



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*)

por PABLO A. PALAZZI

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. LA IMAGEN Y SU DIFUSIÓN EN INTERNET. 1.2. CONCEPTO. – 2. EL REVENGE PORN EN EL DERECHO COMPARADO. 2.1. ESTADOS UNIDOS. 2.1.1. Surgimiento del problema. 2.1.2. Primeros casos judiciales. 2.1.3. Normativa estadual estadounidense. 2.2. BRASIL. 2.3. ESPAÑA. 2.3.1. Jurisprudencia anterior a la reforma del año 2015. 2.3.2. Reforma del Código Penal español. 2.4. REINO UNIDO. 2.5. CHILE. 2.6. ALEMANIA. 2.7. NUEVA ZELANDA. 2.8. CANADÁ. – 3. EL REVENGE PORN EN EL DERECHO ARGENTINO. 3.1. PRIMEROS CASOS. 3.2. DIFICULTADES PARA APLICAR EL DERECHO DE AUTOR. 3.3. TIPOLOGÍA DE CASOS Y CONCURRENCIA CON OTRAS FIGURAS PENALES. 3.4. PRIMER PRECEDENTE. 3.5. PROPUESTAS DE REFORMA EN EL PROYECTO DE LEY 26.388. 3.6. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL AÑO 2014. – 4. FUNDAMENTOS PARA PENALIZAR LA DIFUSIÓN NO AUTORIZADA DE VIDEOS O IMÁGENES ÍNTIMAS. 4.1. LA PRIVACIDAD FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS. 4.2. LA NORMATIVA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 4.3. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y FALTA DE INTERÉS PÚBLICO. 4.4. NUESTRA PROPUESTA. – 5. CONCLUSIONES.

1 Introducción

1.1. La imagen y su difusión en Internet

Desde hace unos años la fotografía y el video se han instalado en Internet y en las redes sociales. El amplio uso de blogs, mensajería instantánea y redes sociales, la práctica de sacarse *selfies* y de subirlas *online* en cuestión de un solo clic de un teléfono móvil se ha expandido a límites inimaginables. Cada imagen subida puede ser *tagueada* en redes sociales o se puede encontrar con un buscador de imágenes en segundos. Los buscadores y las redes sociales indexan estos contenidos y forman bibliotecas casi infinitas de datos personales *online* accesibles en forma gratuita. La emergente sociedad de la información tiene muchos elementos característicos, pero sin duda uno de ellos es la imagen y el video.

Muchas de estas fotos y videos no están destinados a ser difundidos pero finalmente terminan en Internet en contra de la voluntad del titular de la imagen. La regulación legal de la imagen es compleja puesto que el derecho a la ima-

gen, como derecho personalísimo, está definido como un derecho subjetivo sobre el cual el titular tiene ciertas prerrogativas, con contadísimas excepciones (las permitidas en la ley). Pero la tecnología permite múltiples usos de la imagen y del video cuyo único límite es que “se puede hacer”.

En materia criminal, en nuestro medio no hay figuras penales que traten directamente a la imagen específicamente como bien jurídico. Sin embargo, cabe su categorización como dato personal bajo los delitos previstos en las leyes de protección de datos personales.

Por otra parte, la protección penal de la privacidad no es ni debe ser absoluta. Todo este mundo de la imagen requiere cautela al legislar qué usos de la imagen serán delitos. Como sucede con numerosas acciones disvaliosas, solo ciertas conductas son delito y el resto de las acciones queda dentro del marco de libertad permitido que el Estado no puede sancionar criminalmente, sin perjuicio de la libertad de accionar civilmente que le queda a la víctima. En materia civil, por el contrario, las cautelares se obtienen incluso contra buscadores⁽¹⁾.

Las imágenes publicadas en Internet, en buscadores y en redes sociales aún tienen que encontrar su régimen jurídico. La jurisprudencia ya sostuvo que un buscador de imágenes no es responsable de los contenidos indexados ni violenta el derecho a la imagen al reproducir una versión reducida de esta, pese a que no existía una excepción expresa en la ley⁽²⁾. También, que una persona que se ve envuelta en temas de interés público no puede impedir que se difundan imágenes de su persona con fines informativos previamente publicadas en redes sociales⁽³⁾. Finalmente, se sostuvo en varios casos que la imagen libremente disponible en Internet o redes sociales es pública a los fines de reconocimiento judicial del autor de un hecho delictivo⁽⁴⁾.

Además de la imagen voluntariamente subida a Internet, aparece el problema de las imágenes publicadas sin permiso. A comienzos del 2014 tomó estado público en la Argentina que un *hacker* logró infiltrarse en varios sistemas informáticos de famosos y difundió sus fotos íntimas por

(1) Ver, por ejemplo, el caso “T. M. E. c. Google Inc. s/medida autosatisfactiva”, del Juzgado de Primera Instancia de Familia de Rawson, del 26-11-13 (ED Digital 73914; MJ-JU-M-82809-AR | MJJ82809 - MJJ82809). Se ordena cautelarmente a la empresa demandada el inmediato y urgente bloqueo en su buscador de Internet, en virtud de los diferentes enlaces que aparecen en él vinculando a la actora con fotografías íntimas, datos personales, así como comentarios injuriantes sobre su persona e intimidad que fueron subidos por una expareja sin su consentimiento.

(2) CS, “María Belén Rodríguez c. Google y otro” (ED, 260-176), publicado en Revista Latinoamericana de Protección de Datos, Año 1, 2015, N° 1, págs. 352/384 y nuestro comentario *El fallo de la Corte Suprema de Argentina en el caso Google, la creación pretoriana de un procedimiento de “notice & take down” y su impacto en la protección de datos personales*, en pág. 385 de la misma publicación.

(3) CNCiv., sala H, 2-9-15, “D.P.Y.D c. Google”, MJ-JU-M-95456-AR (“El interrogante que debe plantearse es hasta dónde pueden considerarse íntimas las fotos que existen en una red social como la nombrada, donde justamente se trata de compartir eventos y fotos por una red masiva de comunicación y que casualmente se la define como una red social. El funcionamiento de Facebook es similar al de cualquier otra red social, aunque esta oración deberíamos formularla al revés, ya que es esta la red social que marca los antecedentes y las condiciones que deben cumplir las demás”).

(4) CNCrim., sala VI, 2-6-15, “A., F. s/nulidad (rechazo de planteo de nulidad por reconocimiento de imputado en foto en red social)”. Ver también RIQUERT, MARCELO A., *Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales*, LL, 2015-E-432, con cita de numerosos fallos sobre la materia.

redes sociales⁽⁵⁾. El *hacker* habría tomado el control de la videocámara que tiene el ordenador y, luego de activarla sin conocimiento del legítimo usuario, captó imágenes íntimas.

Asimismo, desde hace un tiempo suelen aparecer en diversos sitios de Internet fotos o videos de escenas íntimas de famosos (y a veces no tan famosos). Estas imágenes son difundidas en medios periodísticos y, sobre todo, en el mundo *online* sin ningún límite. A veces estas imágenes se originan en una sesión fotográfica realizada en el pasado, sin destino a publicidad, como ocurrió en un caso reciente con la novia del entonces vicepresidente de la Nación⁽⁶⁾. Otras son habidas en forma ilegal de algún ordenador o servidor en la nube⁽⁷⁾, o se trata del típico caso del novio o novia que desea vengarse de su expareja (fenómeno conocido como *revenge porn*).

¿Qué amparo penal tiene la imagen captada *ab initio* con autorización de la víctima pero luego difundida sin su consentimiento? Seguidamente analizamos la protección penal de este aspecto de la intimidad, las respuestas del derecho comparado y una propuesta para la Argentina.

La ocurrencia de estos hechos es y será cada vez más frecuente. La informática ha permitido a cualquiera acceder a poderosas herramientas para captar la imagen, grabar videos y difundirlos en Internet. La viralización de contenidos, un concepto inicialmente usado en *marketing* digital, y el morbo inagotable de los usuarios de Internet ayudan a difundir sin límites este tipo de imágenes. La consecuencia de ello es que una imagen íntima que estaba destinada a ser mantenida en la vida privada en brevísimo tiempo puede llegar a millones de personas.

1.2. Concepto

El término *revenge porn* fue usado por primera vez en los Estados Unidos⁽⁸⁾.

Consiste en la publicación no autorizada de imágenes o videos privados, generalmente contenido íntimo, por parte de una persona (generalmente, la expareja por sí o a través terceros) que lo hace por venganza luego de terminar la relación. De allí el término *revenge porn*.

El término no es el más preciso para definir la cuestión pero es el más difundido. La palabra inglesa *porn*, que se traduce como porno o pornografía, está asociada a lo obsceno, pero las imágenes íntimas o privadas no necesariamente deben ser calificadas como obscenas. La palabra *revenge* se traduce como venganza. Siguiendo estas ideas, en España se lo ha denominado “porno por despecho”.

El término *revenge porn* se popularizó en los Estados Unidos con un sitio web conocido bajo el nombre “Is Anyone Up?”. Se trataba de un sitio de Internet dedicado a difundir, sin permiso de las víctimas, imágenes de escenas íntimas de estas. Como el contenido era subido por terceros, el sitio se amparaba en la inmunidad prevista en la sección 230 de la Communications Decency Act.

También se ha propuesto usar el nombre de *involuntary porn* o *non consensual pornography*⁽⁹⁾. Al eliminar el término *revenge* del concepto, se logra ampliar la figura. Es que no se incluyen solo aquellas situaciones en las que el

(5) Cfr. la nota *La modelo Noelia Marzol denunció a Camus Hacker ante la Justicia*, La Nación, 28-1-14.

(6) Cfr. *Los tatuajes confirman que es Agustina Kampfer*, Clarín, 15-8-14.

(7) PETERSON, ANDREA - YAHR, EMILY - WARRICK, JOBY, *Leaks of nude celebrity photos raise concerns about security of the cloud*, Washington Post, 1-9-14.

(8) Ver http://en.wikipedia.org/wiki/Revenge_porn.

(9) FRANKS, MARY A., *How to Defeat “Revenge Porn”: First, Recognize It’s About Privacy, Not Revenge*, 22-6-15.

CONTENIDO

DOCTRINA

Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*), por Pablo A. Palazzi 1

NOTA DE JURISPRUDENCIA

Disolución del matrimonio en el Código Civil y Comercial. Primeros pronunciamientos jurisprudenciales, por Marco A. Rufino (Conclusión del diario del 1° de marzo de 2016)... 7

sujeto activo actúa por venganza o en las que las partes tenían una relación previa, sino que se lo expande a terceros no relacionados con el hecho en sí de la captación original de la imagen. Estas publicaciones o republicaciones por terceros tienen el mismo efecto que la publicación original.

2 El revenge porn en el derecho comparado

2.1. Estados Unidos

2.1.1. Surgimiento del problema

Desde un comienzo, el problema para regular la circulación de este tipo de imágenes *online* en los Estados Unidos fue doble: una fuerte libertad de expresión y una normativa fuertemente establecida –aunque cuestionada en esta clase de supuestos– respecto a la inmunidad de los intermediarios de Internet⁽¹⁰⁾.

Es decir que, por una parte, el discurso auténtico y verdadero tiene una fuerte protección constitucional a través de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, y una foto verdadera de una persona captada libremente cabe dentro de ese concepto. Por otra parte, cualquier sitio de Internet que permite publicar contenido subido por terceros tiene protección e inmunidad civil bajo una ley conocida como Communications Decency Act⁽¹¹⁾.

2.1.2. Primeros casos judiciales

Numerosos casos de *revenge porn* han ocurrido en los Estados Unidos en los últimos años. En general estos casos pueden ser supuestos de subida *online* de imágenes o videos de escenas íntimas, pero muchos de ellos también van acompañados de insultos, amenazas, coacciones o casos de hostigamiento a largo plazo a la víctima.

Quienes han estudiado el tema en profundidad han comprobado que las normas jurídicas y las fuerzas de seguridad no están preparadas para dar una respuesta rápida y efectiva a esta clase de ataques⁽¹²⁾.

Sin perjuicio de ello, muchos de estos casos terminaron con penas de prisión a los culpables por aplicación de diversas normas penales. Varios casos fueron tapa de los diarios o comentados ampliamente en Internet, impulsando así un debate sobre la seguridad en la nube y la necesidad de legislar en forma más adecuada el uso no autorizado de imágenes íntimas. Así ocurrió con el caso de las conocidas actrices Jennifer Lawrence⁽¹³⁾, Kate Upton o Kirsten Dunst⁽¹⁴⁾. Incluso en estos casos se precisó que las imágenes tenían metadatos⁽¹⁵⁾ que indicaban la ubicación geográfica de donde habían sido tomadas⁽¹⁶⁾.

Asimismo, todas estas publicaciones de imágenes íntimas y las lagunas legales existentes han llevado a replantear la inmunidad otorgada en forma general a los intermediarios de Internet con el fin de fomentar el desarrollo de la red, sobre todo a aquellos sitios que se dedican a publicar este tipo de imágenes y abusan de las protecciones dadas a intermediarios neutros.

El caso más notorio ocurrió en el año 2014 con el operador del sitio de internet “Is Anyone Up?” que permitía a cualquier usuario de Internet publicar fotos de escenas íntimas con fines de humillar a las mujeres participantes en ellas. El dueño del sitio, Hunter Moore, fue arrestado por haberle pagado a un *hacker* para que obtuviera ciertas fotos de una cuenta de correo electrónico. Fue sometido a un proceso penal⁽¹⁷⁾ y, finalmente, recibió la condena de dos años y seis meses de prisión⁽¹⁸⁾. Pero Moore solo fue con-

denado por ayudar al acceso ilegítimo. El sitio que creó y las miles de imágenes de víctimas que publicó no eran delito penal entonces en la mayoría de los Estados Unidos. A raíz de este caso, y de muchos otros que le siguieron, se inició una tendencia para llenar este vacío legal.

Otro caso notorio es el del *hacker* de *celebrities*, Christopher Chaney, quien accedió sin permiso a numerosos ordenadores, incluyendo los archivos de varias actrices (Simone Harouche, Mila Kunis, Christina Aguilera, Scarlett Johansson, Renee Olstead). El *hacker* fue arrestado luego de un año de investigación en la *Operation Hackerazzi*⁽¹⁹⁾. En el caso se logró probar que, luego de acceder a los ordenadores, el autor creaba una regla interna de desvío del correo y obtenía copias de toda la correspondencia digital en busca de fotos o correos íntimos, que más tarde usaba para extorsionar a sus víctimas. Esto le permitía leer el correo incluso luego de que se cambiara la *password* de la víctima y seguir “sustrayendo” imágenes.

El autor fue juzgado⁽²⁰⁾ por 26 hechos diferentes, todos relacionados con acceso ilegítimo a sistemas informáticos sin autorización, daño a sistemas informáticos, interceptación de comunicaciones (*wiretapping*, por el acceso y desvío de correos) y robo de identidad agravado. Chaney fue sentenciado a la pena de 10 años de prisión⁽²¹⁾.

Algo similar ocurrió con el caso de *Miss Teen USA*. Un *hacker* de 19 años, Jared James Abrahams, fue sometido a un proceso penal y se declaró culpable de (i) ingresar ilegalmente en el ordenador de la modelo (y de otra veintena de personas), (ii) copiar y captar fotos sin permiso, y (iii) amenazarlas con publicar esas fotos *online* en redes sociales si no le enviaban más fotos de desnudos⁽²²⁾.

En septiembre de 2014 un ataque de ingeniería social al sitio iCloud de Apple permitió a un *hacker* obtener numerosas fotos de famosas⁽²³⁾, que fueron publicadas en varios sitios de la web⁽²⁴⁾. Las fotos fueron publicadas durante un corto periodo de tiempo en sitios como 4chan y Reddit antes de que fueran retiradas. El autor del hecho avisó del acceso a imágenes y videos de decenas de famosos y habría pedido un “rescate” en *bitcoins* –la moneda virtual– para no publicarlas.

Estos casos demuestran la existencia de hechos típicos que se repiten cada vez más y que consisten en difundir *online* fotografías de escenas íntimas, o amenazar a sus titulares o extorsionarlos con difundirlas a cambio de algún beneficio económico o de otra clase.

2.1.3. Normativa estadual estadounidense

En los Estados Unidos comenzaron a presentarse en varias legislaturas estatales proyectos de leyes para penalizar este tipo de prácticas. Estos proyectos están impulsados por la constante ocurrencia de casos y la preocupación y demanda social que generó el vacío legislativo, sumado a las noticias en la prensa sobre la falta de cobertura legal de este fenómeno⁽²⁵⁾.

Recordamos que en los Estados Unidos cada estado tiene competencia exclusiva en materia penal y pueden aprobar sus propias normas criminales. Los estados suelen ser los laboratorios legales en los que se experimenta para el establecimiento posterior de una legislación federal. En agosto de 2013, cerca de catorce estados habían aprobado o estaban discutiendo normas especiales sobre este asunto⁽²⁶⁾. En el año 2014 eran diecisiete y a fines del año 2015 había veintiséis estados con legislaciones especiales⁽²⁷⁾.

(19) Ver Boletín del FBI, <http://www.fbi.gov/losangeles/press-releases/2011/florida-man-arrested-in-operation-hackerazzi-for-targeting-celebrities-with-computer-intrusion-wiretapping-and-identity-theft>.

(20) El juicio oral incluyó un video-testimonio de Scarlett Johansson en el que –en medio de lágrimas– la actriz contaba cómo había sido humillada por la difusión en Internet de sus fotos íntimas, que estaban destinadas solamente a quien entonces era su marido.

(21) Christopher Chaney sentenced to 10 years in jail for hacking into personal online accounts of celebs Scarlett Johansson, Mila Kunis, Christina Aguilera, <http://www.nydailynews.com/entertainment/gossip/hollywood-hacker-10-years-jail-article-1.1222151>.

(22) RISLING, GREG, *Miss Teen USA sextortion case: Hacker pleads guilty*, Associated Press, 13-11-13.

(23) Entre las afectadas vuelven a estar Jennifer Lawrence y Kaley Cuoco (“The Big Bang Theory”), Kim Kardashian, Vanessa Hudgens, Rihanna, Mary-Kate Olsen, Avril Lavigne y la futbolista estadounidense Hope Solo.

(24) *Fotografías de famosas desnudas: El hacker vuelve a filtrar fotografías íntimas*, Huffington Post, 21-9-14.

(25) Un editorial del diario New York Times dijo sobre el tema: “*Revenge porn is one of those things that sounds as if it must be illegal but actually isn't. It's the term of art for publishing sexual photos of someone without his or her –usually her– permission, often after a breakup*”. Cfr. editorial del diario New York Times del 13-10-13.

(26) Ver <http://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>.

(27) Ver <http://www.endrevengeporn.org/revenge-porn-laws/>.

También en el año 2015 se comenzó a debatir sobre una posible legislación a nivel federal⁽²⁸⁾.

La mayoría de las leyes aprobadas cubre tanto la captación como la posterior difusión no autorizada de fotos de escenas íntimas. Pero cada norma local tiene variantes y es imposible analizarlas todas.

En California está prevista en el California Penal Code⁽²⁹⁾ con seis meses de prisión y varios miles de dólares de multa. La norma regula otras situaciones vecinas, como espiar a una persona en un cambiador en un local o con cámaras ocultas.

El delito previsto en la ley de California consiste en distribuir con intención imágenes íntimas en circunstancias en las que la persona debió entender que la imagen quedaría reservada, y siempre que el sujeto activo sepa que la distribución causará un serio perjuicio y, efectivamente, la persona sufra ese perjuicio emocional. La norma tiene excepciones para fines informativos de la prensa (“*distribution is made in the course of reporting an unlawful activity*”) o cuando tiene lugar en un proceso judicial.

El problema en California es que la ley de *revenge porn* sancionada no contempla las *selfies* –debido a la creencia de que quien se saca una autofoto o *selfie* estaría consintiendo su difusión posterior– en caso de que la imagen caiga en manos de terceros. Esto es criticado por autores⁽³⁰⁾ que consideran que muchos de estos supuestos (como el caso de las *selfies*) deben también quedar incluidos en el concepto de *revenge porn* cuando son difundidos contra la voluntad de la persona retratada.

2.2. Brasil

En el año 2014 Brasil aprobó la Ley del Marco Civil de Internet⁽³¹⁾. La norma fue aprobada como reacción por parte de Brasil a las revelaciones hechas por Edward Snowden.

Esta norma otorga inmunidad a los intermediarios de Internet por el contenido generado por terceros y establece un sistema de *notice & take down* de contenido ilegal (arts. 18, 19 y 20, Ley de Marco Civil de Internet).

La Sección III de la ley brasileña se titula “De la Responsabilidad por Daños que Surgieran del Contenido Generado por Terceros”. El art. 18 de la ley del marco civil dispone que el proveedor de conexión a Internet no será responsabilizado civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros.

Con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, hacer disponible el contenido especificado como infractor, exceptuando las disposiciones legales que se opongan (art. 19).

Finalmente, el art. 21 dispone que el proveedor de aplicaciones de Internet que disponga contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, *de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando*, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal, deje de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilidad de ese contenido.

En síntesis, el art. 21 de esta ley dispone que será responsable si no remueve el contenido relacionado con lo que podría calificarse como casos típicos de *revenge porn*.

Ese es el único caso de remoción obligatoria de contenidos sin la necesidad de autorización judicial bajo la ley brasileña⁽³²⁾. Es una regla muy estricta que se incluyó para forzar a intermediarios a remover imágenes íntimas no consentidas de *revenge porn*⁽³³⁾.

(28) O'HARA, MARY, *A federal revenge-porn bill is expected next month*, The Daily Dot, 21-6-15.

(29) California Penal Code, sección 647(j)(4).

(30) Cfr. la exposición de HOLLY JACOBS, *Revenge Pornography. Legal and Policy issues*, en CPDP 2015, Bruselas, 22-1-15.

(31) Ver Ley de Marco Civil de Internet, ley 12.963 del 23-4-14, publicada en Revista Latinoamericana de Protección de Datos, Año I, N° 1, 2015, págs. 187/202.

(32) Para un desarrollo de esta ley y sus aspectos sobre privacidad ver DONEDA, DANILO - MONTEIRO, MARÍLIA, *O sistema brasileiro de privacidade e proteção de dados no Marco Civil da Internet*, en Revista Latinoamericana de Protección de Datos, Año I, N° 1, 2015, págs. 23/49.

(33) Ley de Marco Civil de Internet, art. 21: “El proveedor de aplicaciones de internet que disponibilice contenido generado por terceros será responsabilizado subsidiariamente por la violación de la intimidad”.

(10) LARKIN, PAUL, “*Revenge Porn*”, *State Law, and Free Speech*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 48, 2014.

(11) Sobre el tema remitimos a los diversos artículos publicados en la obra colectiva bajo mi dirección *Responsabilidad civil de los intermediarios en Internet* (Pablo Palazzi, dir.), AbeledoPerrot, 2012.

(12) CITRON, DANIELLE K., *Hate Crimes in cyberspace*, Harvard, 2014, págs. 35/119.

(13) En su caso, este escándalo llevó a que el sitio Reddit cambiara su política de privacidad y prohibiera imágenes de desnudos. Ver ISAAC, MIKE, *In Privacy Update, Reddit Tightens Restrictions on Nude Photos*, New York Times, 24-2-15.

(14) MCCOY, TERRENCE, *4chan: The “shock post” site that hosted the private Jennifer Lawrence photos*, Washington Post, 2-9-14; PETERSON, ANDREA - YAHR, EMILY - WARRICK, JOBY, *Leaks of nude...*, cit.

(15) Por esta razón las redes sociales como Facebook eliminan los metadatos de las fotos que publican, a menos que el usuario opte positivamente por dar a conocer su ubicación.

(16) HILL, KASHMIR, *Leaked Nude Images Reveal Celebs' Location Information*, Forbes, 9-2-14, www.forbes.com/sites/kashmir-hill/2014/09/02/leaked-nude-images-reveal-celebs-location-information.

(17) BRANDOM, RUSSELL, *Revenge porn magnate Hunter Moore will face up to seven years in prison*, The Verge, 18-2-15.

(18) OHLEISER, ABBY, *Revenge porn purveyor Hunter Moore is sentenced to prison*, The Washington Post, 12-3-15.

El origen de esta norma no fue el video no autorizado de la modelo Ciccarelli y su cautelar contra YouTube⁽³⁴⁾, como se suele indicar erróneamente, sino el hecho de que dos menores de edad (de 16 y 17 años) se suicidaran en Brasil después de que sus fotos íntimas fueran ampliamente divulgadas en la red⁽³⁵⁾.

Es ilustrativo que Brasil no incluya en el Código Penal el delito de *revenge porn*, sino que regule solo una forma rápida de remover el contenido de la red invirtiendo la regla de inmunidad de los intermediarios de Internet.

2.3. España

2.3.1. Jurisprudencia anterior a la reforma del año 2015

Entre los años 2011 y 2015 se produjeron innumerables casos de difusión o publicación no autorizada de imágenes íntimas y de datos personales en redes sociales, blogs y demás sitios de Internet. Por ello la jurisprudencia española tuvo que abordar el tratamiento de estos casos en los que la imagen o un dato personal era distribuido sin permiso.

Numerosos casos juzgaban la revelación no autorizada de datos íntimos bajo una multitud de encuadres legales. Así, los tribunales españoles fueron encontrando soluciones legales a esta problemática a través de diversas figuras penales.

Por ejemplo, el caso de un joven que accedió sin permiso al perfil de su primo en la red social Tuenti, cambió la clave del perfil y envió a sus contactos correos ofensivos, al tiempo que indicaba en su perfil “reconozco que soy gay” para que fuera visto por todos los amigos del afectado. Al ser enjuiciado por un juzgado penal de Badajoz, la jueza acordó imponer al autor de la acción seis meses de prisión por el delito de descubrimiento y revelación de secretos, y por una falta de injurias⁽³⁶⁾.

Un juzgado de Pamplona condenó a un joven a una pena de seis meses de prisión y multa de 1080 euros como autor del delito de revelación de secretos por haber accedido sin consentimiento de una amiga a su cuenta de Tuenti. Al acceder al perfil colgó varias fotos de mujeres desnudas e hizo público el perfil que hasta ese momento era reservado⁽³⁷⁾.

Un juzgado penal en Santander condenó a un año de cárcel a un hombre que colgó en la red social Tuenti catorce fotografías de su exnovia desnuda. La jueza consideró que estos hechos eran constitutivos del delito de violación de secretos⁽³⁸⁾.

Un caso de la Audiencia provincial de Alicante condenó a una pena de cárcel de dos años a un joven que colgó en una red social fotos íntimas de su exnovia, en las que aparecía semidesnuda. La Audiencia consideró al joven culpable del delito de revelación de secretos por difundir imágenes que atentaban contra la intimidad de su expareja⁽³⁹⁾.

Se impuso pena de cuatro años, más 630 euros de multa y 7000 euros de indemnizaciones para la persona que engañó a dos niñas de 12 y 11 años en la red Tuenti para que se desnudaran. La Audiencia de Cantabria impuso dicha pena al hombre que se hizo pasar por una chica de 14 años en Tuenti y convenció a estas dos niñas para que le enviaran fotografías de ellas desnudas.

En la SAP Lérida del 25-2-04⁽⁴⁰⁾ se condenó por delito de injurias con publicidad a quien divulgó la grabación consentida de una relación sexual. No se consideró la existencia de un delito contra la intimidad pues la grabación

resultado de la divulgación, sin autorización de sus participantes, de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado cuando, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal, dejare de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilización de ese contenido. Parágrafo único. La notificación prevista en el artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, elementos que permitan la identificación específica del material apuntado como violador de la intimidad del participante y la verificación de la legitimidad para presentación del pedido”. Ver Revista Latinoamericana de Protección de Datos, cit., págs. 187/202.

(34) *Brazil model wins YouTube battle*, BBC News, 5-1-07.

(35) IRAHETA, DIEGO, *Pornografía da vingança: Marco Civil da Internet facilita punição e obriga sites a tirar vídeos íntimos do ar*, http://www.brasilpost.com.br/2014/03/28/pornografia-da-vinganca-marco-civil_n_5052468.html, y la nota sin autor, *Víctima de las redes sociales: una estudiante se suicida tras aparecer en un video porno*, http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2014-05-24/victima-de-las-redes-sociales-una-estudiante-se-suicida-tras-aparecer-en-un-video-porno_135717/#lpu60TNOXNnQcZAJ.

(36) TOURIÑO, ALEJANDRO, *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Madrid, Catarata, 2104, pág. 55.

(37) *Ibidem*, pág. 54.

(38) *Ibidem*.

(39) *Ibidem*.

(40) SAP Lérida, 25-2-04 (ARP 2002, 636).

se realizó con el consentimiento de la afectada; fue meses después cuando, sin su consentimiento, se decidió divulgar la intimidad compartida. Un supuesto similar puede verse en SAP Huelva del 15-2-02⁽⁴¹⁾.

La jurisprudencia civil española⁽⁴²⁾ considera intromisión en la vida privada la publicación por la prensa de fotos de desnudos en una playa pública pero desierta.

Como puede apreciarse, existían en España numerosas condenas a personas por difundir imágenes de escenas íntimas aplicando, entre otros, el delito de revelación de secretos⁽⁴³⁾.

Durante el año 2014 comenzó a debatirse si el *revenge porn* era delito en España y si era necesario reformar la legislación entonces vigente. Pero ocurrió un caso específico que detonó el debate público y planteó la necesidad de legislar. Este caso llevó a que se incluyera la figura que analizamos en la reforma penal del año 2014. La inclusión de esta nueva figura se debió al caso de Olvido Hormigos, una concejal que pasó a la fama tras difundirse por Internet un video íntimo que había grabado y enviado a su pareja⁽⁴⁴⁾.

2.3.2. Reforma del Código Penal español

A raíz de estos numerosos casos comenzaron a surgir propuestas de reforma de la normativa penal vigente, focalizadas en la necesidad de eliminar el *consentimiento de la víctima* como causal de exclusión de responsabilidad penal de la figura de publicación no autorizada de la imagen personal⁽⁴⁵⁾.

En octubre de 2012, el Ministerio de Justicia español incluyó esta figura en el anteproyecto de Código Penal. Con esta propuesta se buscaba castigar la “divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas, incluso si se han obtenido con consentimiento de la víctima”. En el informe oficial del proyecto se presenta esta nueva figura penal como una forma de protección especial de la mujer⁽⁴⁶⁾, aunque en realidad la figura ampara a víctimas de ambos sexos.

Hasta la introducción de esta propuesta de reforma se contemplaba como delito en la figura básica del art. 197 del cód. penal español: (i) el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico u otros documentos de naturaleza personal de la víctima, y (ii) la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada. Ambas conductas exigen *la falta de consentimiento* de la víctima pues tutelan el secreto frente a su apoderamiento.

Con la reforma se propuso tutelar el caso de *las imágenes o grabaciones de otra persona obtenidas con su consentimiento pero que se divulgan contra su voluntad*, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad⁽⁴⁷⁾.

La reforma apuntaba claramente a la esencia del delito de *revenge porn*: la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, en situaciones claramente privadas pero luego divulgadas sin su anuencia, cuando afectaran gravemente su intimidad.

El legislador español ubicó este nuevo delito dentro de la figura de descubrimiento y revelación de secretos prevista en el art. 197 del cód. penal. Esta reforma entró en vigencia en julio de 2015.

El proyecto ya aprobado modifica el art. 197 con un nuevo inc. 7º que dice así: “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, di-

(41) SAP Huelva, 15-2-02 (JUR 2002, 115257).

(42) STS español, sala 1ª, de 23-6-15, rec. n.º 2409/2013.

(43) En todos estos casos seguimos a TOURIÑO, ALEJANDRO, *El derecho al olvido...*, cit., págs. 53/59.

(44) No obstante haber formulado un reclamo por infracción a su privacidad por la situación en la que se vio envuelta, la víctima, aprovechando la notoriedad que le produjo el evento, terminó publicando un relato sobre el tema con nombres de ficción. Ver el libro de HORMIGOS, OLVIDO, *El abrazo infiel*, Madrid, RBA, 2015. Todo lo cual lleva a cuestionar cuál es el efecto de las propias acciones de las víctimas del *revenge porn* y cómo debe ello incidir en sus reclamos civiles o penales.

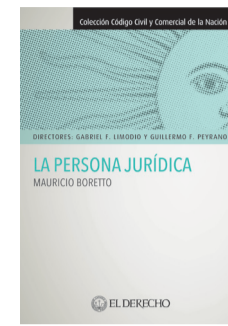
(45) COLAS TUREGANO, ASUNCIÓN, *La importancia del consentimiento del sujeto pasivo en la protección penal del derecho a la propia imagen*, en Revista boliviana de derecho, n.º 15, enero 2013, págs. 160/179.

(46) El informe que fundamenta la reforma dice: “El Código Penal ahonda, igualmente, en la protección de la mujer mediante la introducción de nuevas figuras delictivas, como el delito de matrimonio forzado, el de acoso u hostigamiento, la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima y la alteración de los dispositivos telemáticos para controlar medidas cautelares”.

(47) Aprobado el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal, http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/200913Enlace_ReformaCodigoPenal.htm.

FONDO EDITORIAL

Novedades



MAURICIO BORETTO
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
La persona jurídica
ISBN 978-987-3790-19-5
161 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

funda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

El delito de *revenge porn* en el Código Penal español tiene los siguientes elementos:

- “sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella”: la acción principal consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes realizando este accionar sin autorización de la víctima.

- “que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”: este es el típico supuesto de *revenge porn*, la imagen es generalmente captada con consentimiento del afectado y en un contexto de intimidación (por ejemplo, su domicilio o cualquier otro lugar privado: “fuera del alcance de la mirada de terceros”), pero luego se usa o difunde contra su voluntad.

- “cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”: este agregado es importante pues permite centrarse en los casos graves, esto es, aquellos relativos a imágenes íntimas, generalmente de escenas sexuales.

- agravante: si (i) los hechos hubieran sido cometidos por el *cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él* por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, (ii) la víctima fuera *menor de edad* o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o (iii) los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

- no se requiere en la figura básica una finalidad específica de lucro (es, sí, un agravante) ni ánimo de venganza, aunque está implícito en el acto de difundir fotos íntimas de la expareja.

2.4. Reino Unido

En el Reino Unido también se legisló recientemente esta figura con una pena de dos años de prisión⁽⁴⁸⁾.

La reforma se aprobó a través de la Criminal Justice and Courts Act 2015⁽⁴⁹⁾ luego de una gran cantidad de casos⁽⁵⁰⁾ que tuvieron amplia repercusión por tratarse de personas famosas, tal el caso de Rihanna y de la cantante Tulisa Contostavlos. La sanción de la norma fue un avance pues, con anterioridad a este fallo, los fiscales requerían que se probara alguna suerte de acoso producido con las fotografías o que se tuviera derecho de autor sobre estas.

En el caso “Contostavlos v. Mendahun”⁽⁵¹⁾, un juez londinense otorgó una cautelar a la cantante Tulisa Contostavlos, quien se agraviaba del hecho de que un video con escenas íntimas filmadas por su exnovio estaba circulando

(48) VINCENT, JAMES, *Sharing revenge porn in the UK now carries a two year jail sentence*, The Verge, 13-4-15.

(49) Ver <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/2/introduction>.

(50) En los últimos dos años la policía había contabilizado 149 denuncias por casos de *revenge porn*. Ver la nota “*Revenge porn*” *illegal under new UK law*, <http://www.bbc.com/news/29596583>.

(51) “Contostavlos v. Mendahun” [2012] EWHC 850 (QB) (29-3-12).

por Internet. La actora también demandó a varios sitios de Internet que habrían republicado los videos, por lo que logró una indemnización de 42.500 libras esterlinas de uno de los demandados.

La nueva figura se denomina *disclosing private sexual photographs and films with intent to cause distress*, y se diferencia de la versión española en que requiere la intención de causar malestar psicológico.

En febrero de 2016 Irlanda del Norte también se sumó a los países con legislación al aprobar una norma que penaliza la difusión de imágenes captadas con consentimiento⁽⁵²⁾.

2.5. Chile

En Chile⁽⁵³⁾ se están discutiendo proyectos de leyes para criminalizar el *revenge porn*.

Las diputadas Andrea Molina y Claudia Nogueira presentaron un proyecto de ley que busca sancionar a quien publique imágenes de contenido sexual, ya sean fotos o videos, producidas en la privacidad de una pareja y difundidas sin consentimiento. El proyecto busca sancionar con multas e incluso cárcel a quienes publiquen y difundan este tipo de material, conocido como “porno venganza” o *revenge porn*. Las penas podrían alcanzar la reclusión menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años de cárcel) y multas de hasta 1000 unidades tributarias mensuales (42.220.000 pesos). Además, se buscan las mismas sanciones para los administradores de aquellos sitios de Internet que no bajen o eliminen de forma inmediata los contenidos de este tipo⁽⁵⁴⁾.

2.6. Alemania

En octubre de 2015 Corte Federal alemana⁽⁵⁵⁾ dictó una sentencia en la cual dispuso que un exnovio debía borrar todas las imágenes íntimas de su novia, incluso para el caso de que no pensara compartirlas o difundirlas a terceros. No se trata de un caso penal, pero demuestra que los tribunales están dispuestos a amparar la privacidad sobre imágenes íntimas aunque fueran captadas con consentimiento de la víctima⁽⁵⁶⁾.

El argumento del tribunal fue que si bien la actora había consentido la captación de su imagen, el *consentimiento caducó cuando la relación de pareja finalizó*⁽⁵⁷⁾. El tribunal fue más lejos y sostuvo que mantener las fotos almacenadas era violatorio de su derecho a la privacidad. Se hizo referencia al “poder manipulador” que generaba el tener estas fotos. La sentencia le ordenó borrar todas las imágenes y videos.

Un caso anterior fallado en agosto de 2015 por un tribunal de Düsseldorf condenó a una persona que había difundido fotos íntimas de la actora a pagar la suma de 15.000 euros⁽⁵⁸⁾.

2.7. Nueva Zelanda

En julio de 2015 Nueva Zelanda aprobó la Harmful Digital Communications Act, mediante la cual se penaliza el *revenge porn*. Con anterioridad a esta reforma la Privacy Act (Ley de Protección de Datos del año 1993) excluía de su aplicación el procesamiento de los datos personales creados o recolectados en el ámbito doméstico como sucede con muchas leyes de protección de datos personales⁽⁵⁹⁾.

Sin embargo, luego de la reforma, esta excepción a la Privacy Act no se aplica cuando se publica o se difunde material altamente ofensivo para el titular del dato personal. La reforma cubre solamente material que una persona ordinaria o ciudadano común considera ofensiva, según el estándar desarrollado por los tribunales de Nueva Zelanda en el caso “Hosking v. Runtig”⁽⁶⁰⁾.

(52) *Revenge porn to become crime in Northern Ireland*, Stormont rules, 11-2-16.

(53) Cfr. la nota *Diputadas UDI proponen sanción para difusión de fotos y videos íntimos*, <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/political/udi/diputadas-udi-proponen-sancion-para-difusion-de-fotos-y-videos-intimos/2014-08-24/113255.html>.

(54) Ver <http://derechosdigitales.tumblr.com/post/95850658781/chile-presentan-proyecto-de-ley-contr-la-porno>.

(55) “Bundesgerichtshof” (BGH), del 22-10-15.

(56) *German court orders man to destroy naked images*, BBC, 22-12-15.

(57) El argumento es interesante y nos recuerda que, en materia de protección de datos personales, el consentimiento se puede revocar, lo cual sería posible invocar la norma que admite la revocación del “presunto consentimiento” para evitar el uso de sus datos personales, que incluye las imágenes.

(58) Ver <http://www.dw.com/en/in-germany-your-ex-must-destroy-nude-photos-on-request/a-18934921>.

(59) Ver, por ejemplo, arts. 21 y 24 de la Ley de Protección de Datos de la Argentina.

(60) “Hosking and Hosking v. Runtig & Pacific Magazines Nz Ltd.”, del 25-3-04, 2004, NZCA 34; 2003, 3 NZLR 385 (New Zealand Court of Appeal).

En el citado caso, la Corte de Apelaciones rechazó una demanda por violación a la privacidad de dos menores. Los hijos gemelos de una pareja famosa fueron fotografiados en un mercado, un lugar público, sin consentimiento de los padres. Estos se habían negado a dar entrevistas y dejar que se publicaran fotos de sus hijos en la prensa con anterioridad. El tribunal reconoció la existencia de un *tort* por violación a la privacidad, pero se negó a otorgar daños en el caso concreto, pues entendió que las fotos no eran altamente ofensivas para el ciudadano común (“*highly offensive and objectionable to a reasonable person of ordinary sensibilities*”), aunque sí lo fueran para sus padres. Con fundamento en este estándar, la reforma requiere que las fotos sean altamente ofensivas⁽⁶¹⁾.

2.8. Canadá

La provincia canadiense de Manitoba fue la primera jurisdicción en aprobar una norma (Intimate Image Protection Act) para evitar el *revenge porn*. La normativa, que entró en vigencia en enero de 2016, penaliza la distribución no consentida de imágenes y videos sexuales y permite a las víctimas demandar a los autores y reclamar los daños ocasionados.

A su vez, se originó en una serie de casos famosos, pero también en la evidente necesidad de actuar frente a la gran cantidad de casos denunciados. El Canadian Centre for Child Protection, que presta ayuda a las víctimas de estos delitos, tuvo 350 denuncias de casos de *revenge porn* desde marzo de 2015 a enero de 2016. La mitad de esos casos era sobre menores de entre 15 y 17 años⁽⁶²⁾.

3 El revenge porn en el derecho argentino

3.1. Primeros casos

En la Argentina, los primeros casos de *revenge porn* se intentaron canalizar penalmente –en forma infructuosa– por la vía de los delitos contra los derechos intelectuales y de las injurias. Los hechos más típicos eran casos de exnovios o novias que difundían por Internet, en blogs o por medio de un correo electrónico, una foto o video íntimo de su expareja. En algunos casos la foto no era real sino que se realizaba un fotomontaje, alterándola y agregando desnudos no presentes en la foto original.

Lo único que desea la víctima en estos casos es lograr retirar de Internet sus fotos íntimas. El castigo del culpable suele quedar en segundo lugar frente a esta urgente necesidad de lograr remover sus datos y contenidos privados de la web. Pero las cautelares suelen ser difíciles de obtener. Recordemos que en el fuero penal las soluciones se complican porque es sabido que la jurisprudencia no concede medidas cautelares a menos que exista un auto de procesamiento, lo cual sirve de verosimilitud del derecho para la cautelar o, por lo menos, la convocatoria a indagatoria⁽⁶³⁾.

3.2. Dificultades para aplicar el derecho de autor

Entendemos que se recurrió al derecho de autor, pues el derecho a la imagen estaba contenido en la ley de derechos intelectuales (ley 11.723). En estos casos se argumentó que la foto era una obra intelectual y que quien la reproducía sin autorización incurría en el delito de reproducción no autorizada de obra intelectual.

A nuestro entender, esta tesis tiene varios inconvenientes. El delito de reproducción no autorizada de obra intelectual no comprende la imagen como objeto protegido, sino las obras intelectuales originales⁽⁶⁴⁾. La imagen de una persona es un derecho personalísimo, no un derecho de propiedad intelectual. La ley 11.723 reprimita solo la reproducción no autorizada de obras intelectuales, no de imágenes⁽⁶⁵⁾.

Una fotografía puede calificar como obra intelectual bajo la ley 11.723. Esa fotografía puede contener la imagen

(61) Ver <https://opcwebsite.cwp.govt.nz/news-and-publications/guidance-resources/hdca-faqs/>.

(62) Ver CBC News, *Manitoba revenge porn law aims to empower victims*, <http://www.cbc.ca/news/canada/manitoba/manitoba-revenge-porn-law-aims-to-empower-victims-1.3408847>.

(63) CNCrim y Correc., sala VI, 9-12-08, “L., M. E. s/medida cautelares”; CNCrim y Correc. Fed., sala I, 5-1-15, “D. A. R. s/medida cautelar”.

(64) Art. 72, inc. a), ley 11.723: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes”.

(65) En la Argentina, hasta agosto de 2015 el derecho a la imagen estaba tutelado por la ley 11.723. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial el 1-8-15, la imagen es un derecho autónomo tutelado por el art. 52 del nuevo Código.

de una persona, pero en ese caso el autor de la obra (la foto) es quien toma la fotografía con la cámara, y no quien aparece retratado en ella. Por lo tanto, quien aparece en una fotografía no está legitimado para reclamar por el contenido de la obra⁽⁶⁶⁾, a menos que tenga una cesión escrita sobre los derechos de autor de la foto íntima (algo inusual en el contexto en el que se toman este tipo de fotografías).

Asimismo, no toda imagen captada fotográficamente constituye una obra intelectual. Crear una obra intelectual implica dotar a la foto de originalidad, y la intención del sujeto de que ello ocurra. Si bien la originalidad es un requisito muy fácil de obtener en derecho de autor, podría llegar a considerarse que la obra no es original.

Las instantáneas de escenas íntimas no parecen pretender llegar a la categoría de obras intelectuales, no existe el elemento volitivo de crear una obra intelectual⁽⁶⁷⁾ y, en muchos casos, carecen de originalidad para ser consideradas obras intelectuales.

Asimismo, en el derecho argentino no existe la doctrina de las “meras fotografías”, que ampara fotografías cuando no sean originales pero igualmente tengan valor comercial. Un ejemplo de esta protección lo encontramos en la legislación española⁽⁶⁸⁾. Las meras fotografías son protegidas porque, pese a no ser originales, constituyen el resultado de un trabajo que puede tener gran valor comercial, documental, científico o informativo. En España, con esta norma incluso se amparan las fotografías realizadas automáticamente o mecánicamente por instalaciones de seguridad⁽⁶⁹⁾.

Está claro que la persona fotografiada en este tipo de imágenes no es la autora, y si se trata de una autofoto (conocidas como *selfies*) o de un video casero, menos aún suele ser la intención hacer una obra.

Asimismo, el art. 34 de la ley 11.723, en una de sus tantas contradicciones que nuestra ley autoral tiene con el Convenio de Berna, dispone que “debe inscribirse sobre la obra fotográfica o cinematográfica la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marca del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras”. En las imágenes o videos que analizamos (videos caseros o *selfies* con escenas íntimas), es infrecuente su registro en la Dirección de Derechos de Autor o el agregado del nombre del autor. Podría argumentarse, sin embargo, que se trata de una obra inédita también amparada por el art. 72, inc. a), de la ley 11.723⁽⁷⁰⁾.

Finalmente, entendemos que no fue la intención del legislador transformar cualquier foto (o video) de escenas íntimas en una obra intelectual y usar la ley 11.723 para perseguir penalmente a quien las difunde sin permiso. El derecho penal no admite ese razonamiento por analogía. No obstante lo dicho, no cabe descartar la calificación de obra intelectual en algunos casos y poder usar los procedimientos de *notice and take down* en los que estén legislados para dar de baja esta clase de contenido⁽⁷¹⁾.

Los casos hasta la fecha decididos en la Argentina siguen esta línea. La Cámara del Crimen⁽⁷²⁾ confirmó un fallo de primera instancia y desestimó una denuncia penal iniciada por una modelo a la que le publicaron fotos personales en Internet. La querrela argumentó que su agravio se sustentaba en “la violación del derecho a la imagen” de la modelo, ya que “en el sitio web se han publicado imágenes sin su autorización; ello, según la interpretación que formularon de los arts. 31 y 71 de la ley 11.723”⁽⁷³⁾.

(66) Podría tratarse de una *selfie*, en cuyo caso la aplicación de la ley 11.723 es más lógica, o de una foto tomada de común acuerdo por todos los participantes de la foto, en cuyo caso se podría hablar de coautoría de la obra intelectual.

(67) Sin perjuicio de que en esto existe toda una industria que comercializa fotografías, y la creación de obras audiovisuales les da derecho a amparar la obra dentro del régimen de la ley 11.723.

(68) El art. 128 de la LPI española dice: “Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquella, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas. Este derecho tendrá una duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción”.

(69) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 280.

(70) CNCasación Penal, sala II, 2-4-04, “De Simone, Daniel E. y otro s/rec. de casación”, publicado en LL, 5-11-04, pág. 7.

(71) FITZPATRICK, ALEX, *Here’s How Celebs Can Get Their Nude Selfies Taken Down*, revista Time, <http://time.com/3256732/jennifer-lawrence-selfies-copyright/>.

(72) CNCrim., sala VII, 13-2-13, “N. A. s/querrela”.

(73) Cfr. nota sin autor, *El modelo del delito inexistente*, Diario Judicial, 17-5-13.

Los jueces sostuvieron que “sin perjuicio de las acciones civiles que pudieren corresponder, dado que las imágenes publicadas, tal como se señaló en la denuncia, se corresponden con trabajos fotográficos y artísticos por los cuales la denunciante se encuentra vinculada contractualmente, al haber autorizado el uso de su imagen, corresponde confirmar la decisión en cuanto rechazó la petición de ser tenida por querellante”.

La decisión se funda en que “la legitimación se encuentra, en realidad, en cabeza de los autores y otros titulares de la propiedad intelectual y sus derechohabientes, expresión que debe entenderse referida a los adquirentes de la obra, o a los cesionarios parciales, o a las personas autorizadas por el autor a ejercer sus derechos”. Es decir, entendieron que no era titular de obra intelectual alguna. Por todo ello, confirmaron lo decidido en primera instancia y desestimaron por inexistencia de delito la denuncia intentada por la modelo.

En el mismo sentido, otra decisión⁽⁷⁴⁾ desestimó una denuncia penal con fundamento en la ley 11.723. El caso versaba sobre la creación de una página web con datos filiatorios, domicilio y dos fotografías de una persona desnuda a la cual se le había agregado el rostro de la hija del denunciante. Este había tomado la fotografía original sobre la cual se realizó el fotomontaje.

El tribunal entendió que la imagen en cuestión “no encuadraba en la ley 11.723 pues no se daban los requisitos de originalidad y creatividad que la misma reclama para otorgar protección legal a la simple fotografía con la cual se habría confeccionado el documento mencionado y además por no encontrarse registrada ante el organismo respectivo con el fin de resguardar la propiedad intelectual”.

Respecto a las injurias, en estos supuestos (publicación no autorizada de fotos íntimas) las querellas presentadas se fundaron en el descrédito al honor que genera la difusión de imágenes íntimas destinadas a quedar en reserva. Los jueces también consideraron que la difusión de estas imágenes no encuadraban dentro del delito de injurias, y en estos casos se sumó el obstáculo adicional que requiere accionar por vía de querrela por ser delito de acción privada y la mayoría de los casos se presentaron como simple denuncia.

3.3. Tipología de casos y concurrencia con otras figuras penales

El fenómeno del *revenge porn* puede ser objeto de algunas clasificaciones en función de la voluntad de la publicación, de los motivos de la difusión y de los participantes y su edad. Esta clasificación sirve para entender mejor qué está cubierto por la ley y qué falta regular en la materia.

En el análisis de estos casos partimos de la base de que la fotografía o el video de la víctima contiene escenas íntimas que, en principio, no estaban destinadas a ser difundidas y, por lo tanto, los registros de esas imágenes están amparados por el derecho a la privacidad y el derecho a la imagen de quienes en ella aparecen (arts. 52 y 53, nuevo cód. civil y comercial).

En los casos que analizamos estas fotos o videos suelen ser captados *con permiso* de la víctima. Puede suceder que sean grabaciones caseras de escenas íntimas sobre las que luego se pierde el control, ya sea por un acto de ingreso no autorizado al lugar en el que se encuentran (generalmente un ordenador, disco rígido, *pen drive* o *smartphone*, o incluso en un proveedor en la *nube*), o porque voluntariamente se comparte con la pareja durante la relación. Ha sucedido también que se lleva a reparar el *smartphone* y el personal del servicio técnico copia sin permiso el contenido, o bien que aquel se extravía, y quien lo encuentra divulga su contenido o lo “vende” a la prensa amarilla al descubrir que su titular es una persona famosa.

Respecto a la *persona retratada*, esta puede ser un mayor o un menor, lo cual es importante para diferenciar algunas situaciones delictuales más serias. La presencia de un menor de edad en esta clase de imágenes nos lleva al art. 128 del cód. penal, además del delito de amenazas coactivas o la extorsión si fueron obtenidas por la fuerza. La figura de *revenge porn* que analizamos se refiere siempre a adultos.

Respecto de la *persona que capta la imagen*, puede ser también un mayor o un menor. Este aspecto es indistinto a los fines del delito que analizamos.

El registro de la imagen puede haber tenido lugar *con o sin consentimiento* del registrado. El consentimiento también aparece en la difusión y es distinto del consentimiento dado para la captación, es decir, la imagen puede haber sido tomada con consentimiento pero luego difundida contra la

voluntad de la víctima. Incluso aunque la víctima haya dado consentimiento para la difusión, cabe recordar que bajo la ley argentina, en materia de derechos personalísimos –la imagen es uno de ellos–, el consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable⁽⁷⁵⁾.

La captación contra la voluntad del sujeto puede ocurrir mediante el uso de artefactos tecnológicos que permitan grabarla en forma subrepticia, a distancia, *hackeando* la seguridad, o porque está accesible públicamente de alguna manera. El ingreso sin permiso a un ordenador o sistema de correo en el que se encuentre la foto puede constituir el delito de acceso no autorizado a sistemas informáticos (art. 153 bis, cód. penal) o violación de correo electrónico (art. 153, cód. penal).

Finalmente, cabe definir la *finalidad de la captación*, reproducción o distribución de la imagen, lo cual será determinante para los distintos supuestos que analizamos. Esta puede ser:

- hacer un video casero para uso privado, que luego es difundido por la expareja con ánimo de venganza: estos son los casos conocidos como *revenge porn*. La finalidad en estos casos suele ser usar las imágenes para humillar públicamente a la víctima, cuando tiene lugar entre adultos⁽⁷⁶⁾, pero no se requiere un ánimo de venganza;
- dar a publicidad las imágenes o videos con el fin de perjudicar, humillar o burlarse del sujeto⁽⁷⁷⁾: son los casos recientes de *celebrities*, o también casos de *bullying* escolar,
- usar las imágenes con fines de corromper a menores⁽⁷⁸⁾, lo cual también puede quedar dentro de la figura del delito de *grooming*;
- usar las imágenes con fines de extorsión a la víctima o para pedir más imágenes. En un caso de pedido constante de fotografías de imágenes pornográficas a menores se calificó la conducta como constitutiva del delito de amenazas coactivas⁽⁷⁹⁾.

Por último, sería posible aplicar en algunos casos la figura contravencional de hostigamiento, prevista en el art. 52 del cód. contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 1472). La norma dispone que “quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto”.

En algunos supuestos, la constante publicación y difusión no autorizada de fotografías íntimas de una persona en la web podría calificar como una suerte de hostigamiento, si tiene como efecto intimidar o amenazar a la víctima en su vida en sociedad.

3.4. Primer precedente

Un caso que tuvo mucha prensa en la Argentina es el caso conocido como “Camus hacker”. El autor fue proce-

(75) Según el art. 55 del nuevo cód. civil y comercial: “Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. Asimismo, el decreto reglamentario de la Ley de Protección de Datos Personales dispone: “El consentimiento dado para el tratamiento de datos personales puede ser revocado en cualquier tiempo. La revocación no tiene efectos retroactivos” (art. 5º, decreto 1558/01).

(76) Si se trata de menores que envían estas imágenes, puede catalogarse como un caso de distribución de pornografía infantil o delito de *sexting*. Ver PALAZZI, PABLO A., *Los delitos informáticos en el Código Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 2012, págs. 46/47.

(77) En algunos países está legislado penalmente el acoso o *bulling* escolar, y estas acciones también pueden ser tipificadas como delitos de injurias, amenazas, coacciones, etcétera.

(78) Para un caso de envío de imágenes pornográficas a menores catalogado como corrupción ver Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 de Necochea, 5-6-13. “F. L. N. s/corrupción de menores agravada”, LL, 2014-C-60, DPYC 2014 (agosto), 185, con nota de SILVINA A. ALONSO y nuestra nota *El grooming tipificado como corrupción de menores agravada*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo, febrero 2014, pág. 315 (en coautoría con CARLA DELLE DONNE). Ver también el caso CNCrim., sala IV, c. 1522/2011, “C. F. N. s/corrupción de menor de trece años (remisión de fotos pornográficas a menor de 13 años con el fin de corromperla)”.

(79) CNCasación Penal, sala I, “Flamenco Saavedra”, causa 16.238, reg. 22.319, 24-10-13. En el caso el imputado amedrentó y hostigó –vía internet– a una niña de trece años con la finalidad de obtener material fotográfico y fílmico de carácter pornográfico. Luego de calificar el acto como delito de amenazas coactivas, el tribunal sostuvo que correspondía agotar los medios de investigación con el fin de determinar la posible comisión de un delito de acción pública, ya que la conducta imputada no se limitaría al menoscabo de la dignidad de la víctima y a una grave injerencia en su fuero íntimo por las amenazas perpetradas, sino que, por el tenor pornográfico del material que se habría obtenido coactivamente y la minoridad de la damnificada, no podía descartarse la posible comisión de delitos vinculados con la difusión de pornografía infantil (ley 26.388).

sado en primera instancia por considerárselo responsable de los delitos de amenazas coactivas y extorsión en grado de tentativa. Se trató de una causa penal en la cual se investigaba la filtración en las redes sociales de fotos íntimas de famosos, como Coki Ramírez, Diego Korol, Jorge Zonzini, Noelia Marzol, Sergio “Maravilla” Martínez, Fátima Florez, Iliana Calabró, Verónica Lozano y Annalisa Santi.

El procesamiento fue dictado por el Juzgado de Instrucción Penal Nº 49, a cargo de la doctora María Dolores Fontbona de Pombo. La acción penal se inició con una investigación preliminar de oficio del fiscal Ricardo Saenz. Luego se inició la instrucción penal a través la Fiscalía Nº 19⁽⁸⁰⁾. La causa fue elevada a juicio oral y terminó con un juicio abreviado en el cual se acordó la pena de tres años de prisión en suspenso por el delito de coacción⁽⁸¹⁾.

Como fue un juicio abreviado, no se dice nada acerca de la sustracción de imágenes y si estas pueden ser objeto del delito de hurto. La querrela se había iniciado por los delitos de coacción y amenazas coactivas⁽⁸²⁾.

3.5. Propuestas de reforma en el proyecto de la ley 26.388

En el año 2008 se reformó el Código Penal en materia de delitos informáticos. La ley 26.388 introdujo nuevos delitos relacionados con la tecnología, tales como la estafa informática, el daño informático, la creación y distribución de pornografía infantil, la violación del correo electrónico y el acceso ilegítimo a sistemas informáticos.

Ese proyecto de reforma⁽⁸³⁾ también había planteado incorporar el delito de captación y uso no autorizado de datos, imágenes y sonidos (proyectado como art. 153 ter), pero este tipo penal fue finalmente descartado en el debate parlamentario porque se entendió que podría alcanzar a las cámaras ocultas y, por ende, constituía una amenaza al periodismo de investigación⁽⁸⁴⁾. Se consideró, en definitiva, que la protección civil era suficiente tutela para la imagen.

Fue así como en la reforma del Código Penal (ley 26.388), que incorporó ciertos delitos informáticos, quedó un vacío respecto de la tutela penal de la imagen. Este vacío, generado por temor a avasallar a la prensa, deja, sin embargo, un problema en la materia, pues las nuevas tecnologías han avanzado enormemente y hoy en día es muy fácil captar la imagen de diversas formas y reproducirla y ponerla a disposición de toda la web. Existe, como hemos visto, un sinnúmero de delitos que amparan conductas relacionadas con el uso que se da a la imagen, pero ninguno que en forma concreta tutele la difusión no autorizada de imágenes captadas con consentimiento de la víctima.

3.6. El anteproyecto de Código Penal del año 2014

La comisión para la elaboración del proyecto de reforma y actualización del Código Penal de la Nación, creada por el decreto 678/12, presentó un anteproyecto en febrero de 2014.

El art. 120 del anteproyecto, bajo el epígrafe de “Violación de la privacidad”, propone: “Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años y multa de diez a ciento cincuenta días, el que vulnerare la privacidad de otro, mediante la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o imagen, o se apoderare de registros no destinados a la publicidad”.

La norma, asimismo, contiene una agravante que duplica la pena en casos de comisión de hechos mencionados en el párrafo primero mediando abuso de oficio o profesión, o de su condición de funcionario público.

Como puede apreciarse de la lectura del párr. 1º del art. 120 del anteproyecto, se trata, en general, de registros de imagen captados sin consentimiento del titular, incluso sin su conocimiento mediante el uso de dispositivos tecnológicos que ayudan a invadir la privacidad.

(80) Ver la nota *Procesaron a Camus Hacker por amenazas y extorsión en el caso del robo de fotos íntimas a famosos*, Infobae, 12-2-15.

(81) Ver Tribunal Oral Nº 6, causa 4786, 2-12-15, “Ioselli, Emanuel Carlos”. Del acta del juicio de abreviado surge que se pactó condena por coacción, por lo tanto el tribunal no se pronunció sobre la sustracción de las imágenes.

(82) Las amenazas coactivas alegadas eran contra la señorita Annalisa Santi, una exestudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que prefirió dejar el derecho luego de cursar un par de años en la UCA y ser modelo publicitaria.

(83) El artículo propuesto por la Cámara de Diputados establecía como art. 153 ter del cód. penal el siguiente: “Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ilegítimamente y para vulnerar la privacidad de otro, utilizando mecanismos de escucha, interceptación, transmisión, grabación o reproducción de voces, sonidos o imágenes, obtuviere, difundiere, revelare o cediere a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas”. La norma proyectada disponía en un segundo párrafo la exención de responsabilidad penal a quien realizara alguna de las conductas descriptas en el primer párrafo “cuando el único propósito sea garantizar el interés público”.

(84) PALAZZI, PABLO A., *Los delitos informáticos...*, cit., pág. 148.

(74) CNCrim., sala I, 11-2-00, “Fappiano, Guillermo”.

Pero las fotos o videos sobre sus escenas íntimas captadas con consentimiento pero sin intención de difundirlas no parecen quedar dentro del párr. 1º. Por otra parte, lo importante del supuesto que analizamos no es tanto la captación o apoderamiento (generalmente consentida), sino la difusión no autorizada de algo que debe quedar en la vida privada de las personas.

La norma proyectada tal vez debería incluir en un nuevo párrafo la publicación o difusión de la imagen como una acción separada de la captación en sí misma, es decir, una alternativa a la violación a la privacidad, como sucede con el delito de violación de correspondencia que separa el acceso de la publicación. Y, además, cabría diferenciar si es el mismo sujeto que la publica o un tercero.

Entendemos que en el proyecto de reforma el verbo *apoderarse* no es utilizado en el sentido de la acción del hurto, sino en el sentido de copiar digitalmente el contenido. Es que no tiene otra interpretación en la edad actual dicho término cuando la mayoría de supuestos de captación de la imagen será en formato digital y almacenada en medios electrónicos. Esto lleva a que el apoderamiento de la imagen muchas veces no implica desapoderar a su titular, sino simplemente hacer una copia digital del archivo.

4 Fundamentos para penalizar la difusión no autorizada de videos o imágenes íntimas

4.1. La privacidad frente a las nuevas tecnologías

El primer fundamento para penalizar los actos de *revenge porn* es el derecho a la intimidad de las personas cuya imagen es difundida sin permiso.

La viralización de Internet hace que estas imágenes privadas puedan llegar a millones de personas, humillando y estigmatizando a la víctima al darse a conocer aspectos de su vida íntima que deben quedar en reserva. Está en juego la tutela de la dignidad humana, punto central de los derechos personalísimos reconocidos por la normativa de derecho privado⁽⁸⁵⁾.

En la sociedad de la información el individuo sigue teniendo el dominio sobre sus datos personales, lo que incluye el control sobre su propia imagen, y ello le da derecho a decidir cuándo y dónde esta puede ser publicada salvo las excepciones previstas en el Código Civil⁽⁸⁶⁾. Difundir sin permiso escenas íntimas, dado el enorme daño que provocan, es una forma de dificultar este derecho a controlar la información personal sobre una persona y constituye una seria lesión a la intimidad que merece sanción penal. Esta sanción no es posible por las razones ya expuestas. La propuesta que aquí realizamos tiene por finalidad cumplir con tratados internacionales y cubrir el vacío en el Código Penal.

Legislar este aspecto de la imagen, como todo lo que ocurre con las nuevas tecnologías, no es tarea fácil. Dada la amplia difusión del uso de videocámaras, celulares, aplicaciones móviles y redes sociales, el uso de la imagen estática o en movimiento se ha expandido enormemente. Cualquiera puede captar y subir una imagen *online* en segundos y compartirla con millones de personas. Pero ello no implica que el derecho a la imagen deba quedar anulada o porque ahora resulta más fácil su infracción.

La libertad de expresión no se extiende a divulgar la vida privada e íntima de las personas, y no existe ningún interés público que justifique publicar o dar a conocer escenas íntimas de dos personas adultas manteniendo una relación sexual. De una exégesis de la ley 11.723 (art. 31) se extrae que el legislador ha prohibido –como regla– la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho⁽⁸⁷⁾. Este interés general no estará presente en el supuesto que analizamos.

(85) Art. 52 del cód. civil y comercial: “Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1º”.

(86) Art. 53 del cód. civil y comercial: “Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”.

(87) CS, 28-6-88, “Lambrechi, Norma Beatriz y otra c. Wilton Palace Hotel y otro”, Fallos: 311:1171.

Creemos que resulta necesario sancionar penalmente la publicación en Internet de imágenes de connotación sexual sin el consentimiento del involucrado.

Los males sociales se verán siempre reflejados en la red y deben prevenirse las formas de combatirlos pues el efecto es mucho mayor que en el mundo *offline*.

4.2. La normativa de violencia de género

Tal como sostuvimos en otra oportunidad⁽⁸⁸⁾, el principal fundamento para penalizar el *revenge porn* es la normativa de violencia de género contenida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como “Convención de Belem do Pará”). En la Argentina, la ley 24.632 aprobó esta Convención, que forma parte del derecho interno argentino.

Entendemos que esta norma es relevante, pues la mayoría de los casos de *revenge porn* tiene como víctimas a mujeres⁽⁸⁹⁾.

Según la definición dada por la Convención, la *violencia contra la mujer* incluye daño o sufrimiento psicológico a la mujer, lo que puede ocurrir sin lugar a dudas con la difusión no autorizada en Internet de imágenes íntimas que originalmente fueron captadas con su consentimiento⁽⁹⁰⁾ pero sin su autorización para la difusión posterior.

La Convención también dispone que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3º).

Finalmente, la Convención requiere a los Estados firmantes poseer recursos judiciales de protección⁽⁹¹⁾ de estos derechos e incluso sanciones penales⁽⁹²⁾. Nuestra opinión es que esta Convención debe ser la base para la figura penal que analizamos.

El intento y la propuesta de penalizar los actos de *revenge porn* ha tenido fuerte respaldo en el movimiento que impulsa normas de género⁽⁹³⁾.

Es cierto que los tipos penales relacionados con la violencia de género han sido criticados en alguna oportunidad por su desigualdad, sin embargo, entendemos que el justificativo de darles un tratamiento diferente reside en amparar estas situaciones que son más graves y reprochables socialmente y que en la práctica son las que más frecuentemente tienen lugar.

Otra justificación de la necesidad de penalizar estas conductas está dada por la ineficacia de las figuras civiles. La sanción civil es pecuniaria y llega tarde, junto con una cautelar que nunca va a lograr limpiar de Internet todas las imá-

(88) PALAZZI, PABLO A., *Introducción al problema del revenge porn*, Working Paper N° 1 del Programa de Derecho de Internet de la Universidad de San Andrés, abril 2015, y nuestra nota *Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular y el problema del “revenge porn”*, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 8, 2015, págs. 1587/1598.

(89) CITRON, DANIELLE K., *Are Men Really Harassed Online More Than Women?*, Forbes, 9-5-14. La columnista Jill Filipovic destacó en el diario inglés The Guardian: “No existen webs populares de porno vengativo con fotos de hombres desnudos porque como sociedad no pensamos que sea degradante o humillante que un hombre sea sexualmente activo [...] En el fondo, las webs de ‘revenge porn’ no son sobre chicas desnudas; para eso ya hay muchas en las que posan con su consentimiento. Todo esto trata sobre odiar a las mujeres, divertirse viendo cómo se viola su intimidad e hiriéndolas”. Cfr. FILIPOVIC, JILL, “Revenge porn” is about degrading women sexually and professionally, The Guardian, 28-1-13. Ver también la nota de VALENTI, JESSICA, *What’s Wrong With Checking Out Stolen Nude Photos of Celebrities*, The Atlantic, 1-9-14.

(90) El art. 2º de la Convención señala que “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual...”.

(91) El art. 4º establece que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: (...) b. el derecho a que se respete su integridad (...) psíquica y moral, (...) e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; (...) g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos...”.

(92) Cfr. art. 7º: “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad...”.

(93) RAMÍREZ, NOELIA, *La rebelión femenina contra el porno vengativo en internet*, El País, 30-1-13, y la obra de CITRON, DANIELLE K., *Hate Crimes in cyberspace*, Harvard, 2014, págs. 143/166.

genes, que podrán seguir apareciendo sin límite de tiempo alguno⁽⁹⁴⁾. Por otra parte, la protección que en este ámbito de la privacidad otorga el derecho penal es más que necesaria, como claramente lo ha señalado la doctrina civilista⁽⁹⁵⁾.

4.3. Libertad de expresión y falta de interés público

El tercer argumento es un argumento negativo, relativo a la falta de interés público en la publicación o difusión de estas imágenes que forman parte de la vida privada de las personas. Nadie puede argumentar interés legítimo alguno para difundirlas. La libertad de expresión en este caso debe ceder frente a la privacidad del contenido.

En Estados Unidos se ha escrito mucho sobre este conflicto con otros derechos. El problema se presenta porque en este país el discurso verdadero tiene protección constitucional. La foto en un caso de *revenge porn* es verdadera, y no hay una excepción legal prevista para justificar su supresión o penalizar a quien la difunde. El mejor ejemplo es el caso del *hate speech* en Estados Unidos. Se suele argumentar que, sin protección constitucional para el *hate speech*, no habría “mercado de las ideas” sobre, por ejemplo, las ideas nazis. Se sostiene que para amparar el discurso que la sociedad encuentra aceptable, también se debe amparar el discurso que la sociedad encuentra repugnante. Esto incluye el discurso sin valor, tal como el *hate speech* o la pornografía⁽⁹⁶⁾.

Entendemos que no cabe *ab initio* tener una postura negativa a este tipo de normas, que pueden convivir con la libertad de prensa si se logra encontrar un estándar adecuado para permitir que sobreviva.

Siempre ha existido y va a existir una tensión *natural* entre la libertad de información (y de prensa) y la protección de la vida privada. Pero encontramos que no hay contradicción, pues estas escenas íntimas carecen de interés público alguno, salvo el morbo del público consumidor de esta clase de imágenes, que no podrá invocar derecho alguno de acceso a ellas.

La falta de interés público de las imágenes relacionadas con actos de *revenge porn* se evidencia en los recientes cambios de las políticas de los principales intermediarios de Internet que prohíben expresamente escenas de desnudos.

Durante los años 2014 y 2015, ante el debate existente en la sociedad estadounidense, los intermediarios de Internet han dado un paso más. Así, diversas empresas del mundo *online*, como ser Reddit⁽⁹⁷⁾, Twitter⁽⁹⁸⁾ o Facebook⁽⁹⁹⁾, han prohibido en sus Términos y Condiciones en forma expresa las imágenes relacionadas con actos de *revenge porn*.

Los buscadores –por ejemplo, Google⁽¹⁰⁰⁾– también tomaron la iniciativa de reconocer en forma expresa que aceptarían reclamos de remoción de imágenes de *revenge porn*, como ya viene haciendo con otra clase de información sensible, tales como firmas, tarjetas de crédito y otros datos que pueden causar perjuicio si permanecen en la red y son usados sin permiso⁽¹⁰¹⁾. En el blog de Políticas Públicas de Google⁽¹⁰²⁾ se puede leer que, luego de reconocer

(94) Ver los casos comentados por DANIELLE CITRON que incluyen acosos por años en la web. CITRON, DANIELLE K., *Hate Crimes...*, cit., págs. 35/72.

(95) BORDA, GUILLERMO A., *Una ley estéril*, ED, 67-581 (1976). El autor, al comentar la reforma del Código Civil que introdujo el art. 1071 bis –reconocimiento expreso del derecho a la privacidad–, sostuvo: “La turbación de la intimidad debería ser incriminada como delito. Solo así es posible concebir la esperanza de que la protección legal sea efectiva”.

(96) DELGADO, RICHARD - STEFANIC, JEAN, *Must We Defend Nazis?: Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, NYU Press, pág. 153; HEINS, MARJORIE, *Banning Words: A Comment on “Words That Wound”*, 18 Harv. C.R.-C.L. L. Rev., 1983, págs. 585/592; STROSSEN, NADINE, *Hate Speech and Pornography: Do We Have to Choose Between Freedom of Speech and Equality?*, 46 Case W. Res. 449, 458 (1996).

(97) SNYDER, BILL, *Twitter and Reddit ban “revenge porn” but what took so long?*, <http://www.cio.com/article/2896213/social-media/twitter-reddit-ban-revenge-porn-first-amendment.html>.

(98) TSUKAYAMA, HAYLEY, *Twitter updates its rules to specifically ban “revenge porn”*, Washington Post, 11-3-15.

(99) PRICE, ROB, *Facebook bans revenge porn in new Community Guidelines*, Business Insider, 16-3-15.

(100) GRANDONI, DINO, *Google to Remove “Revenge Porn” Images From Search Results*, New York Times, 19-7-15.

(101) SINGHAL, AMIT, *“Revenge porn” and Search*, <http://googlepublicpolicy.blogspot.com.ar/2015/06/revenge-porn-and-search.html>, post del 19-6-15.

(102) En el *post* citado en la nota anterior se dice: “Our philosophy has always been that Search should reflect the whole web. But revenge porn images are intensely personal and emotionally damaging, and serve only to degrade the victims –predominantly women–. So going forward, we’ll honor requests from people to remove nude or sexually explicit images shared without their consent from Google Search results. This is a narrow and limited policy, similar to how we treat removal requests for other highly sensitive personal information, such as bank account numbers and signatures, that may surface in our search results”.

que el ideal de Google es incluir todo el contenido de la web sin limitaciones en las búsquedas, el fundamento de esta remoción se centró “en el daño que causa la difusión de estas imágenes”.

Es más, el caso de *revenge porn* es uno de los pocos supuestos en los cuales los buscadores han dejado de lado su rol pasivo de intermediarios y han comenzado activamente a remover resultados⁽¹⁰³⁾.

Estas conclusiones son aplicables en nuestro medio. Recordamos que el cons. 18 del fallo de la Corte Suprema en el caso “María Belén Rodríguez c. Google”⁽¹⁰⁴⁾ reconoce la libertad de expresión en Internet y la falta de responsabilidad objetiva de los buscadores, y menciona los casos de *pornografía infantil* y *los de publicación de imágenes de escenas íntimas* como claros supuestos en el que no es necesario esperar una orden judicial frente a un pedido de remoción de la persona afectada.

La Corte Suprema explicó –a manera de *obiter*– que estos casos son supuestos en el que el mero análisis de la imagen permite comprender que es ilegal su publicación. Por ende, se debe dar de baja en forma inmediata el contenido en cuestión sin esperar una orden judicial.

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, también podría ser posible pensar en una excepción para supuestos de interés público, como la que fue prevista por la ley 26.388 para el caso de publicación de correspondencia digital relacionada con asuntos de interés público⁽¹⁰⁵⁾. Creo que los casos serían excepcionales, pero deberían estar presentes.

La norma que se redacte debería aclarar de alguna forma algo obvio: el hecho de que los intermediarios de Internet no son responsables pues actúan en forma automatizada y sin posibilidad de control previo del contenido que se sube *online*, cuestión que ya los jueces están aplicando correctamente en materia de denuncias penales en casos de derecho de autor⁽¹⁰⁶⁾.

(103) GIBBS, SAMUEL, *Google removes results linking to stolen photos of Jennifer Lawrence nude*, The Guardian, 20-10-14.

(104) CS, “María Belén Rodríguez v. Google y otro” (ED, 260-176), publicado en Revista Latinoamericana de Protección de Datos, cit., págs. 352/384, y nuestro comentario *El fallo de la Corte Suprema de Argentina en el caso Google, la creación pretoriana de un procedimiento de “notice & take down” y su impacto en la protección de datos personales*, en pág. 385 de la misma publicación.

(105) Para un listado de indicios para determinar cuándo puede haber interés público en casos de tutela de la vida privada, ver PALAZZI, PABLO, *Publicación de un correo electrónico con contenido de interés público: el conflicto entre privacidad y la libertad de expresión en Internet*, ED, 257-203 (2014).

(106) Ver, por ejemplo, CNCrim., sala V, 28-10-13, “P., L.”, LL, 2013-F-452 y LL, 2014-C-63, y en similar sentido el caso que involucró a “Kodama vs. Taringa”, CNCrim., sala I, 5-5-15, DJ 30-9-15, pág. 63, cita *online* LL, AR/JUR/8607/2015.

También cabe la posibilidad de optar por la solución de Brasil en la Ley del Marco Civil de Internet.

El problema de esta regulación es que se basa en que los intermediarios son responsables a menos que remuevan el contenido, cuando en realidad nunca deberían ser responsables del contenido subido por terceros.

La ley brasileña ya citada⁽¹⁰⁷⁾ les quita la inmunidad si no remueven el contenido en forma sumaria, por lo cual crea un incentivo para actuar con rapidez. Si bien nos referimos exclusivamente a la responsabilidad penal, lo cierto es que no puede ponerse en cabeza del intermediario la posible sanción penal a menos que “actúe rápidamente y remueva el contenido”, pues ello plantea serios problemas interpretativos respecto al dolo propio de la figura que estudiamos.

4.4. Nuestra propuesta

Según nuestro punto de vista, la legislación penal debe amparar la imagen a través de dos figuras distintas que ya están contempladas en el derecho comparado.

La primera es la captación no autorizada de la imagen mediante dispositivos tecnológicos en lugares privados y *sin consentimiento* del titular de la imagen⁽¹⁰⁸⁾.

La segunda figura debe apuntar a amparar al sujeto contra la difusión no autorizada de la imagen que originalmente se captó *con su consentimiento* pero en un lugar privado, y en el que el contexto daba a entender que no debían difundirse, pues eran escenas íntimas y el titular se vería gravemente afectado en caso de su difusión⁽¹⁰⁹⁾.

Los elementos del delito de revelación no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*) son los siguientes: (i) se difunden o revelan imágenes captadas con consentimiento, (ii) son imágenes o videos íntimos, de contenido sexual o de poses, pero en las que el propio contenido de la imagen da a entender que su difusión afecta gravemente la priva-

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

(108) Receptada en numerosas legislaciones, por ejemplo: art. 226-1 del cód. penal francés.

(109) Receptada en numerosas legislaciones, por ejemplo: cerca de una veintena de estados en los Estados Unidos de América; sección 33-35 de la Criminal Justice and Courts Act 2015 del Reino Unido; art. 56 de la ley de privacidad de Nueva Zelanda; art. 197 del cód. penal español.

cidad de la víctima, (iii) la difusión es sin autorización del sujeto pasivo, (iv) esa divulgación afecta gravemente su privacidad, (v) no se requiere una intención especial ni un ánimo de venganza (lo cual sería muy difícil de probar pero, por otra parte, está implícito en la mayoría de los casos), (vi) la existencia de lucro puede funcionar como agravante pero no debe integrar la figura básica.

Numerosos autores coinciden en que la necesidad de un video íntimo de una persona, además de poder vulnerar el derecho a la propia imagen, supondría una vulneración del derecho a la intimidad de la persona si no se cuenta con su consentimiento⁽¹¹⁰⁾.

En función de todo lo expuesto proponemos agregar como art. 153 ter del cód. penal la siguiente figura: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones de audio o audiovisuales de aquella, que hubiera obtenido con o sin su consentimiento en un lugar privado, cuando la divulgación menoscabe gravemente la privacidad de esa persona”.

5 Conclusiones

La difusión de imágenes íntimas en Internet constituye una grave afectación del derecho a la privacidad.

De todas las imágenes que puedan existir de una persona, esta clase de datos son los más íntimos. Lo único que desea la víctima en estos casos es lograr retirar de Internet sus fotos íntimas. El castigo del culpable suele quedar en segundo lugar frente a esta urgente necesidad de limpiar la web de sus datos y contenidos privados. Pero las cautelares suelen ser difíciles de obtener e implican involucrar a intermediarios de Internet que no tienen relación alguna con el hecho ilícito. Por otra parte, la legislación civil ya cubre adecuadamente este tipo de hechos ilícitos, no así la penal, lo cual es un vacío que debe ser remediado con la modificación de los Códigos Penales.

VOCES: INTERNET - INFORMÁTICA - TECNOLOGÍA - DAÑO MORAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - INTIMIDAD - PERSONA - DERECHO CONSTITUCIONAL

(110) CITRON, DANIELLE - FRANKS, MARY A., *Criminalizing Revenge Porn*, Wake Forest Law Review, vol. 49, 2014, pág. 345; LARKIN, PAUL, *Revenge Porn, State...*, cit.; LEVENDOWSKI, AMANDA, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law, vol. 3, 2014; BAMBAUER, DEREK, *Exposed*, 98 Minnesota Law Review 2025 (2014), Arizona Legal Studies Discussion Paper N° 13-39; VARGAS DE BREA, PAULA, *La regulación de la pornografía no consentida en la Argentina*, Paper del CELE, diciembre 2015; PALAZZI, PABLO, *Protección penal...*, cit.; TOURIÑO, ALEJANDRO, *El derecho al olvido...*, cit., pág. 53.

Disolución del matrimonio en el Código Civil y Comercial. Primeros pronunciamientos jurisprudenciales

por MARCO A. RUFINO

(Conclusión del diario del 1° de marzo de 2016)

D) Consecuencias dañosas de la ruptura del vínculo matrimonial

87 – A pesar de que, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, se han eliminado las causales subjetivas para pedir el divorcio, dada la expresa

consagración constitucional del *alterum non laedere* que contiene nuestra Constitución Nacional en su art. 19, cabe considerar que si el obrar de un cónyuge produjere daño al otro, tendrá este la posibilidad de reclamar su indemnización por vía del régimen general de responsabilidad que el propio Código prevé, excepto los derivados de la condición de “culpable”, al no existir ya dicha categorización

(C¹CC Bahía Blanca, sala I, agosto 28-2015. – A., C. G. c. R., C. E. s/divorcio). ED, 264-318.

88 – Resulta procedente que por vía de las prescripciones emanadas de los arts. 438, 439/440 y 441/445 del nuevo cód. civil y comercial queden zanjadas todas las cuestiones y consecuencias a que pudiere dar lugar la ruptura del vínculo matrimonial por efecto del divorcio (C¹CC Bahía Blanca, sala I, agosto 28-2015. – A., C. G. c. R., C. E. s/divorcio). ED, 264-318.

89 – La “compensación económica” y “atribución de la vivienda” a que se refieren los arts. 441 a 445 del nuevo cód. civil y comercial no cierran la posibilidad de que los

EDICTOS

CITACIONES	
El Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial N° 9, Secretaría única del Departamento Judicial de San Martín cita a CALCICO SOCIEDAD ANONIMA o a quien se considere con derecho para que se presente a contestar demanda y a estar a derecho en los autos caratulados: “ACUÑA JOSÉ CEFERINO ANGEL Y OTRO C/ PEREZ LACREU JOSE LUIS y OTROS S/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 63165) en el término de diez días, bajo apercibimiento de designarle Defensor Oficial. El presente debe publicarse por dos días en el diario El Derecho de Ciudad	Autónoma de Buenos Aires. Gral. San Martín, 5 de febrero de 2016. María Cecilia Gariglio , sec. I. 2-3-16. V. 3-3-16 291
	El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 90, sito en Avda. de los Inmigrantes 1950 Piso 4º, C.A.B.A., en los autos “Tierras y Balneario Mar de Ajo SRL c/ Lovrec Juan y otra s/ prescripción liberatoria” (Expte. 68808/09), cita a JUAN LOVREC y LEPOSAVA JANKOVIC de LOVREC para que se presenten a estar a derecho en el plazo de 5 días; haciéndose saber que atento lo dictaminado por

el Sr. Defensor de Incapaces y Ausentes no se le dará nueva intervención y notifica sentencia: “Buenos Aires, diciembre 27 de 2013.- Y VISTOS: ... RESULTA: ... Considerando: ... FALLO: 1) Rechazando la demanda impetrada por Tierras y Balneario Mar de Ajo S.R.L., contra Juan Lovrec y Leposava Jankovic de Lovrec por el objeto de la presente litis. 2) Costas a cargo del vencido conforme lo establecido en el art. 68 del C.P.C.C. 3) Difiero la regulación de honorarios para una vez firme la presente.- Cópiese. Regístrese. Notifíquese por Secretaría a las partes y éstas al Mediador interviniente y oportunamente archívese. Juan Manuel Converset (h) Juez Nacional en lo Civil”. El presente edicto debe-	rá publicarse por el término de 2 días en El Derecho. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2015. Gustavo Alberto Alegre , sec. I. 2-3-16. V. 3-3-16 292
	CIUDADANÍA El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 3, a cargo del Dr. Roberto R. Torti , Secretaría N° 6, a cargo interinamente de la Dra. María Florencia Millara , sito en Libertad 731, piso 4to. de esta Ciudad, hace saber que el Sr. LORENZO FONSECA DAGMAR, DNI. 95.230.818 de nacionalidad cubana, ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para

la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 24 de febrero de 2016. María Florencia Millara , sec. int. I. 1-3-16. V. 2-3-16 5383	concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 28 de diciembre de 2015. Ana María Alvarez , sec. fed. I. 2-3-16. V. 3-3-16 5385
	SUCESIONES Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°40, Secretaría única, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de KOHAN, MARTIN para que hagan valer sus derechos. Publíquese por tres días. Buenos Aires, 16 febrero de 2016. Silvia C. Vega Collante , sec. I. 2-3-16. V. 4-3-16 5386



EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

cónyuges ejerciten una eventual acción de daños, no ya con fundamento en el divorcio o la imputación de su causal, sino sobre la base del régimen general que proscribe todo daño a la persona (del voto del doctor RIBICHINI) (*CI^oCC Bahía Blanca, sala I, agosto 28-2015.* – A., C. G. c. R., C. E. s/divorcio). ED, 264-318.

90 – Al instaurarse un régimen de divorcio incausado, los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de responsabilidad civil son aquellos que no encuentran su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que emanan de él, sino en la condición de persona (*STJ Entre Ríos, sala Civil y Comercial, octubre 29-2015.* – L., I. N. c. G., H. O. A. M. s/ordinario divorcio). ED Digital (84012).

V. Cuestiones procesales

A) Competencia territorial

91 – En un juicio de divorcio, el art. 227 del cód. civil derogado atribuía competencia territorial al juez del último domicilio conyugal o el del demandado; el art. 1727 del cód. civil y comercial añade la alternativa de que pueda serlo el juez de cualquiera de los domicilios si la presentación es conjunta (*Tribunal de Familia de Formosa, agosto 18-2015.* – F., A. M. c. I., L. R. s/divorcio por causal objetiva).

92 – El carácter unilateral de la petición de divorcio no puede ser fundamento para vulnerar el principio de contradicción o bilateralidad, principio que se erige como uno de los pilares del debido proceso y tiene raigambre constitucional al entenderse implícito en la garantía del derecho de defensa en juicio del art. 18 de la CN, y dicha bilateralidad implica que deben ser oídas las partes antes de que el juez dicte una resolución u ordene una diligencia (*CNCiv., sala H, octubre 15-2015.* – S., M. c. D. R. T., G. s/divorcio art. 214 inc. 2º Código). ED Digital (85302). (*CNCiv., sala J, diciembre 11-2015.* – F., I. c. N., N. s/divorcio). ED Digital (85570).

B) Traslado de la petición unilateral de divorcio al otro cónyuge

93 – En razón de que el principio de bilateralidad se vincula íntimamente con la garantía constitucional de defensa en juicio, toda vez que la sentencia de divorcio involucra, sin lugar a dudas, al cónyuge demandado, corresponde el previo traslado de la petición del otro cónyuge, más allá del carácter unilateral de la petición (*CNCiv., sala H, octubre 15-2015.* – S., M. c. D. R. T., G. s/divorcio art. 214 inc. 2º Código). ED Digital (85302). (*CNCiv., sala J, diciembre 11-2015.* – F., I. c. N., N. s/divorcio). ED Digital (85570).

C) Recurso de apelación

1. Cuestiones no planteadas en la instancia de grado

94 – Atento a que la parte actora, que es la única que podría considerarse perjudicada por el rechazo de las causales de adulterio y abandono rechazadas, así como también por el rechazo de la pretensión accesoria del daño moral, no ha recurrido el decisorio que hizo lugar a la demanda de divorcio únicamente por la causal de injurias graves por ella invocada, de conformidad con el principio consagrado por el art. 264 del cód. procesal civil está vedado, en la instancia de apelación, tratar tales cuestiones; razón por la cual la materia de los agravios debe limitarse a los expuestos y desarrollados por la demandada en su queja (del voto en disidencia del doctor PACELLA) (*CApel. CC Corrientes, sala III, septiembre 1-2015.* – E., S. L. c. J., C. B. s/divorcio vincular). ED, diario nº 13.845 del 2-11-15.

2. Cuestiones que devienen abstractas

a) Rechazo de la demanda de divorcio con fundamento en la causal de injurias graves

95 – Toda vez que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, de aplicación al *sub lite*, ha eliminado las

causales de divorcio que antes contemplaba el Código Civil derogado (art. 4º, ley 26.994) y que dieron sustento a la sentencia en crisis, cabe concluir que deviene abstracta la consideración de los agravios traídos por el apelante respecto del rechazo de su demanda de divorcio con fundamento en la causal de injurias graves, pues el divorcio, que ambas partes pidieran en demanda y reconvencción con sustento en aquellas causales, hoy en día debe decretarse atendiendo a la voluntad de ambos cónyuges de poner fin al matrimonio (arts. 437 y 438, párrs. 4º y 5º, cód. civil y comercial) (*CI^oCC Bahía Blanca, sala I, agosto 28-2015.* – A., C. G. c. R., C. E. s/divorcio). ED, 264-318.

D) Costas

1. Imposición en el orden causado

a) Divorcio vincular sin atribución de culpa ni declaración de inocencia

96 – Las costas de un proceso de divorcio que se resolvió como sin expresión de causa –y que en primera instancia se disolvió el vínculo matrimonial entre ambos cónyuges por la causal de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar por culpa exclusiva del marido– deben ser impuestas por su orden en ambas instancias; ello atento a la naturaleza de la cuestión debatida, cómo se resolvió en definitiva y lo novedoso de la cuestión (art. 68, párr. 1º, cód. procesal civil y comercial de la Nación) (*CApel. Civ., Com. y de Familia Lomas de Zamora, sala I, agosto 13-2015.* – A., A. L. c. C., R. s/divorcio contradictorio). ED, 264-216.

97 – En un proceso en el que se modificó la sentencia apelada de primera instancia, en el cual se dejó sin efecto el divorcio decretado por las causales de injurias graves y adulterio, así como también el rechazo de la reconvencción, y se decretó el divorcio en los términos del art. 437 del cód. civil y comercial de la Nación, solución a la que se arribó con motivo del cambio de legislación, las costas de ambas instancias, tanto por la demanda como por la reconvencción, han de ser impuestas por su orden (arts. 68 y 274, cód. procesal civil y comercial) (*CI^oCC San Isidro, sala I, noviembre 30-2015.* – K. S. L. c. Z. D. A. s/divorcio contradictorio).

98 – Atento a que el pronunciamiento de la Alzada se dictó a la luz del nuevo ordenamiento jurídico, en el cual han quedado eliminadas las causales subjetivas de divorcio, al modificarse como consecuencia la sentencia de grado y decretarse un decisorio que dispuso el divorcio vincular de las partes, sin atribución de culpa ni declaración de inocencia, las costas de la primera instancia y de segunda instancia deben imponerse en el orden causado (del voto en disidencia de la doctora POLITINO) (*CApel. Familia Mendoza, septiembre 2-2015.* – M., F. A. c. A., I. s/divorcio vincular contencioso). ED Digital (83966).

99 – Las costas de un proceso de divorcio que se resolvió como sin expresión de causa –y que en primera instancia disolvió el vínculo matrimonial entre ambos cónyuges por la causal de injurias graves, adulterio y abandono voluntario y malicioso del hogar por culpa exclusiva del marido– deben ser impuestas por su orden en ambas instancias, pues el cambio en la legislación de fondo –entrada en vigencia del Código Civil y Comercial– que resuelve el caso y la forma como se decide justifica la indicada solución (art. 67, segunda parte, cód. procesal civil y comercial) (*CApel. CC Salta, sala IV, septiembre 7-2015.* – M. de C., M. c. C., T. L. s/divorcio). ED, 264-405.

100 – En un proceso de divorcio contencioso iniciado antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, pero sentenciado bajo la vigencia del nuevo ordenamiento como divorcio sin expresión de causa, las costas del proceso deben ser impuestas por el orden causado y las comunes, por mitades (art. 68, párr. 1º, cód. procesal civil y comercial), pues sería un contrasentido analizar la razón que al accionante le asistió para plantear la culpabilidad del otro cónyuge solo para decidir la imposición de costas,

cuando ello está vedado por la legislación de fondo vigente para resolver lo principal, que es el divorcio vincular (*Juzgado Civil, Comercial y Laboral Monte Caseros, Corrientes, agosto 3-2015.* – Z., A. K. c. R., C. G. s/divorcio vincular). ED, 264-83.

b) Convicción razonable de las partes acerca de la cuestión controvertida

101 – Corresponde confirmar la resolución de la anterior instancia que impuso las costas en el orden causado, pues si bien –en el caso concreto– puede decirse que, tratándose de una cuestión jurídica o fáctica compleja, ello pudo suscitar dudas a las partes acerca de su derecho para peticionar como lo hicieran, por lo que cabe considerar que actuaron sobre la base de una convicción razonable acerca de esta cuestión controvertida, puede considerarse también que la demanda de divorcio prosperó y que el hecho de que la demandada introdujera determinadas cuestiones en su escrito derivó en la prosecución y dilatación del proceso (*CNCiv., sala J, agosto 24-2015.* – P. M., F. c. G., M. R. s/divorcio). ED, 264-123.

c) Tramitación de un proceso que deviene abstracto

102 – En principio, y conforme a la doctrina y jurisprudencia, deben imponerse en el orden causado los accesorios que derivan de la tramitación de un proceso que resulta absolutamente modificado, porque la aplicación de la nueva normativa trae como consecuencia la abstracción de la discusión que venían sosteniendo las partes (*Primera Cámara en lo Civil de San Rafael, Mendoza, septiembre 16-2015.* – M., O. A. c. C., M. p/divorcio contencioso).

103 – La imposición de costas en el orden causado cuando la cuestión por resolver ha devenido abstracta no puede aplicarse en forma automática, sino que corresponde analizar, previamente y en función de las particularidades que se presentan en cada proceso, si resulta más equitativo que la imposición se efectúe de otra manera; por ejemplo, cuando la causa se encuentra en un estado en que resulta posible advertir que una de las partes litigó con absoluta razón por hallarse al amparo de una normativa vigente que, *a posteriori*, resulta modificada (*Primera Cámara en lo Civil de San Rafael, Mendoza, septiembre 16-2015.* – M., O. A. c. C., M. p/divorcio contencioso).

2. Imposición al recurrente

a) Incidente de nulidad y recurso de apelación

104 – Advirtiéndose en el caso la sinrazón de la demandada recurrente, quien en modo alguno había visto privado su derecho de defensa, que es el único interés tutelado por el incidente de nulidad rechazado por el juez *a quo*, y, que de no haberse vuelto abstracta la cuestión por resolver como consecuencia de la nueva normativa aplicable al caso hubiese correspondido el rechazo del recurso de apelación, debe mantenerse la imposición de costas efectuada en primera instancia e imponerle a la recurrente las producidas en esta (*Primera Cámara en lo Civil de San Rafael, Mendoza, septiembre 16-2015.* – M., O. A. c. C., M. p/divorcio contencioso).

105 – En un caso en el que se ha agotado la labor de las partes en dos instancias –incidente de nulidad y recurso de apelación–, existen elementos que permiten evaluar la razón que asistió a uno de los litigantes para promover o defenderse en tales instancias al amparo del Código Civil derogado, al solo efecto de determinar la imposición de las costas, es decir, eximir de ellas a quien litigó con razón e imponerlas a la contraria. Más aún cuando lo debatido fue solo una cuestión procesal (*Primera Cámara en lo Civil de San Rafael, Mendoza, septiembre 16-2015.* – M., O. A. c. C., M. p/divorcio contencioso).

VOCES: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DIVORCIO - FAMILIA - MATRIMONIO - SOCIEDAD CONYUGAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - COSTAS - CÓDIGOS