
2.3 Desproporcionalidad de la no tipificación de este comportamiento frente a otras conductas menos lesivas	

que si son consideradas como delitos.	30
2.3.1 Principio de proporcionalidad en el derecho penal.	30
2.3.2 Conductas menos lesivas consideradas como delitos.	31
3. CAPITULO III. PROPUESTA DE REFORMA.....	33
3.1 Estudio comparado de elementos del tipo de hostigamiento sexual.	33
3.2 Propuesta para reformar el Código Orgánico Integral Penal para que esta conducta sea punible y sea considerada como un delito.....	39
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	42
4.1 CONCLUSIONES	42
4.2 RECOMENDACIONES.....	43
REFERENCIAS	44

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por objeto responder a la siguiente pregunta: ¿En el Ecuador debería estar tipificado el delito de venganza sexual? Esta es una nueva conducta que se está desarrollando en nuestro país y existe un sin número de personas que no tienen conocimiento de que se trata. Al usar la palabra venganza, muchos individuos asocian esta conducta con otras que no son correctas, lo que da paso a que se le dé distintas interpretaciones, razón por la cual en el presente trabajo se va a emplear el término de hostigamiento sexual, para referirnos a este comportamiento, se considera que este vocablo es menos agresivo que el anterior y guarda mayor relación al tema de estudio. Debido a que la retaliación como tal es propia del derecho penal antiguo, en el que se buscaba una revancha por lo que se cometió y en la actualidad esta rama del derecho no tiene ese enfoque, al contrario lo que se busca es la prevención general de la pena. Se recurre al uso de esta expresión incluso, porque la legislación mexicana contempla a este actuar como hostigamiento, más no como venganza.

En estos tiempos la tecnología y ha permitido que se implementen nuevas formas de comunicación como son las redes sociales, llamadas on line y chats. Los cuales han traído varios beneficios a la sociedad, ya que son sencillos de usar, permiten el intercambio y difusión de datos de manera rápida y eficiente. Sin embargo hay personas que utilizan estos medios para cometer actos que atentan contra la vida íntima de los demás. Un ejemplo de esto es el hostigamiento sexual, tema que se va a abordar en el presente ensayo.

A lo largo de este trabajo se va a realizar una amplia explicación de esta conducta. En un principio se va a tratar la definición, las razones por las cuales se desarrolla este proceder, se va a determinar qué actuaciones sí son consideradas como hostigamiento sexual y cuáles no, las diferencias de ésta con otros comportamientos que tienen un contenido muy similar. Posterior a ello se va a tratar acerca de los derechos que vulnera este comportamiento, en especial el derecho a la intimidad, las consecuencias que pueden llegar a ocasionar a la

víctima y la desproporcionalidad de la no tipificación de esta práctica, frente a conductas menos lesivas. Para finalmente realizar un estudio comparado con legislaciones de otros países, en los cuales este comportamiento si se encuentra punido y una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano para incluir este comportamiento como un delito.

Establecer al hostigamiento sexual como una transgresión es esencial, ya que evitaría que muchos casos queden en la impunidad. Además sería una forma de hacer justicia e impedir que el agresor cause más daño a la víctima, porque como se mencionará en líneas siguientes las consecuencias para la víctima son perjudiciales.

Sin embargo en el Ecuador el hostigamiento sexual no es considerado como un delito, ya que no existe un tratamiento legal para esta conducta. El Art 178 del COIP, habla acerca de la violación a la intimidad, pero no incluye este comportamiento, porque se establece que no se comete esta infracción, cuando la persona que difunde el contenido interviene personalmente en el mismo. Razón por la cual este comportamiento no puede ser sancionado, debido a que en la mayoría de casos el agresor también participa y se expone al igual que la víctima. No se debería tomar en cuenta si la persona aparece o no en el video o fotografía, sino el daño que ocasiona esta conducta.

A pesar que este comportamiento ha tomado fuerza en los últimos años y que las víctimas han aumentado en un número considerable, los legisladores ecuatorianos hasta el momento no han decidido tipificar esta conducta como un delito, por lo que es necesario que se realice una reforma al COIP, para que exista en tratamiento legal y así asegurar el respeto a los derechos de las personas afectadas. En otros países alrededor del mundo esta conducta ya se encuentra regulada, debido a los diversos casos que han suscitado y el número de personas perjudicadas. Lo que se busca es salvaguardar la integridad física, psicológica y dar protección a las víctimas.

Es importante recordar que con el pasar del tiempo y la evolución de la sociedad los delitos también cambian, las personas agresoras buscan la manera de hacer daño y proyectan nuevos mecanismos para no ser sancionados. Ante esto los

legisladores ecuatorianos deben estar pendientes a las nuevas modalidades delictivas y actuar antes que estos individuos. Para que de esta manera ningún caso quede en la impunidad y menos que por falta de leyes no se sancionen este tipo de comportamientos.

1. CAPITULO I. HOSTIGAMIENTO SEXUAL CONCEPTO Y LIMITES

1.1 Definición de Hostigamiento Sexual

Como se mencionó en líneas anteriores se va a emplear el término de hostigamiento sexual para referirnos a la venganza sexual, debido a que la palabra venganza engloba varios puntos diferentes a los cuales se enfoca el presente trabajo, el derecho penal actual y el Código Orgánico Integral Penal. El hostigamiento sexual “es una conducta en la que gente, en su mayoría hombres, mandan o difunden por internet fotos o videos íntimos que fueron compartidas en un momento de confianza para arruinarle la vida a la mujer que fue su pareja” (Puñal, 2016).

Consiste en la acción de publicar audios, videos o fotografías sexuales de una pareja o ex pareja sin su consentimiento, constituye una forma de causar daño en virtud de una retaliación. Para Creus (2004, p.127) la acción es: aquella en la cual la voluntad se ha manifestado en el mundo exterior al sujeto a quien se le atribuye, esta acción se considera como un hecho ilícito cuando es antijurídica, es decir cuando es contraria al mandato jurídico o cuando existe contradicción entre el hecho del autor y el derecho. El problema del comportamiento no está en la falta de consentimiento de la víctima el momento de filmar o de capturar la imagen, sino en la falta de voluntad para su divulgación.

Es importante dejar constancia de que para el cometimiento de este delito no se encuentran en la doctrina el medio de los audios, debido a que este es un aporte personal. Se ha considerado importante incluirlo en virtud de que, a pesar de no ser común, es una vía eficiente para realizar este ilícito, ya que si es que se logra

captar sonidos que delatan a la persona que interviene en la relación sexual y permiten individualizarla, es factible perpetrar la agresión.

Este comportamiento en los últimos años ha incrementado su incidencia. La razón central para este aumento radica en la efectividad que se obtiene mediante el uso de una nueva herramienta: las redes sociales. Con una actividad tan sencilla como publicar una foto o video, el agresor puede multiplicar exponencialmente el perjuicio que busca causar. La relación que existe entre la actividad que demanda y el logro que se consigue es el elemento que incentiva su proliferación y que hace pensar que el problema se puede agravar.

El bien jurídico que se protege es: la libertad dentro del cual se toma como arista principal a la intimidad. Etcheberry (1997, p.232) define al bien jurídico como un valor vital para el desarrollo del individuo, que satisface las necesidades humanas y que por su significación social es protegido jurídicamente. Estos no son creados por el derecho, sino que el derecho los reconoce. Una de las funciones del derecho penal es garantizar la protección de los bienes jurídicos por medio de sus herramientas. Por su parte, Roxin los define como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (Roxin, 1997, p.159)

La libertad como bien jurídico, es la facultad de obrar según la voluntad de cada persona, cada uno es dueño de sus actos, sin embargo se debe respetar la ley y el derecho ajeno. Es considerado como uno de los derechos civiles más importantes, ya que de este se desprenden varios. Por otro lado la intimidad implica el derecho de toda persona a mantener su vida en privado y escoger que tipo de información puede ser revelada al público, sin que nadie pueda exponer datos, grabaciones o videos personales sin autorización.

La protección de estos derechos es esencial, ya que son elementos fundamentales que garantizan el respeto a la dignidad humana. Además se encuentran positivizados en nuestra legislación así como en la de la mayoría de países. En el caso del Ecuador los encontramos recogidos en los Artículos 18,

57 y 66 de la Constitución y la garantía concreta ante las más serias violaciones se halla en el Título IV, capítulo segundo del COIP. Mientras que en el ámbito internacional los encontramos en Instrumentos Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Estos derechos son resguardados, porque su vulneración trae consigo un sin número de efectos perjudiciales. Además en nuestro tema de estudio desata una serie de menoscabos que duelen aún más que la propia agresión. Entre estos tenemos persecuciones, burlas y acosos que son realizados por nuevos agresores que con intención o sin ella generan menoscabos en el ámbito laboral, social y profesional.

1.2 Enfoques sociales que contribuyen al desarrollo de este nuevo tipo penal

- a) Machismo: Es una construcción socio-cultural alimentada por las bases construidas oriundas del orden social patriarcal. Por lo tanto, esta práctica socio-cultural constituye una ideología que discrimina y menosprecia a la mujer y, la considera un ser inferior frente al hombre. Daros (2014), da a conocer que esta conducta se materializa cuando el varón ocupa una posición social de superioridad física y psicológica con respecto a la mujer, cuando desvalora la capacidad que tiene o cuando actúa con una actitud discriminante frente al sexo femenino, ya sea en el ámbito, social, laboral o sentimental.

Esta filosofía trasciende a las diversas áreas de la vida, la esfera que en este estudio nos interesa es la sexualidad. La cosmovisión androcéntrica permite una construcción de la repercusión del ejercicio de la sexualidad en la imagen que la sociedad tiene de una mujer. Si se separa de un formato monogámico, dentro del matrimonio o incluso si se publicita su práctica es un aspecto que golpea su buen nombre, imagen y llega a ser humillante.

En nuestro ámbito de estudio esta conducta es la principal causa para el desarrollo del hostigamiento sexual. Debido a que la difusión de facetas de su vida íntima conlleva un perjuicio serio para su imagen. Este es la base que le permite al agresor generar un daño relevante a la víctima y es el motivo que permite explicar, porque como regla general es un ilícito contra las mujeres. Sin esta cosmovisión asentada en entramado comunitario los intentos de causar un daño serían simplemente inútiles.

- b) Retaliación: Pueden existir un sinnúmero de razones por las que el agresor quiera vengarse de la víctima. Entre estas por su relevancia se destacan dos: la primera es la ruptura del vínculo amoroso. Si bien no se presenta en todos los casos, un incentivo importante para este tipo de represalias se produce cuando una mujer ha decidido dar por terminada la relación y el hombre que se siente lastimado busca hacer daño a su ex pareja. Dado que toma la decisión de difundir videos íntimos como una forma efectiva de destruir su imagen y acabar con su reputación. La divulgación se convierte en una forma patente de demostrar que no es una “buena mujer”, por vivir libremente su sexualidad.

Otra de las causas es la infidelidad, ya que el agresor busca de cierto modo hacer “justicia” e igualar su sufrimiento con el de la víctima. Por lo que para reparar el daño ocasionado difunde videos, audios o fotografías con contenido sexual de su ex pareja a manera de represalia. De hecho la construcción machista de la imagen de hombre también promueve estos comportamientos, debido a que la idea de propiedad y de que la traición le golpea su condición de varón es un impulso fuerte para buscar una forma perversa de escarnio.

- c) La inexistencia de una norma jurídico penal que tipifique el hostigamiento sexual: El problema central es que en muchos países y entre ellos Ecuador no hay una sanción efectiva para estas conductas, en razón de que no existe una prohibición penal en contra de esta práctica. Esta realidad genera que el agresor no tenga ninguna repercusión seria para su transgresión. La falta de castigo se convierte en un aliciente para que este tipo de ilícitos se multipliquen.

d) La impunidad en este tipo de comportamientos conlleva dos costos: primero, al dejar al victimario sin pena promueve que él pueda repetir esta conducta con futuras parejas. Segundo, el momento en que la sociedad y en especial los hombres tomen conciencia de que no existe un escarmiento existen buenas razones para que se multipliquen estas agresiones. Según el diccionario de Cabanellas la impunidad es el “Estado por el cual queda un delito o falta sin el castigo o pena que por la ley le corresponde” (Cabanellas, 2004).

Como este delito no se encuentra tipificado, la víctima tiene que recurrir incluso a otras ramas del derecho en busca de justicia. Un claro ejemplo es el ámbito civil, en el que se puede iniciar una demanda por reparación de daños y perjuicios, lo que conlleva al pago de una indemnización por parte del agresor. Sin embargo esto no es suficiente, ya que debe ser punido, pues la mera compensación, no es una sanción acorde a la gravedad del comportamiento injusto.

El Código Orgánico Integral Penal, cuenta con un artículo que podría ser utilizado en este caso y es el de la violación a la intimidad. En virtud de que castiga a todos aquellos que publiquen cualquier tipo de información sin la autorización del titular. Sin embargo el segundo inciso genera problemas para que el hostigamiento sexual sea castigado por este tipo genérico. A continuación se presenta el artículo y se explica la razón por qué es insuficiente la descripción.

Artículo 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, art. 178).

Si se toma en cuenta solo el primer inciso los casos de hostigamiento sexual en virtud del verbo rector “difunda” podrían ser escarmentados. El problema surge por lo establecido en el segundo inciso de este artículo. La gran mayoría de victimarios intervienen en la relación sexual, porque precisamente esta intimidad es la que les permite acceder al medio que luego será difundido, más por la excepción que se consagra estos supuestos no podría ser considerada como un delito de violación a la intimidad, en virtud de que esta norma no es aplicable para la persona que difunda el video y que intervenga personalmente. En el presente tema de estudio quien divulga la grabación son parejas o ex parejas que también se exponen y participan personalmente, razón por la que esta norma no puede ser utilizada en este caso, pues la exposición del difusor impide que sea castigado por este delito.

Por lo que se debería realizar una reforma al Art 178 del COIP, para poder incluir esta conducta como una forma de violación a la intimidad, ya que es claro que es el bien jurídico que se está violentando. Este sería un mecanismo mucho más viable y eficiente para punir este tipo de conductas, a comparación de implementar un artículo que trate este tipo penal de manera exclusiva, debido a que ya existe uno que puede ser utilizado.

1.3 Conductas que no se caracterizan como Hostigamiento Sexual

En virtud de que es un comportamiento lesivo nuevo y que se halla en una esfera donde hoy surgen una serie de conductas legítimas y perniciosas fronterizas es necesario distinguirlas de manera nítida de la figura en estudio.

- a) Grabar o fotografiar a la pareja: Este primer escenario muestra una práctica que es común en la vida contemporánea. Esta acción no es perjudicial cuando existe el consentimiento de ambos para su realización. Incluso si la grabación es un tema desconocido para uno de los

protagonistas del video no es hostigamiento sexual, es cierto que hay una violación a la intimidad; pero él no popularizarlas no afecta de la misma manera a la víctima, en razón de que no es lo mismo que una persona tenga en su poder este contenido, a que este material sea difundido por distintos medios.

- b) Lucrar con las fotografías o videos de la víctima: En muchas ocasiones la divulgación de este material tiene como objetivo: el interés económico, en vista que existen páginas en internet que pagan sumas de dinero por albergar videos sexuales en sus plataformas. Esta es una razón por la cual parejas e incluso hackers buscan conseguir estos documentos, para venderlos y beneficiarse con ellos.

La diferencia con el hostigamiento sexual radica en un factor subjetivo: la intencionalidad, ya que en este caso hay un fin de materializar una revancha, de escarmentar a la víctima, en tanto que en la conducta en estudio la motivación es usufructuar económicamente de esta situación. Sin embargo en ambos casos existe el mismo hecho material: la transmisión. Es cierto que para quien escribe este comportamiento debe ser penado; más no se encuadra en el objeto de estudio.

- c) Chantaje y extorsión: Se materializa cuando el agresor a cambio de no divulgar algún video sexual de la agraviada obliga a la víctima a realizar actos en contra de su voluntad. La diferencia central está en el comportamiento, si no existe difusión del material no se materializa la conducta del presente estudio, una cosa es amenazar y otra diferente es realizar la acción. Además existe una diferencia en la motivación. La intención que incentiva la extorsión no es una retaliación a la víctima, el fin del agresor no es castigar, consiste en obtener un beneficio de carácter económico, laboral, social o incluso sentimental. Si bien la propagación del video, audio o fotografía es el arma que se utiliza, causar daño no es el real deseo del agresor. Nuevamente esta conducta debería estar punida, más no encaja en el comportamiento estudiado.
- d) Difusión de videos sexuales por una persona ajena a la pareja: Si la persona que propaga grabaciones con contenido sexual, es alguien

extraño a la relación, no existe hostigamiento sexual, debido a que la difusión no se lo hace exclusivamente por un desquite o retaliación. En este caso se podría denunciar por violación a la intimidad, debido a que no existe consentimiento de los participantes del video para que una persona extraña a ellos tenga acceso a los mismos, ni para que los publique, por lo que la obtención de los mismos es de manera ilegal. Las formas más comunes en este caso son los: hackeos y robos de teléfonos. Si la publicación de estos videos lo realiza una persona que fue parte de una relación pasada, ya sea del hombre o de la mujer y el motivo es escarmentar a la persona ofendida efectivamente estamos frente a un hostigamiento sexual. Con el simple hecho de que la víctima aparezca en la grabación y sea difundida sin su consentimiento, con el ánimo de causar daño se consumaría este ilícito.

- e) Cuando la divulgación del video, cuenta con el consentimiento de las personas que intervienen en el mismo: Si existe la dispersión de un video, audios o fotografías, que cuenta con la aprobación de las personas que participan en él, no estamos frente un caso de hostigamiento sexual, pues la anuencia de los implicados hace que no se incurra en esta conducta. De hecho, no se lesiona ningún bien jurídico protegido; aun cuando sea un video con contenido sexual.

1.4 Justificación de la pena

Se entiende a la pena como una pérdida de bienes jurídicos de la persona que ha sido condenada de acuerdo a una ley previa, dentro de un Estado Social y Democrático de derechos. Donna (2008, p. 316) da a conocer que la pena nunca debe ser considerada como una venganza, ya que ésta no se rige por datos empíricos como el emocional, sino que es un instituto normativo que lo que busca es evitar la violación o el ataque a la autonomía de la voluntad de una persona. Un juez va a ser el cargado de determinar qué es lo justo de lo injusto.

La filosofía de la cual parte este estudio es que la punición es un medio de disuasión para evitar futuras infracciones. La pena es entendida como

una sanción jurídica de carácter penal, que se impone por haber cometido un delito. Es una herramienta que utiliza el Estado para restringir la libertad o los derechos de las personas infractoras. Para ser impuesta se requiere que esté establecida por ley y una sentencia condenatoria ejecutoriada. Donna (2008, p. 260) establece que la única forma de aplicar la pena es que la sanción como tal, esté descrita en una ley penal, en el caso del Ecuador en el Código Orgánico Integral Penal. Esta idea a su vez esta enlazada con el principio de legalidad del cual se hablara más adelante.

Establecer una pena para los delitos que se cometen es necesario, ya que es un medio de prevención para nuevas violaciones a la ley y además ayuda a mantener una pacífica convivencia en la comunidad. Beccaria (1993, p.264) asegura que el fin de la pena no es atormentar, ni deshacer un delito que ya se cometió, sino lo que se busca es impedir que el victimario cause nuevos daños a los ciudadanos y con esto evitar que las personas que se encuentran a su alrededor reincidan en su comportamiento

Este razonamiento se fundamenta en la teoría de la prevención general, en la que se establece que la pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Un medio de disuadir la realización de delitos futuros. “Se le asigna a la pena el objetivo de procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo cometan, reforzando la amenaza de la pena con su efectiva ejecución cuando alguien lo cometió” (Creus, 2004, p. 9).

Donoso (2003, p. 282) establece que la prevención general tiene una función pedagógica, por una parte se busca reafirmar la moral colectiva y por otra la actuación ejemplar basada en principios, que lo que busca es educar la conciencia de los miembros de una sociedad para mantener un orden jurídico. El legislador debe tener en cuenta que existen límites en cuanto a la represión tolerable, por lo que no puede exceder los mismos.

Para alcanzar este objetivo este requiere cumplir con dos condiciones: la primera, el plasmar una tipificación que permita abarcar de manera adecuada la conducta desviada que se quiere gestionar. La segunda, se requiere establecer un castigo acorde a la gravedad de la violación, esto es capaz de ser un real escarmiento para los infractores y una amenaza proporcional a las personas comunes.

La pena que se debe establecer para la persona que divulgue videos, fotografías o audios sin el consentimiento de la víctima debe ser una pena privativa de libertad es decir una pena de prisión, ya que va ayudar a la rehabilitación del agresor, para que en un futuro sea resocializado. Esta pena debe ser adecuada a la gravedad del delito, ya que “la prisión excesivamente larga es inhumana y muy desocializadora, por lo que resulta contraria a la reinserción. Por otra parte, se reprocha a la prisión corta su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación” (Muñoz y García, 2010, p. 510)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Está basado en la máxima “nullum crimen nulla poena sine praevia lege”, es decir que no hay crimen, ni pena sin ley previa. Este principio es el fundamento jurídico que permite el respeto a los derechos de todos los ciudadanos, en virtud de que se van a establecer castigos únicamente a las conductas que los legisladores hayan considerado como punibles.

Ninguna persona podrá ser juzgada, sino únicamente conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, la persona encargada de realizar este juzgamiento será un juez o un tribunal competente. Velásquez (2004, p 59) determina que en primer lugar la ley tiene que estar escrita para que pueda ser aplicada, no se puede recurrir al derecho consuetudinario para crear nuevas medidas de seguridad, ya que esta no tiene eficacia como fuente constitutiva de sanciones penales, en segundo lugar la ley tiene que ser estricta, por lo que no se puede aplicar analogías a la ley penal y menos si es para agravar o perjudicar al reo.

En tercer lugar la ley debe ser cierta, es decir que debe tener un alto nivel de certeza y determinación, las conductas punibles deben ser claras, precisas y determinadas en el derecho positivo, finalmente la ley debe ser previa, pues esta se dicta para delitos futuros y no se puede aplicar a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, ni después de que esta sea derogada. En síntesis, no se puede aplicar una sanción si no está escrita previamente en una ley cierta.

1.5 Elementos descriptivos del Hostigamiento Sexual

Son aquellos que van a detallar a esta conducta, van a especificar qué actos son los que encajan dentro de este comportamiento y que acciones deberían ser consideradas prohibidas. Este tipo de elementos son verificados de modo cognoscitivo, pues se presentan a simple vista y no requieren de un juicio valorativo para su aprehensión y conocimiento. Se debe recalcar que los fundamentos que se presentan a continuación no se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal, en virtud de que esta conducta aún no se encuentra tipificada en nuestro país.

ITER CRIMINIS: el Hostigamiento sexual no se presenta de manera repentina, sino que tiene un proceso, que consta de tres fases: interna, intermedia y externa. Comienza cuando se concibe la idea en la mente humana, hasta que se la pone en práctica y existe la manifestación material. El decir que viene desde que el agresor tiene la idea de difundir videos, fotografías o audios sexuales de la víctima, hasta la materialización de la acción. “El iter criminis consta de cinco fases: idea criminosa, manifestación de esta idea, actos preparatorios, actos ejecutivos, actos de consumación. De estas fases, pertenece la primera a la acción psíquica y puede tener a su vez diversos momentos: deliberación, premeditación y resolución” (Donoso, 2003, pp. 268-269)

TIPICIDAD: es la correspondencia entre una conducta humana y la descripción del hecho punible previsto en la ley penal. Roxin (1997, p. 345) sostiene que la tipicidad es la adecuación del acto humano al delito descrito

por la ley. Si no hay una subsunción correcta no hay delito. La tipicidad está compuesta por elementos objetivos y subjetivos. A la descripción de esta conducta se lo conoce como “tipo”.

TIPO PENAL: es la descripción de un hecho como punible, su fin es la prevención es decir que lo que se busca es motivar a las personas a no incurrir en la conducta punible, bajo la amenaza de una pena. Zaffaroni (1999, p. 31) implanta que el tipo es un instrumento legal, que permite individualizar una conducta que puede ser delito, es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal. El hecho de que el tipo describa conductas no implica que solo se refiera a ellas, pues también puede tratarse de conductas de terceros objetos, lugares, horas o resultados.

Elemento objetivo: es la descripción abstracta y genérica de la conducta prohibida, la cual debe ser redactada en la ley, de forma que todos los ciudadanos puedan conocer que esa acción está penada. Esta descripción típica abarca solo el aspecto exterior de la acción humana. Cerezo (2008, p.235) establece que la descripción de la acción suele ser muy sucinta o muy corta, ya que los tipos se forman en virtud de un proceso de abstracción a partir de las acciones de la vida real, estas presentan una variedad en cuanto a tiempo, lugar y medios utilizados, por lo que el legislador debe extraer las características comunes de estas acciones, para formar una descripción que abarque a todas, habrá acciones que tendrán una descripción más prolija que otras.

SUJETOS:

- **Sujeto activo:** Considerado como autor de la infracción penal, es quien afecta el bien jurídico protegido. El sujeto activo puede ser clasificado como general, o específico. Según Etcheberry: “Por lo general para la ley el delincuente puede ser cualquier persona, lo que se expresa sucintamente con la fórmula “el que”. A veces, es necesario que el sujeto activo, el que realiza la acción del verbo reúna determinadas condiciones, las cuales atribuyen a determinar la antijuridicidad de la figura” (Etcheberry, 1997, p. 219). En nuestro tema de estudio, el sujeto activo

es aquel que divulgue o difunda videos sexuales de su pareja o ex pareja, sin su consentimiento.

De manera general es: el sexo masculino, el que incurre en esta práctica. Entre estos tenemos a cónyuges, parejas de unión de hecho, novios, convivientes o personas que tuvieron encuentros íntimos con la víctima. Aquellos que replican las fotografías, audios o videos que se encuentran en el ciberespacio, no son considerados sujetos activos, ya que no poseen la intencionalidad de vengarse, sobre este elemento subjetivo se analizará más adelante.

- Sujeto pasivo: Para Roxin (1997, p. 178) el sujeto pasivo es el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo. Es una persona natural, titular del bien jurídico afectado o puesto en peligro, al cual se considera como víctima, puede ser un individuo, un conjunto de individuos, una persona jurídica, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional. En este caso es quien no ha dado su aprobación para la divulgación de videos sexuales en los que interviene. En la mayoría de casos las mujeres son las afectadas, dado que la exposición de su vida sexual es un tema socialmente reprochable con más rigor, y una de las razones como lo mencionamos en líneas anteriores es el machismo socialmente impuesto, pues juzgan más a la mujer, que ha su propio agresor. A pesar que existe un alto índice que demuestra que el sexo femenino es el más afectado, los hombres también pueden ser víctimas en esta problemática.

OBJETO:

- Objeto jurídico del delito: es lo que se denomina como bien jurídico protegido, el que fundamenta y da sentido al delito. Como lo menciona Etcheverry (1997, p. 220) es lo que el legislador se ha propuesto proteger mediante la creación de un determinado delito, muchas veces este elemento no se encuentra de manera explícita en el texto legal. En el caso del hostigamiento sexual el bien jurídico protegido es la libertad, tomando como arista principal a la intimidad. Zaffaroni (1999, p. 220) da a conocer

que el bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de la vida humana que preexiste a toda calificación jurídica, por lo que requieren ser tutelados. Además establece que no cualquier lesión de un bien jurídico es un injusto penal, sino solo aquella que es típica

- Objeto material del delito: se refiere a la cosa o a la persona sobre la que recae la conducta. Roxin (1997, p.62) manifiesta que a veces el objeto material y el objeto jurídico en algunos casos parecen coincidir, sin embargo son dos ámbitos diferentes, pues el objeto material es la cosa o la persona concreta que es agredida, mientras que el bien jurídico es el bien ideal que se va a proteger, el cual es objeto de ataque y es lesionable. En el caso del hostigamiento sexual el objeto material son los videos que han sido difundidos por los distintos medios y la víctima, se puede realizar un examen psicológico, en el cual se evidencie el perjuicio que se ha causado en ella.
- VERBO RECTOR: Encalada (2015, p. 46) establece que el verbo rector es el núcleo del delito, entendido como el comportamiento humano con el cual se lesiona el derecho de otra persona. Esta acción esta descrita por un verbo que representa la conducta prohibida. En el caso del hostigamiento sexual: difundir, es el verbo rector por excelencia. Significa propagar una noticia, acontecimiento, secreto o hecho, de manera amplia, con el propósito de que sea conocida por varias personas y se convierta en información de dominio público. A menudo este término se usa cuando se revelan cuestiones personales, que se encuentran en la vida privada de una persona y que no se había dado a conocer con anterioridad.

ELEMENTOS O CIRCUNSTANCIAS QUE COMPLEMENTAN EL TIPO:

Estas circunstancias son otros elementos descriptivos que terminan de configurar el tipo penal. En el caso del hostigamiento sexual se sostiene dos circunstancias: videos con contenido sexual y falta de consentimiento, para la difusión del material.

- Videos con contenido sexual: para configurar la conducta del hostigamiento sexual es esencial que el contenido del video, audio o

fotografías sea sexual explícito, ya que si tiene otra connotación no se configura el ilícito. Este acto debería ser considerado como un delito cuando no se cuenta con la anuencia de las personas que intervienen en él para su divulgación. Quien lo haga vulnera el derecho a la intimidad, al honor y propia imagen de la agraviada. Por lo que la infracción en el hostigamiento sexual no está en grabar, sino en difundir el material sin permiso. En este punto el consentimiento de la pareja para la grabación no es relevante, pero si es fundamental para la difusión.

Cuando una persona divulga un video sexual sin autorización, está afectando de sobremanera a la víctima en distintos aspectos de su vida. Al ser un material de dominio público cualquier persona puede tener acceso a él, debido a que no existe un control de quién puede observar estos videos, ni tampoco del número de veces que puede ser compartido en redes sociales. Lo que puede ocasionar incluso violencia psicológica, pues la exposición de la vida privada de un individuo puede perturbar su salud mental y más cuando terceras personas reiteran la divulgación de dicho contenido.

- **Falta de consentimiento:** Se entiende a este término como la aprobación, aceptación o acuerdo previo entre las partes para la concreción de un acto. Sin este elemento muchos aspectos no podrían llegar a definirse. En el caso del hostigamiento sexual tenemos ausencia de consentimiento, en virtud de que el agresor difunde un video sin contar con la aprobación de la persona que interviene en él, por lo que la carencia de este elemento hace que sea un acto ilícito.

Elemento subjetivo: Encalada (2015, p. 51) afirma que además de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el contenido de la voluntad del agresor es lo que también se debe tomar en cuenta, ya que esto implica un reproche penal. Es importante establecer una relación psicológica entre el acto y el autor, para conocer si su comportamiento responde a dolo o culpa. El dolo se encuentra en el COIP en el Artículo 26.- Dolo.- “Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 26), la

culpa está en el Artículo 27.- Culpa.- “Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 27) y la omisión dolosa se establece en el Artículo 28.- “Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 28)

- Dolo: el hostigamiento sexual es una conducta dolosa, porque quien la ejecuta realiza el comportamiento con el designio de causar daño. Etcheberry (1997, p. 292) afirma que el agresor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo, acompañado de la conciencia de su antijuridicidad y la intención o aceptación de su posible resultado. Para obrar con dolo, el agente debe tener conciencia de que su acción es antijurídica, es decir que no es conforme a derecho. “El dolo es la voluntad del autor de realizar la conducta típicamente antijurídica; en otras palabras, obra dolosamente el autor que quiere violar el mandato actuando según las “formas” del tipo” (Creus, 2004, p. 238).

Se configura el elemento cognoscitivo y volitivo, el primero se refiere a que el agresor conoce que es lo que hace y los elementos que caracterizan su acción como conducta típica. “El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo” (Muñoz y García, 2010, p. 268). Por lo que este elemento intelectual consiste en la conciencia o conocimiento de los elementos objetivos del tipo, en el momento de comenzar la acción típica. El segundo se refiere al “querer”, supone la voluntad de realizar algo, este es un juicio interior, ya que nadie puede saber la verdadera intención del victimario. Si el autor no ha realizado el hecho, no hay dolo. Para Cerezo (2008, p.452) el dolo no implica únicamente conciencia, sino también voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, este elemento se deduce en un término “intención”. Es importante recalcar que no es lo

mismo la voluntad de querer hacer algo con el simple deseo, este no es un elemento suficiente para integrar el aspecto volitivo

En el caso del hostigamiento sexual el agresor conoce que divulgar videos íntimos de una ex pareja sin su aprobación le causa un daño terrible a la víctima y que su actuar puede acarrear consecuencias legales. Sin embargo lo hace, pues quiere causar un perjuicio a la agraviada, dañando su reputación y humillándola públicamente, por lo tanto ratifica su voluntad de cometer esta conducta.

- No basta con la mera intencionalidad, además debe ser movido por la intencionalidad de **revancha**. Si la conducta se realiza de manera plenamente consciente y voluntaria, pero con otra intencionalidad como por ejemplo la de lucro, el comportamiento no queda cobijado bajo la conducta de hostigamiento sexual.

1.6 Diferencias entre sexting y hostigamiento sexual

- El sexting:

Es una palabra compuesta por dos términos en inglés: “sex”, que quiere decir sexo y “texting” que significa enviar mensajes desde un celular. Cuando este delito se creó se refería únicamente al envío de mensajes con carácter erótico; pero con el avance de la tecnología en los celulares, esta definición incluyó el envío de fotografías en las que el actor aparece desnudo o semidesnudo, en posiciones eróticas o atrevidas. Las cuales son enviadas por el propio remitente hacia una tercera persona por medio de un teléfono móvil o un correo electrónico (Flores, 2015). A pesar que la doctrina solo trata fotografías eróticas o provocativas, se debería incluir también a las grabaciones y audios con este contenido, ya que son otros medios en que se puede presentar esta conducta.

La creación de este material cuenta con el consentimiento de su protagonista, debido a que son producidas por la misma persona, o por otra que cuenta con su aprobación. Existe además voluntad inicial en la difusión, en razón de que el mismo interprete es quien envía el contenido al receptor. Su intención es que esta información se quede en manos del destinatario y no se hagan públicas; sin

embargo, hay un segundo momento donde el receptor original difunde el contenido sin la voluntad del titular de la imagen.

- Diferencias entre hostigamiento sexual y sexting.

En el siguiente apartado se va a tratar acerca de las diferencias que existen entre sexting y hostigamiento sexual. A pesar de que hay tratadistas que asimilan a estos dos términos como sinónimos, debido a que estas infracciones tienen ciertas características comunes, este estudio se inclina por diferenciarlas, en virtud de la relevancia de sus disimilitudes. A continuación se presentan las más relevantes:

Objeto de difusión: Por un lado tenemos que el hostigamiento sexual es la difusión de fotografías, audios y videos sexuales de una ex pareja sin su consentimiento. Mientras que el sexting es el envío de fotografías, audios o videos con contenido erótico, a una tercera persona. De lo cual podemos inferir que el hostigamiento sexual se basa en el aspecto sexual explícito, mientras que el sexting se refiere a entornos provocativos o eróticos.

Causas: En el caso del hostigamiento sexual la difusión se lo hace con el ánimo de causar daño a la expareja. Su motivación principal es: la represalia. En cambio en el Sexting la divulgación no siempre tiene como objetivo la retaliación ni siquiera en todo caso el móvil es causar un perjuicio. En varias ocasiones, por ejemplo entre adolescentes, la difusión se lo hace con la intención de obtener aceptación social, por el deseo de impresionar, por hedonismo o simplemente por diversión. Se ha comprobado que los jóvenes están dispuestos hacer muchas cosas, algunas hasta un poco ilógicas por un "like" en sus redes sociales y por recibir respuestas positivas de su imagen.

Es cierto que en principio el sexting es una conducta que por ser general incluye a los comportamientos propios del hostigamiento sexual, debido a que una relación sexual es también una imagen provocativa; sin embargo la repercusión para los derechos de la víctima es diversa, más adelante se estudiará que el daño ocasionado para el bien jurídico intimidad es distinto si se trata de un video simplemente erótico frente a uno de naturaleza sexual explícito.

2. CAPITULO II. HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y LA CONVENIENCIA DE SU TIPIFICACIÓN

2.1 Hostigamiento sexual y protección de derechos

Los derechos que se van a presentar a continuación son derechos humanos fundamentales, los cuales son inherentes al ser humano, son inviolables e irrenunciables; por tener un valor jurídico superior se encuentran recogidos en las distintas constituciones del mundo. Como lo menciona Carbonell (2008, p. 43-46) los derechos humanos fundamentales son derechos que corresponden a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados sin distinción alguna; sin importar su lugar de nacimiento, sus características físicas, sus preferencias o su ideología. Estos derechos a parte de no ser alienables, no son disponibles, puesto que no son disponibles por el sujeto que es su titular, ni tampoco por otros sujetos, incluyendo al Estado, por lo que se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. La base normativa de estos derechos los encontramos en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales y en las Constituciones de los Estados.

Como se mencionó en líneas anteriores el hostigamiento sexual quebranta varios derechos de la persona agraviada; sin embargo se ha considerado que los que se presentan a continuación son los más importantes. Razón por la cual también se los ha contemplado como los bienes jurídicos protegidos en el presente trabajo. Es importante estudiar estos pilares, porque garantizan el respeto a una vida íntegra, que abarque libertad e intimidad. A continuación se dará una explicación de cada uno de ellos:

2.1.1 Derecho a la libertad:

Este derecho es uno de los derechos civiles más importantes que existe, es sagrado e imprescriptible. Consiste en que cada persona puede obrar según su propia voluntad, pero respetando el derecho ajeno y la ley. Existen dos tipos de libertades: individuales y colectivas. El primer grupo está conformado por la

libertad de opinión, de expresión, de circulación, de pensamiento, de conciencia, de religión y el derecho a la vida privada y el segundo grupo corresponden al colectivo, se trata particularmente de la libertad de asociación, de reunión pacífica, la libertad sindical y el derecho a la manifestación.

Fernández (2014, p. 176) afirma que el derecho de libertad no es un derecho absoluto, sino que admite restricciones para acomodar su ejercicio con los derechos de los demás, la seguridad de todos y las exigencias del bien común en una sociedad democrática. Es importante tratar este punto, ya que el derecho de libertad al ser muy amplio, da paso a que terceros interpreten que este derecho permite hacer todo lo que quiera y como lo establece Fernández, existen límites que se deben respetar, para poder tener una sana convivencia.

Este derecho lo encontramos en tratados internacionales, en los artículos 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 1 y 25 de la Declaración Americana, en los artículos 9 y 11 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en el artículo 7 de la Convención Americana, en el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, y en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Libertad de información: “es el derecho a investigar y a recibir informaciones, como un derecho esencial de los seres humanos” (Pollet, Pérez y Palassi, 2009, p. 103). Este derecho incluye algunas aristas como: no ser importunado a causa de sus opiniones, investigar, recibir y difundir información sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión. A su vez este derecho se encuentra relacionado con el de la libertad de expresión que es la exposición de ideas, pensamientos y opiniones de manera autónoma e independiente, estos derechos se encuentran íntimamente relacionados en el sentido que la libre expresión de las ideas y opiniones permite la difusión de la información en los distintos niveles de opinión sea privada o pública. Es importante recalcar que en la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano se establece que así como hay el derecho expresar lo que uno quiera, es obligación de todo ciudadano responder por el abuso de esta libertad.

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión en las redes sociales tiene aspectos positivos y negativos. En el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática Brazallo (2012, p. 413), consideró que si bien este es un mecanismo idóneo para la libre manifestación de pensamiento, se puede prestar para prácticas excesivas en el ejercicio de este derecho. La naturaleza propia de este medio permite que el contenido que se comparta sea rápido y que llegue a miles de personas, siendo un escenario fácil para atentar contra la reputación de los demás, por lo que se puede afirmar que las redes sociales son un entorno fácil para cometer delitos de difamación, injuria, violación a la intimidad entre otros.

2.1.2 Derecho a la intimidad:

Se considera que este es el principal derecho que vulnera el hostigamiento sexual. Para Pérez Royo, (2014, p.292) este derecho consiste en poder disfrutar de determinadas zonas secretas de las cuales se ha excluido a los demás, por lo que es un ámbito propio y reservado frente al conocimiento de terceros. Se considera como esencial debido a que permite exceptuar a otras personas de lo que pasa en la vida personal de un individuo. “El derecho a la vida privada es uno de los derechos esenciales de todo ser humano, se trata sin duda de uno de los pilares que permiten el libre desarrollo de la personalidad” (Pollet, Pérez y Palassi, 2009, p. 102). Este derecho constituye la facultad que tiene todo ser humano para mantener en privado cualquier aspecto, de su vida, que no quiere que sea revelado al público. Por lo que esta información debe ser protegida de cualquier intromisión por parte de terceros y de cualquier tipo de injerencia externa de particulares e incluso del propio Estado. Puede versar sobre temas de la vida privada de una persona o de su familia. La intimidad personal: garantiza la existencia de un ámbito reservado, oculto a los demás. La intimidad familiar: incluye a aquellas personas con vínculos de consanguinidad y afinidad que forman el núcleo familiar.

Es importante recalcar que el derecho a la intimidad personal y familiar se aplica incluso en lugares públicos. Pérez Royo (2014, p.294) afirma que la intimidad no

se reduce únicamente a lugares domésticos o privados, especialmente cuando hablamos de fotografías audios y videos de contenido íntimo, estos pueden haber sido obtenido en lugares públicos y esto no quita el hecho de que sean íntimos. Esta afirmación guarda relación con el hostigamiento sexual, ya que aun cuando el material (audios, videos o fotografías sexuales), hayan sido obtenidos en un lugar público, no implica que no haya violación a la intimidad o que el agresor pueda disponer libremente del contenido, es evidente que si existe divulgación de este material sin consentimiento de las partes involucradas hay vulneración a la intimidad, pues este derecho cubre todos estos aspectos.

La intimidad se manifiesta desde el aspecto interior de una persona. Nino (2013, p. 327) la define como una esfera que está exenta del conocimiento y la intrusión generalizada por parte de los demás. Lo que se busca es que terceros no tengan información de una persona, sobre temas que no quiere que sean ampliamente conocidos. El autor citado, sostiene que este no es un derecho independiente, sino que deriva de otros como el de propiedad o el derecho a no ser observado.

En esa línea de pensamiento, este derecho, forma parte de lo íntimo todo aspecto que ha decidido cada ser humano en mantener apartado de la vista pública su persona o su familia, además de las ideas y creencias propias, pensamientos, sentimientos, sus actividades sexuales y amorosas, vida pasada, domicilio, dirección personal, comunicaciones, llamadas telefónicas personales, mensajes de datos, enfermedades, anomalías físicas o psicológicas, afecciones de salud, momentos penosos, comportamientos, la imagen que uno tiene frente a los demás y todo aquello que forme parte de la esfera reservada de un ser humano.

Como lo establece Barzallo, Téllez, Reyes y Amoroso (2012, p. 431) este derecho es lesionado cuando se lleva al dominio de lo público hechos o pensamientos cuyo autor ha dispuesto que se mantengan dentro de una esfera privada, este accionar puede traer muchas consecuencias para la víctima, ya que puede dañar su buen nombre, honra, reputación, imagen y buena fama que tiene la persona frente a la sociedad.

- **Limitaciones del derecho a la intimidad:**

Aunque este valor personal es considerado como un derecho autónomo, no es absoluto, en virtud de que existen ciertas restricciones para su ejercicio y aplicación. Ejemplos de ello es cuando se trata de temas para la seguridad nacional o pública, para la prevención del cometimiento de delitos, para resguardar la seguridad nacional, para proteger derechos y libertades de las personas; incluso si se trata de datos que sean necesarios para una autoridad judicial, legislativa o administrativa.

Es importante recalcar que, no es considerada forma de violación a la intimidad, la publicación de información de interés público; si bien lo que se busca es proteger la vida privada, los temas que sean importantes para el colectivo en general no pueden mantenerse ocultos y tendrán que ser revelados.

Esta idea también la defienden Aparicio, M. y Barceló, M. (2012, p. 703), ya que afirma que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene límites, estas restricciones deben estar amparadas por la ley y deben tener una finalidad legítima, adoptada por una autoridad judicial o administrativa siempre y cuando exista una habilitación legal y estén motivadas conforme a criterios de proporcionalidad, tales como: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Por lo que los límites a este derecho deben estar en los parámetros antes establecidos, y, si se exceden los límites anteriormente mencionados, podría haber violaciones.

- **Diferencia entre intimidad y privacidad.**

En relación con los estudios realizados en las distintas fuentes, es importante aclarar que estos términos no son lo mismo, aunque muchas personas los han utilizado como sinónimos responden a concepciones distintas. Por un lado tenemos que la intimidad puede ser caracterizada por esfera personal que está protegida del conocimiento de terceros, tal como los sentimientos, estado de salud, vida sexual etc.

Mientras que la privacidad comprende zonas más amplias de la vida de un hombre, que puede abarcar horarios, lugares frecuentados, actividades, entre otros.

Con esto se determina que todo lo íntimo es privado, pero no todo lo privado es íntimo. Para Nino (2013, p. 304-313) la privacidad, son acciones voluntarias que no afectan a terceros, estas acciones son “privadas”, pero no en el sentido que no tienen que ser accesibles al conocimiento público, ya que estas se realizan a la luz del día y con amplio conocimiento público, si se violentan no van a traer consecuencias tan perjudiciales para la víctima, pues estas pueden ser conocidas por terceras personas.

2.1.3 Derecho a la honra

Como segundo punto tenemos la honra. Mismo que consiste en la apreciación y estima que tiene la colectividad de una persona. Considerado como la buena fama que se tiene en virtud del mérito propio. “La honra es el derecho fundamental que busca proteger el valor intrínseco de las personas frente a la sociedad y evitar todo menosprecio o acto difamatorio que lesione la apreciación o fama que los demás tengan de una persona” (Fuentes, 2011). Está estrechamente relacionado con la reputación y la dignidad humana. Se diferencia del derecho al honor, porque este se refiere a la valoración que tiene uno de sí mismo, se lo entiende como un juicio interno, mientras que la honra es una valoración externa.

No es un derecho absoluto, porque admite límites. Uno de ellos es el derecho a la libertad de expresión. Significa que cualquier persona puede estar expuesto a cualquier crítica positiva o negativa, proveniente del pensamiento de un tercero, ya que no se puede prohibir que un sujeto exprese sus ideas y sentimientos propios. Por lo que se debe tratar de vivir con tolerancia. La solución en este caso es la ponderación entre estos derechos.

Su reconocimiento alcanza la esfera internacional, ya que se encuentra en: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 17. “1. Nadie

será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. En términos muy similares lo encontramos en el art 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 11 “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.” (Convención americana sobre derechos humanos [CADH], 1969, art. 11).

2.1.4 Derecho a la Propia Imagen

Es el conjunto de atributos más característicos y propios de una persona, que permiten su identificación y que forman la figura física visible. Está conformado por la imagen, voz e identidad. Es considerado como el aspecto más externo del ser humano, que se proyecta al colectivo. En virtud de que el hombre se encuentra de forma corpórea en el mundo. Se refiere a la facultad de control que posee el titular de la imagen sobre los rasgos que le identifican, tanto imagen, como su nombre y voz. Además atribuye a su titular la facultad de disponer de su cuerpo y apariencia, como crea conveniente. Es propio de las personas naturales, no de las jurídicas.

Barzallo, Téllez, Reyes y Amoroso (2012, p. 485) dan a conocer que el derecho a la propia imagen surge del hecho que el ser humano se encuentra de forma corpórea o física en el mundo, por lo que es susceptible de ser la cara externa de la persona. Este derecho está ligado íntimamente a la dignidad de la persona, puesto que es propiamente el ser humano el que se representa. Cuando existe vulneración de este derecho, a su vez se lesiona el buen nombre y la intimidad de la víctima, ya que la imagen puede ser captada en diferentes circunstancias, pueden revelar momentos tanto públicos como privados o íntimos.

Cada uno es dueño de moldear su presentación frente a la sociedad, por lo que debe decidir cómo, cuándo y en qué forma quiere que los demás lo capten y hasta qué punto puede ser expuesto. Además obstruye la difusión y reproducción de la imagen sin consentimiento de su titular. Es una garantía frente a intromisiones ilegítimas de terceros. Para Pérez Royo (2014, p. 299) el derecho

a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio, frente a la acción y conocimiento de los demás, para poder decidir el desarrollo de la propia personalidad. En esencia busca impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea su finalidad.

Este derecho faculta a su titular a disponer libremente sobre la captación o reproducción de los aspectos que conforman su imagen. Impide la captación o reproducción de su imagen por cualquier medio que permita su identificación. Si existe consentimiento por parte del titular no hay vulneración, se debe tomar en cuenta que este consentimiento puede ser revocable en cualquier momento. Aparicio, M. y Barceló, M. (2012, p. 704) sostienen que la propia imagen no es solo la figura física, sino que también incluye voz, nombre y cualidades definitorias como posesión inherente a toda persona.

Es fundamental el estudio de los derechos mencionados anteriormente en virtud de que son los más afectados en el caso de un hostigamiento sexual. Nadie debería entrometerse en la vida privada de otra persona, y menos si es para dañar su imagen y reputación. Es un acto ilegítimo el hecho que un hombre difunda un video sexual de una mujer sin su consentimiento. Este tipo de ataques afectan a las víctimas en todos los aspectos de su vida. En un segundo pueden destruir su imagen, fama, prestigio e incluso acaban con la estima que los demás tenían hacia ella.

2.2 Consecuencias del hostigamiento Sexual

El cometimiento de este delito trae consigo numerosas consecuencias, tanto para la perjudicada como para el agresor. En las siguientes líneas se ahondara las más frecuentes que son: daños psicológicos, problemas legales, inconvenientes sociales y además incrementa violencia de género.

2.2.1 Riesgos psicológicos: Por desgracia quien se lleva la peor parte en este problema es la mujer, ya que se encuentra en situación de desventaja frente a su victimario. Lo primero que suele suceder es que las agraviadas sufren un cambio notorio en su forma de ser. Los siguientes comportamientos son los más

frecuentes entre las personas que se encuentran en esta transgresión: depresión, ansiedad, aislamiento social, pérdida de autoestima, sentimientos de indefensión y de culpabilidad, trastornos emocionales, desconfianza hacia las personas que están en su alrededor, inseguridad, dificultad para conciliar el sueño y en algunos casos se ha llegado a contemplar al suicidio como una salida a este problema.

2.2.2 Consecuencias sociales: Este es el resultado de la sociedad en que vivimos. Cuando las personas observan que se ha difundido un video íntimo de una mujer ya sea que fuese una figura pública o no, lo primero que hacen es revictimizar a la agraviada con humillaciones públicas, ofensas, comentarios peyorativos, insultos, burlas, convirtiendo estas conductas en un completo linchamiento social. Incluso se debe agregar que las acciones de ciertas personas, hacen que se los considere como nuevos agresores en este problema. Como por ejemplo: aquellos que reproducen y comparten por redes sociales los videos. Si bien es cierto, ellos no fueron quienes subieron el video, ya que este se encontraba en el ciberespacio, si ayudaron a su proliferación. Esta difusión ocasiona un grave ataque a la víctima, pues se expone a que más miembros de la sociedad la revictimicen.

2.2.3. Consecuencias legales: En nuestro país, quien difunda videos sexuales de su ex pareja sin su consentimiento no es considerado un delito, cuando el agresor interviene en los mismos. En virtud de que no existe una normativa vigente que tipifique esta conducta como tal. Sin embargo se ha tratado de acudir a las distintas ramas del derecho en busca de justicia. Ante esta debilidad las vías usadas han sido: el derecho civil mediante demandas por daños y perjuicios o la rama de la propiedad intelectual mediante los derechos de autor.

2.2.4 Violencia contra la mujer: En virtud de que este hecho, afecta a las mujeres por el hecho de serlo, atenta contra su dignidad, integridad y libertad, debido a la concepción que se tiene de la sexualidad del género femenino. La cultura vigente hace que la exposición de su cuerpo al público y mucho más una relación sexual la marque de forma intensa. La sociedad se encarga de colocar etiquetas de perjuicios sobre aquellas que sufren este daño, sin darse cuenta

que ellas son las víctimas y que necesitan ayuda; pero lo común es que se les dé las espaldas e incluso que se sumen una gran cantidad de nuevos agresores mediante las redes sociales.

2.3 Desproporcionalidad de la no tipificación de este comportamiento frente a otras conductas menos lesivas que si son consideradas como delitos.

2.3.1 Principio de proporcionalidad en el derecho penal.

Este principio busca por un lado evitar penas exageradas y por otro, no menos importante impedir que los castigos sean ilusos y no cumplan con su papel de evitar futuras transgresiones. “Este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que estos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito” (Muñoz y García, 2010, p. 85). Este mismo fenómeno visto desde otro enfoque hace que los castigos por las distintas infracciones guarden coherencia unos con otros y que otorguen consistencias al sistema en su conjunto.

El Estado es el que debe procurar que las penas vayan acorde a la acción antijurídica concreta. Es el único órgano que tiene la potestad para limitar la libertad de una persona. Para determinar el castigo, se debe alcanzar un equilibrio entre el dolor que la sanción impone al infractor y la necesidad de un escarmiento colectivo que evite futuras infracciones. Beccaria (1993, pp. 68-71) trata de la proporción que debe existir entre el delito y la pena, da a conocer que no todos los delitos afectan de la misma forma a la sociedad, por lo que las penas deben ser mayores cuando el delito sea más graves.

En el Ecuador este principio se encuentra positivizado en el Constitución en el art 76, numeral 6. En él se establece “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Lo que se busca con la proporcionalidad, es que el poder punitivo, sea aplicado sólo cuando se considere necesario y el castigo que se va

a establecer va a ser acorde al hecho que se cometió, ya que como lo dijo Beccaria no todos los delitos afectan de la misma manera.

2.3.2 Conductas menos lesivas consideradas como delitos.

En las siguientes líneas se va a tratar acerca de algunas actuaciones que son menos perjudiciales para la víctima a comparación de un hostigamiento sexual y que a pesar de ello éstas si se encuentran tipificadas. Estas acciones causan menos agravio y son consideradas como delitos en el COIP, por lo que se evidencia una desproporcionalidad entre el tema de estudio y otras transgresiones. A continuación se explicara las más relevantes:

La intimidación: es la acción de generar e infundir miedo en otra persona. Se materializa en amenazas, con el fin de doblegar la voluntad de otro individuo. En el Ecuador esta acción es considerada como un delito y se encuentra establecida en el Artículo 154 del COIP. En él se determina que aquella persona que amenace o intimide a otra o a su familia está cometiendo una infracción y va a ser sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años.

Es evidente que esta conducta es menos lesiva que el hostigamiento sexual, porque en muchos casos no pasan de palabras, existe solo la intensión de dar a conocer que se va a causar un mal, pero no se comete; mientras que el hostigamiento sexual implica la materialización del daño. Por tanto se llega al absurdo que si una persona amenaza es delito, pero si materializa el agravio sin un previo aviso no sería un comportamiento punible. Desde el punto de vista del perjuicio a la víctima el temor que produce la oferta de un daño futuro, no se compara al costo que la difusión produce en valores básicos como intimidad, buen nombre y autoimagen.

Revelación ilegal de base de datos: esta conducta se encuentra tipificada en el artículo 229 del COIP. Se determina que la persona que revele información que se encuentre en ficheros, bases de datos o sistemas electrónicos, para beneficio propio o para un tercero, será sancionada con una pena privativa de libertad de uno a tres años. La pena es mayor cuando la persona que comete la

conducta es un servidor público, empleado bancario o personas que realicen intermediación financiera. En este caso se establece una sanción de tres a cinco años.

Este artículo busca exclusivamente proteger la información de los individuos, para que estos no sean revelados de manera ilícita y para evitar que terceras personas accedan, alteren o modifiquen datos que reposan en un sistema informático. Además busca sancionar a aquellas personas que atentan contra la seguridad de la información y la integridad de las personas.

No es lo mismo que se revele información personal de bases de datos, como números de teléfono, información bancaria o listados de personas deudoras a la sociedad, a que se difunda un video, fotografía o audio sexual sin el consentimiento de los participantes. En los dos casos se evidencia la inexistencia de voluntad para la revelación de dicha información, sin embargo se plantean dos ámbitos muy distintos. Una cosa es mostrar datos privados y otra muy diferente exponer la vida sexual de una persona.

Deshonra: es perder el respeto, estima y consideración por otra persona, ataca la buena fama que se tiene ante la sociedad. Está relacionada con la reputación y la dignidad humana. En el Ecuador es valorado como una contravención de cuarta clase. Se encuentra establecido en el Artículo 396, numeral 1 del COIP. Se determina que la persona que emita palabras de descrédito o deshonra en contra de otra, va a ser sancionado con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

Se determina que las ofensas, las difamaciones y los insultos son infracciones que están penadas, por más que el castigo sea mínimo, estas conductas se encuentran tipificadas. En cambio un accionar más grave como es el hostigamiento sexual como tal no recibe este trato, solo puede ser castigada como violación a la intimidad cuando el difusor no ha participado en la relación sexual.

Nuevamente se debe anotar que el caso de retaliación sexual es de mayor gravedad, por duros que sean los términos proferidos no llegan a igualar el

impacto de una revelación tan íntima. No es lo mismo que un hombre por vengarse de su pareja emita palabras de desprestigio hacia ella, a que difunda un video íntimo de la perjudicada. El daño que se ocasiona es diferente. En el primer caso solo se contemplan las palabras peyorativas en contra de otra persona, las cuales van a conllevar un perjuicio, más no van a marcar la vida de la agraviada. No así el publicitar una relación sexual que en el Ecuador y en el contexto internacional ha mostrado ser un medio capaz de devastar a una mujer.

3. CAPITULO III. PROPUESTA DE REFORMA

3.1 Estudio comparado de elementos del tipo de hostigamiento sexual.

En el siguiente apartado se va a hacer un estudio comparado del hostigamiento sexual frente a legislaciones de otros países, en los cuales esta conducta si es considerada como un delito. En concreto se hace referencia a los siguientes países: Argentina, España, México y Uruguay. Dado que en el apartado anterior se justificó en base al principio de proporcionalidad la necesidad de incluir esta figura. El presente análisis se centra únicamente en países que han aceptado esta figura para obtener una imagen de su posible materialización y tener un elemento de análisis para la conveniencia de la introducción en la legislación ecuatoriana. A continuación se da a conocer los artículos:

Argentina: En este país no era considerado un delito el hostigamiento sexual; más al vivir experiencias como las que lamentablemente han sucedido en el Ecuador, se decidió elevar el nivel de protección a las ofendidas. Por lo que la Cámara de Diputados aprobó en este año (2017) una ley llamada “ley de porno venganza”:

El proyecto de ley contó con la iniciativa de la Abogada Marina Benítez Demtschenko. La cual fue víctima de la porno venganza y vivió en carne propia sus efectos negativos. Esta mujer mantuvo una relación amorosa con un hombre por alrededor de seis años y cuando terminaron su noviazgo este hombre

difundió por redes sociales fotografías y videos sexuales de su ex pareja. Esto lo hizo como una forma de venganza, porque ella no quiso regresar con él.

Este tipo de casos fueron los que impulsaron a los legisladores a tipificar esta conducta y crearon el siguiente artículo:

ARTICULO 155 BIS: “Será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que hallándose en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere pública o difundiere por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de la o de las mismas para tal fin, aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video. La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez” (Código penal argentino, 2017, art 155).

Este apartado no es claro, ya que se evidencia una confusión entre sexting y hostigamiento sexual. Como se analizó en líneas anteriores estas conductas, aunque presentan rasgos muy similares, son comportamientos distintos. En el sexting se incluye únicamente el contenido erótico, mientras que el hostigamiento sexual se refiere a videos, fotografía y audios con contenido sexual explícito. Sin embargo la legislación argentina les da el mismo tratamiento, al mezclar a estas dos conductas. Además el nombre de esta ley es “ley de porno venganza”, de lo cual se deduce que va a sancionar exclusivamente esta conducta y al entrelazarla con otra puede generarse problemas en un futuro.

Este artículo presenta una contradicción con el presente trabajo, ya que no solo se protege a la víctima en los casos en que un video sea difundido por una pareja o ex pareja, sino que habla de la divulgación en general, incluyendo los hackeos en esta investigación en cambio se estableció que cuando una persona ajena a la relación es la que difunde, ya no existe hostigamiento sexual. Debido a que este comportamiento debe ser realizado por la pareja o ex pareja de la víctima,

en virtud de la intencionalidad: que es la retaliación. Si es un tercero quien divulga el material se puede denunciar por violación a la intimidad.

México: La cámara de diputados aprobó la iniciativa presentada el 19 de julio de 2017, para adicionar el artículo 267 al Código Penal Federal. En él se establece que el hostigamiento sexual va a ser tipificado.

ARTÍCULO 267.- “Comete el delito de hostigamiento sexual quien sin el consentimiento expreso por escrito de la persona afectada grabe, edite, modifique, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones sexuales parciales o totales que hubiera obtenido con o sin permiso en lugar privado fuera del alcance de terceros, aun cuando el material hubiese sido producido por la persona afectada. A quien cometa este delito se le impondrá una pena de seis a doce meses de prisión y hasta quinientos días de multa. La pena se duplicará cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que tenga una relación familiar hasta en segundo grado, aún sin convivencia, si 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. Los medios digitales o impresos que hayan hecho públicas dichas imágenes o grabaciones, deberán eliminarlas inmediatamente a petición de la persona afectada, en un plazo no mayor de doce horas a partir de la solicitud” (Código Penal Federal, 2006, art 267).

La redacción de este artículo trata un tema muy importante que es el lugar donde se realiza la grabación. En él se establece que este comportamiento va a ser considerado como hostigamiento sexual, cuando se realice en un lugar privado, que este fuera del alcance de terceros. Es decir que se excluye si el video o fotografía se lo hizo en un lugar público, a la vista de terceras personas. Lo cual es inconsecuente, debido a que no debería interesar el sitio donde se obtuvieron las imágenes, el video o el audio, sino el daño que provoco la difusión no consentida.

Uruguay: El 17 de marzo de 2015, el senador Pedro Bordaberry presentó un proyecto de ley sobre la porno venganza, el cual fue aprobado y en el que se

establece que esta conducta al ser una transgresión que afecta gravemente a la víctima, debe ser reconocida como un delito.

ARTÍCULO 278 BIS (Pornografía de venganza) “Comete pornografía de venganza el que difunda o publique a través de Internet o cualquier otro medio electrónico imágenes o video de contenido sexual o erótico que se hayan obtenido en el ámbito de la privacidad de la pareja y sin el consentimiento de ambos. Y el que difunda o publique a través de Internet o cualquier otro medio electrónico datos personales que contengan información, datos de video o imágenes de una o varias personas reconocibles, y que sin el consentimiento de estas se revele su desnudez total o parcial, contenido sexual explícito o situaciones eróticas que no fueron concebidas para ser públicas. Este delito será castigado con tres meses de prisión a dos años de penitenciaría. Los administradores de sitios de Internet que no bajen estas imágenes de manera inmediata a solicitud del afectado, serán sancionados con las mismas penas del inciso anterior” (Bordaberry, 2017).

La apreciación que se hace respecto a este artículo es: que trata al sexting y al hostigamiento sexual como un mismo delito. No hace ninguna diferenciación entre estas dos conductas. Confunde lo erótico y provocativo con lo sexual, es evidente que son escenarios diferentes, con distinto grados de afectaciones. Sin embargo los trata como iguales. En segundo lugar se establece que para que este delito se consuma se requiere que las fotografías o videos hayan sido obtenidos en el ámbito de la privacidad de la pareja. Lo cual deja por fuera aquellas grabaciones o imágenes que hayan sido realizadas fuera de la intimidad como por ejemplo los lugares públicos.

España: En este país se hizo una reforma al Código Penal y se incluyó al hostigamiento sexual como un delito. Esta reforma se lo hizo al Artículo 197 del Código Penal.

Uno de los casos que más conmovió a este país fue el de Olvido Hormigos, una ex concejala de Los Yébenes. A quien se la llegó a conocer debido a la difusión no consentida de un video íntimo suyo en internet en el año 2012, por parte de

su ex pareja. Este video ocasionó que su intimidad quede al descubierto y que sea criticada por todas las personas que estaban a su alrededor. Relata que en muchas ocasiones contemplo el suicidio como una salida. Lamentablemente el hombre que difundió este material salió libre, pues no se encontraron pruebas en su contra.

ARTÍCULO 197 “7 bis: 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 cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por otra persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.” (Código penal español, 2012, art 197).

En este artículo se presentan algunos inconvenientes. Uno de ellos es que se contempla únicamente las imágenes y grabaciones que se hayan obtenido con la anuencia de la perjudicada. Es decir que se descarta aquellos videos y fotografías que fueron tomados de manera involuntaria. Este actuar también debería ser tomado en cuenta, ya que se violenta la vida íntima de la agraviada, el hecho de filmar o fotografiar sin su consentimiento causa mayor perjuicio a la víctima.

Otro punto desfavorable es que este apartado cubre únicamente los videos y fotografías que han sido tomados en un domicilio y los lugares que no estén a la vista de terceros, sin tomar en cuenta que las grabaciones y las imágenes, también pueden ser realizadas en lugares públicos y esto no es un eximente para difundirlo sin el consentimiento de quienes participan en él.

Francia: En este país existe regulación para el hostigamiento sexual. Aunque no lo trata con este nombre, sino que únicamente lo toma como violación a la intimidad, sus artículos cubren algunos supuestos del hostigamiento sexual. No

se encuentra establecido únicamente en un artículo del Código Penal de Francia, sino que se establece dos de ellos.

“El artículo 22-6 del Código Penal de Francia establece penas de un año de prisión y una multa de 45,000 euros para aquella persona que deliberadamente lesione la privacidad de otra. Se contempla las conductas relacionadas con fijar, grabar o transmitir, sin el consentimiento, la imagen de una persona en un lugar privado. En correlación, el artículo 226-8 de esta normativa sanciona el hecho de publicar, por cualquier medio, la imagen de una persona sin su consentimiento” (Preciado, 2017).

Este artículo es insuficiente para poder tipificar al hostigamiento sexual como un delito, ya que no cubre todo lo que esta conducta implica. En él se establece que se va a sancionar cuando se haya grabado sin el consentimiento de la afectada, lo cual no va acorde al tema de estudio, ya que las fotografías, videos y audios en la mayoría de los casos cuentan con la anuencia de la agraviada, lo que no existe es el consentimiento para la difusión, más no para la realización. Otra falencia que presenta es que se reitera la idea de que el hecho debe ocurrir en un lugar privado y las fotografías o videos no siempre son realizadas en este ámbito.

En varios países de Europa esta conducta se encuentra tipificada y se lo ha hecho a partir del caso que se dio en Italia de una joven llamada Tiziana Cantone de 31 años de edad, la cual decidió quitarse la vida ahorcándose, porque su ex pareja subió a internet un video de ella en el que aparecía teniendo relaciones sexuales. Esta mujer inicio un juicio para que este material sea retirado de las redes sociales, pero debía pagar una gran cantidad de dinero, por lo que no encontró otra salida que quitarse la vida para acabar con este problema.

Este estudio comparado ha permitido analizar el tratamiento legal del hostigamiento sexual, desde la perspectiva de otros países. Sirvió para detallar varios puntos positivos y negativos, que no se habían contemplado antes. Así mismo fue una ayuda para demostrar que como esta conducta es nueva, existe confusión con otros comportamientos que poseen rasgos muy similares. Como

sus alcances y límites no están definidos de manera total, cada país lo trata de manera distinta.

En la mayoría de países que mencionamos existe una confusión entre sexting y hostigamiento sexual, ya que tratan estas conductas como iguales. Sin tomar en cuenta que son dos actuaciones con rasgos y características propias, por lo que deberían ser discutidas de manera distinta. Una cosa es difundir contenido provocativo o erótico a divulgar un video sexual explícito. Además la creación de estos artículos se lo hace enfocado en combatir el hostigamiento sexual, razón por la cual debería centrarse en las particularidades propias de este comportamiento.

Se identificó que existen legislaciones con tipificaciones insuficientes, que no cubren todos los supuestos del hostigamiento sexual. Algunos consideran que las fotografías y videos deben ser obtenidos únicamente en un domicilio y en un ámbito de privacidad, lo cual es inconsecuente, ya que se excluye a aquellas grabaciones y fotografías que han sido tomadas fuera de la esfera íntima de la pareja. Esto no debería ser un eximente para que esta conducta sea punida.

Otros países en cambio consideran que va a existir este delito exclusivamente cuando las fotos o videos hayan sido tomadas sin el consentimiento de la perjudicada, lo cual descarta aquellas fotografías y videos que si contaron con la anuencia de la afectada.

Un punto fundamental que se debe recalcar es que ninguno de los países antes mencionado habla de la venganza, aspecto esencial en esta conducta. Este tema forma parte de las principales causas que dan origen a este comportamiento, es el incentivo que da paso a tomar a un sin número de represalias en contra de la víctima. Sin embargo, a pesar de su importancia no se lo trata en ninguna legislación.

3.2 Propuesta para reformar el Código Orgánico Integral Penal para que esta conducta sea punible y sea considerada como un delito

En base al estudio realizado a lo largo de este trabajo se llegó a determinar que el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano necesita ser reformado para que el hostigamiento sexual sea considerado como un delito. Se propone que se realice una reforma al Art 178 del COIP, para que esta conducta sea tratada como un delito de violación a la intimidad, debido a que si se elimina o se modifica la redacción del inciso segundo de este artículo, este comportamiento puede ser tipificado e incluso se abre la posibilidad a que varias actuaciones sean consideradas como delitos.

En él se establece: “No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 178). Si se suprime este inciso la conducta antes descrita podría ser sancionada como un delito por violación a la intimidad, debido a que la sexualidad es parte de la esfera de lo íntimo de una persona y encajaría en este artículo.

Además le daría un mayor sentido al texto establecido, en razón de que es violación a la intimidad aun cuando la persona que difunde el video, fotografía o audio, aparece personalmente en el mismo. El hecho de intervenir no significa que se le otorga la facultad de hacer uso del material como crea conveniente. Para difundir una grabación, ya sea de audio, video o fotografías se requiere el consentimiento de las personas que intervienen en el mismo, si una de ella no está de acuerdo se consuma este delito. Si se cuenta con la anuencia de los participantes no se incurre en esta infracción.

El hostigamiento sexual debería ser considerado como violación a la intimidad, sin embargo se debe tomar en cuenta que quien cometa esta conducta está vulnerando la intimidad de forma extrema, no existe comparación con cualquier otro comportamiento de violación a la intimidad, razón por la cual se debe establecer un pena mayor, es decir que para aquellos que incurran en esta práctica van a tener una sanción mayor a la que establece actualmente el COIP, para los delitos de violación a la intimidad.

En este artículo se debería incluir también a las fotografías que tengan contenido sexual, ya que solo se establecen mensajes de datos, voz, audio y video, objetos

postales, información en soportes informáticos y datos personales. Como se mencionó a lo largo del presente trabajo el hostigamiento sexual incluye fotos, videos y audios con contenido sexual, razón por la cual se debería incluirlo.

Propuesta:

Artículo 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, vídeo, fotografías, 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.

Quien difunda imágenes, videos o audios con contenido sexual explícito de su pareja o ex pareja, por cualquier medio, sin el consentimiento de ésta, se establecerá una pena de tres a cinco años. La difusión deberá estar motivada por una retaliación en contra de la víctima. No se tomara en cuenta si existió o no acuerdo de las partes para la creación del material o si este fue producido por la afectada, se valorara únicamente el consentimiento de la perjudicada para la difusión del material.

No son aplicables estas normas cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

Es importante asentar que, este mecanismo va a permitir que el hostigamiento sexual sea tipificado. Si esta conducta se encuentra plasmada en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, ya puede ser considerada como un delito y se va a poder establecer penas para aquellos que incurran en esta transgresión. Esto se convertiría en una herramienta útil para que las víctimas puedan denunciar ante las autoridades, cuando se encuentren inmersas en este tipo de problemas y para que ningún caso quede en la impunidad. Todos los agresores deben ser castigados por dañar la imagen, reputación e integridad de otra persona.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

Al culminar el presente trabajo de investigación se llegó a determinar que el hostigamiento sexual si debería ser considerada como un delito. Por lo que debería estar tipificada en el Código Orgánico Integral Penal. Esta conducta se ha convertido en un problema muy serio, que no afecta únicamente a jóvenes y adolescentes, sino que ataca a personas de cualquier edad. Debido a que no se dan cuenta del riesgo que implica tomarse fotos o grabarse en la intimidad con su pareja y que este contenido sea difundido sin su consentimiento.

Los efectos negativos que esto ocasiona son varios, ya que tanto la persona agraviada, como quien comete la transgresión tienen que enfrentar problemas legales, psicológicos y sociales. Sus vidas cambian totalmente cuando están inmersos en este tipo de inconvenientes.

A pesar que esta conducta no está regulada por la legislación ecuatoriana y la falta de bibliografía impide que se determine de manera específica los alcances y límites de esta conducta, el presente trabajo cuenta con todos los elementos necesarios para que este comportamiento sea considerado como un delito. Sin embargo existe la posibilidad que este trabajo sea susceptible a cambios y modificaciones.

El estudio comparado con otras legislaciones permitió analizar el tratamiento legal que se le da al hostigamiento sexual en otros países. Existen territorios que regulan esta conducta de manera adecuada. Sin embargo se evidenció que hay otros que no tienen claro la definición, ni las características de esta conducta, debido a que la mezclan con otras actuaciones o que no cubren todos los supuestos de este delito. Se establecen eximentes innecesarios, lo que provoca que la tipificación sea insuficiente. Esto se da debido a la falta de información acerca de este comportamiento. Sin embargo se debe recalcar como un punto positivo que varios países alrededor del mundo han buscado dar una solución a este problema y frente a esto Ecuador no puede ser la excepción.

Esta investigación sirvió de base para formular una propuesta de reforma al COIP. Se planteó reformar el artículo 178, para que esta conducta sea considerada como un delito de violación a la intimidad, pero se estableció sus propios rasgos, características y pena. La cual es acorde al daño que se ocasiono. Con esto lo que se busca es evitar que más personas cometan esta infracción y que existan nuevas víctimas.

4.2 RECOMENDACIONES

Es necesario reformar el Código Organizo Integral Penal, para que se incluya el hostigamiento sexual como un delito de violación a la intimidad, lo que da paso a que se le dé un tratamiento legal adecuado.

Llevar a cabo campañas de socialización, para que todos los ecuatorianos sepan que el hostigamiento sexual puede ser considerado como un delito y que su sanción es la pena privativa de libertad.

Finalmente se recomienda que en futuras investigaciones se estudien las conductas colaterales que presentó el hostigamiento sexual. A lo largo del trabajo se evidenció que existen vacíos legales frente a varios comportamientos que deberían ser punidos y en la actualidad no lo son, razón por la cual se advierte realizar un análisis a estos comportamientos. Entre estos tenemos el sexting, la difusión de videos, fotografías y audios sexuales sin consentimiento, pero que no tengan como objeto la retaliación, sino que existan otros elementos de intencionalidad como por ejemplo: fines económicos, también se debería incluir la divulgación de contenido sexual a través de hackeos o robos de teléfono.

REFERENCIAS

- Aparicio, M. y Barceló, M. (2012). Manual de Derecho Constitucional. (2.ª ed.). Barcelona, España: Atelier
- Barzallo, J., Téllez, J., Reyes, P. y Amorosos, Y. (2012) XVI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Quito, Ecuador: Moreno Ediciones.
- Beccaria, C. (1993). Tratado de los delitos y de las penas. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Bordaberry, P. (2017). Proyecto de Ley de Pornografía de venganza. PROYECTO DE LEY. Recuperado el 29 de diciembre de 2017 de <http://vamosuruguay.com.uy/proyecto-de-ley-sobre-pornografia-de-venganza/>
- Cabanellas, G. (2004). Diccionario Jurídico Elemental. Recuperado el 24 de abril de 2018 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina34261.pdf>
- Carbonell, M. (2010). Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales. Quito, Ecuador: Cevallos editora jurídica
- Cerezo, J. (2008). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina. Euros Editores S.R.L
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Suplemento No 180 del Registro Oficial de 9 de febrero de 2014
- Código Penal Argentino. (1921). MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS No. 159 de 5 julio de 2017. Recuperado el 25 de abril de 2018 de <https://www.argentina.gob.ar/justicia>
- Código Penal Español. (2014). MINISTERIO DE JUSTICIA. BOLETÍN OFICIAL

DEL ESTADO No. 209 de 3 de Noviembre de 2016. Recuperado el 19 de diciembre de 2017 de file:///C:/Users/Principal/Downloads/BOE038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf

Código Penal Federal. (1931). Promulgado el 14 de agosto de 1931. Recuperado el 23 de abril de 2018 de <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/codigo-penal-federal#9680>

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

Código Penal Uruguayo. (2000). Promulgado 4 de diciembre de 1993. Recuperado el 17 de octubre de 2017 de <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7474>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado el 02 de diciembre de 2017 de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Creus, C. (2004). Derecho penal. Parte General. (5.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea

Daros, W. (2014). La mujer posmoderna y el machismo. Recuperado el 25 de abril de 2018 de <http://revistas.usbbog.edu.co/index.php/Franciscanum/article/view/File/789/678>

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Recuperado el 27 de octubre de 2017 de <https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/>

Donna, E. (2008). Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Argentina:

Rubinzal-Culzoni

- Donoso, H. (2003). Ciencias Penales. Apuntes de clase. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones
- Encalada, P. (2015). Teoría Constitucional del Delito. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones
- Etcheberry, A. (1997). Derecho Penal. Parte General (3.ª ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Fernández, H. (2014). Manual de Derecho Informático. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot
- Flores, J. (2011). Sexting una práctica de riesgo. Recuperado el 29 de septiembre de 2017 de <http://www.pantallasamigas.net/proteccion-infancia-consejos-articulos/sexting-una-practica-de-riesgo.shtm>
- Fuentes, M. (2011). El derecho a la honra como límite a la libertad de información hasta el momento de la acusación penal. Recuperado el 24 de abril de 2018 de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n37/a14.pdf>
- Muñoz, C. y García, M. (2010). Derecho Penal. Parte General. (8.ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch
- Nino, C. (2013). Fundamentos de Derecho Constitucional. (4.ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrear
- Pérez, J. (2014). Curso de Derecho Constitucional. (14.ª ed.). Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A
- Poulet, Y., Pérez, M., y Palazzi, P. (2009). Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L
- Puñal, B. (2016). Las políticas de Comunicación y Género en América Latina: Laboratorio en ebullición. Recuperado el 25 de abril de 2018 de

<http://www.usc.es/revistas/index.php/ricd/article/view/3077/3298>

Preciado, J. (2017). Iniciativa con proyecto de decreto que se adiciona el artículo 267 al código penal federal y se reforma el artículo 1916 del código civil federal. Recuperado el 3 de diciembre de 2017 de http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/2/2017-06-21-1/assets/documentos/Ini_PAN_art_267_CPF_y_art_1916_CCF.pdf

Roxin, C. (1997). Teoría del tipo penal. Buenos Aires, Argentina: Depalma

Terragni, M. (1998). Causalidad e Imputación Objetiva en la doctrina y en la Jurisprudencia Argentina. La Plata, Argentina: Depalma.

Velásquez, F. (2004). Manual de derecho Penal. Bogotá, Colombia: Temis S.A

Zaffaroni, E. (1999). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera

