Bogotá D.C., 27 de Agosto de 2019

Congreso de la República
Cámara de Representantes
Comisión Primera Constitucional Permanente

REF: Comentarios a la ponencia para primer debate en cámara del PL 408/2019C

Cordial saludo,

La Fundación Karisma, Sentiido, la Fundación para la Libertad de Prensa FLIP, Colnodo y la Mesa por el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencias todas organizaciones de la sociedad civil en Colombia, nos permitimos presentar comentarios sobre el trámite del proyecto de ley No. 408/2019C "Por medio de la cual se adoptan disposiciones de fortalecimiento de seguridad ciudadana".

Quienes suscribimos los siguientes comentarios expresamos nuestro interés y preocupación por la modificación que introduce el proyecto de ley en el texto actual del Código Penal a través del proyecto de artículo 7, que crea el delito de "violación a la intimidad sexual" y que ya fue aprobado en segundo debate en Senado en Gaceta 349/2019 del 14 de mayo de 2019.

Creemos que en el debate legislativo deben considerase los comentarios anexos que fueron elaborados en conjunto por diversas organizaciones de la sociedad civil con conocimiento en derechos humanos y género, y que estiman que la creación de un delito de esta naturaleza tendría un alcance más eficaz en la medida en que:

1. Se cambie el título del nuevo delito por el de "difusión no consentida de contenido sexual". Esta denominación armoniza con la naturaleza esencial del delito y, además, de con la tipología de la conducta que ha sido incluida en los códigos penales de otros países de la región.
2. Se elimine la expresión "con el propósito de causar daño" porque se entiende que toda difusión por el hecho de no ser consentida constituye *per se* prueba material de la intencionalidad de causar daño.
3. Se elimine la expresión "íntimo o" dado que puede llegar a generar confusiones interpretativas.
4. Debe incluirse el formato audio a aquellos otros que pueden tener contenido sexual y ser difundidos sin consentimiento de la víctima.
5. Se modifique la redacción del tercer inciso en el que se introduce un aumento de pena en caso de que el sujeto activo de la conducta sea un expareja, excompañero permanente y

excónyuge, puesto que el mayor reproche debe motivarse en el abuso de la confianza depositada por la víctima en el victimario sea que el vínculo relacional se encuentre vigente o no.

6. Se incluya un exonerante de responsabilidad para la difusión de imágenes con contenido sexual que tiene lugar con fines periodísticos.

Esperamos poder enriquecer el debate legislativo con nuestros aportes y estaremos al pendiente en caso de que sea preciso ampliar con mayor detalle las consideraciones anexas a esta carta.

Cordialmente,

Fundación Karisma
Carolina Botero - carobotero@karisma.org.co
Directora

Colnodo - Campaña Dominemos la Tecnología - Escuela de Seguridad Digital
Julián Casasbuenas - julian@colonodo.apc.org
Director

Fundación para la Libertad de Prensa
Pedro Vaca - director@flip.org.co
Director

Sentiido
Lina Cuellar - lcuellar@sentiido.com
Directora

Organización Mesa por el Derecho de las Mujeres a una Vida libre de Violencias (Mesa Ley 1257- Ley de No violencias contra las Mujeres)
Adriana Alquichides -
Secretaría Técnica

***

Comentarios sobre el artículo 7 del PL 408/2019C
"Por medio de la cual se adoptan disposiciones de fortalecimiento de la seguridad ciudadana"

El artículo 7 del proyecto de ley N. 408/2019C crea el delito de "Violación de la intimidad sexual" que adiciona el artículo 210 B al Código Penal) en su texto aprobado por Senado y publicado en la Gaceta 349 de 2019 expresa:

> *ARTÍCULO 210 B. VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD SEXUAL. El que con el propósito de causar un daño publique, divulgue, o revele, a través de cualquier medio o red de información o de comunicación, imágenes o grabaciones audiovisuales de la actividad sexual o con contenido íntimo o sexual de una persona, sin su autorización, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años. <u>En la misma pena incurrirá quien con el mismo propósito ofrezca o entregue a un tercero, sin autorización del sujeto pasivo, las imágenes o grabaciones audiovisuales referidas en este artículo".</u>*
>
> *<u>A la misma pena quedará sometido</u> quien, a modo de represión, retaliación o silenciamiento, o con el fin de obtener de la víctima algún tipo de provecho distinto al económico, la amenace con realizar alguna de las conductas descritas en este artículo.*
>
> *Cuando la conducta sea cometida por ex pareja, ex compañero permanente, o ex cónyuge la pena se aumentará hasta en una tercera parte.*
>
> *No habrá lugar a responsabilidad penal cuando el agente utilice dichos contenidos con la intención de denunciar ante las autoridades competentes situaciones de agresión o acoso de las que ha sido o es víctima."* (Énfasis original)

Consideramos muy positivo que el proyecto de ley se enfoque en castigar una conducta reprochable a la libertad sexual de las personas. La conducta que se propone sancionar puede derivarse de una práctica conocida como *sexting*, pero ambas no son equiparables.

El *sexting* o sexteo se refiere al envío de mensajes con contenido sexual a través de medios electrónicos. Son mensajes que una persona envía voluntariamente a otra, basándose en una relación de confianza, con la finalidad de despertar el deseo o atracción sexual en la persona receptora.

El *sexting* es parte de una serie de nuevas formas de experimentar la sexualidad a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). Aunque es una práctica legítima

propia de la libertad sexual, también implica riesgos. El peligro del *sexting* es que el material compartido puede ser difundido fácilmente y de forma amplia, de manera que la persona que inicialmente lo envía puede perder el control sobre la difusión de dichos contenidos.

La difusión no consentida de material sexual que inicialmente se había compartido en ejercicio de la libertad sexual es la actividad que puede convertirse en punible. Por eso, consideramos que la exposición de motivos del proyecto de ley usa erróneamente la expresión *sexting*, ya que, por sí misma, el sexting es solo una conducta legítima que hace parte del derecho que toda persona tiene a expresar su propia sexualidad a través de su apariencia, comunicación, comportamiento, etc., respetando el derecho de los demás.[1]

Sobre el hecho punible, somos de la opinión de que el bien jurídico a tutelar es la libertad sexual, que se inserta en la esfera de la las libertades personales. El contenido esencial del objeto jurídico de protección son las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. En ese sentido, nos parece acertado que el delito quede enmarcado dentro del Título IV sobre delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, conjunto de tipos penales que castigan conductas que, en la persona adulta, obstaculizan la libre opción sexual y, en la persona menor de edad, orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual.

La difusión no consentida de material con contenido sexual íntimo constituye un ataque contra la libertad sexual que se realiza sin violencia física y sin consentimiento de la víctima. Es decir, se viola la libertad sexual de una persona que decidió expresar su sexualidad a través de una imagen, grabación o contenido audiovisual que comunica por un medio electrónico.

Cuando un contenido erótico o sexual es difundido sin el consentimiento de la persona que originalmente lo envió, se viola su facultad de autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, a utilizar el propio cuerpo a voluntad sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, a seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, a hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las que no se desean. Es decir, que se quiebre la confianza que motivó el hecho inicial del envío de ese contenido al difundirlo sin el consentimiento de la víctima, sin tener la oportunidad de aceptar o rechazar la propuesta de divulgación a terceras personas. La difusión no consentida de contenido sexual íntimo significa, como en otros delitos, la imposibilidad de la víctima de negarse a una actividad sexual.

Vale la pena aclarar, sin embargo, que las buenas intenciones del proyecto de ley no deberían convertirse en un camino para callar denuncias o publicaciones legítimas que contengan material

[1] Asociación Mundial para la Salud Sexual. (2014). Declaración de los Derechos Sexuales, artículo 13. Disponible en https://bit.ly/1o1t03N.

que podría calificarse como de "contenido sexual". Estamos hablando, por ejemplo, de cuando una víctima de agresiones sexuales quiere hacer una denuncia y para ello hace público material con contenido sexual. O de cuando un medio de comunicación toma material como este tipo para hacer publicaciones legítimas y protegidas por la libertad de expresión.

Un ejemplo de esto es el "Caso Ruby": en 2009, el diario italiano *La Repubblica* informó que el entonces primer ministro de ese país, Silvio Berlusconi, había participado en una fiesta de celebración del cumpleaños número 18 de Noemi Letizia (apodada Ruby). A partir de esta publicación salieron a la luz múltiples fotos de Berlusconi participando de fiestas con menores de edad a las que se pagaban por asistir. Esto dio lugar a un proceso contra el exministro por abuso de poder e incitación a la prostitución de personas menores de edad. Aunque Berlusconi fue declarado inocente del cargo por prostitución, fue inhabilitado para ejercer la política por siete años.

Otro ejemplo es el del actual presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, quien en 2005 fue grabado hablando con un presentador de televisión. En la conversación Trump aseguró que debido a su fama podía hacer cualquier cosa a las mujeres: *"Yo solo empiezo a besarlas. Es como un imán. Solo besos. Yo ni siquiera espero. Y cuando eres una estrella, ellas simplemente lo hacen. Puedes hacer cualquier cosa [...] agarrarlas por el coño. Puedes hacer cualquier cosa".* Esta conversación, confirmada por el presentador, tuve alto cubrimiento mediático y fue usada durante el tiempo de campaña como prueba del machismo de Trump.

En estos casos, se hicieron públicos materiales que podrían ser calificados como de contenido sexual. De existir un delito de "violación de la intimidad sexual" tal y como hoy está establecido, la víctimas o periodistas podrían ser injustamente llevados a la justicia a pesar de hacer publicaciones legítimas. Por ello, recomendamos incluir un eximente de responsabilidad para estos casos.

Con fundamento en lo anterior, los siguientes son los comentarios al texto propuesto:

1. **Cambiar el nombre del delito por "difusión no consentida de contenido sexual".**

Si bien reconocemos que la difusión no consentida de este contenido tiene una importante afectación en la intimidad de la víctima, vemos como un desacierto que el tipo penal sea conocido como violación a la intimidad sexual. Por lo antes expuesto, recomendamos que el hecho punible se denomine **difusión no consentida de contenido sexual.** Además, creemos que así se ofrece mayor claridad sobre cuál es la conducta que se pretende castigar.

Es importante reiterar que cambiar el nombre del delito no significa ignorar que esto afecta la intimidad de las personas, lo que se pretende es poner énfasis en la acción que debe ser delito y no en la consecuencia que le genera a la víctima.

2. **Debe retirarse la expresión "con el propósito de causar un daño".**

Como se ve, el delito tendría dos formas. La primera es la difusión no consentida, pues, en sí mismo, es una violación de la libertad de la persona cuya vida sexual se expone, sin su consentimiento, frente a personas terceras a quienes no iba dirigido el material. Por eso, consideramos que sobra hablar del "propósito de causar un daño", ya que el daño consiste simplemente en que no se obtuvo consentimiento para compartir el material, no importa el propósito o motivación.

La segunda forma consiste en entregar u ofrecer este contenido -es decir, difundirlo- para obtener de la víctima un provecho distinto al económico. En este caso, se busca proteger la libertad en general, porque la difusión del material se puede usar como un medio para obtener algo.

3. **Retirar la expresión "íntimo o"**

Por otra parte, consideramos que la expresión "con contenido **íntimo o** sexual" que se encuentra en la descripción del tipo penal puede generar confusiones innecesarias. Debido a la ausencia de definición sobre qué se entiende por contenido íntimo, existe el peligro de que el delito pueda ser abusado y fuera del espíritu de la ley. Por ejemplo, que se utilice contra algún periodista que publique contenido considerado comúnmente como parte de la esfera de intimidad de una persona pública, pero que prueba algún abuso de poder, esquema de corrupción u otro ilícito (ej. trata de personas).

Por estas razones, recomendamos suprimir la palabra "íntimo" y la conjunción "o" para que la frase quede como "con contenido sexual". Hacemos notar que esta es la descripción adoptada en el artículo 10 del proyecto de ley cuando se refiere al agravante para el delito de extorsión (artículo 245 del Código Penal).

4. **Debe cambiarse la redacción del tercer inciso que aumenta la pena para exparejas, excompañeros permanentes y excónyuge.**

La agravante que presenta el proyecto de ley es inadecuada (o al menos incompleta) porque no tiene en cuenta a la totalidad de sujetos que debería cobijar. Este tipo de agravantes se fundamentan en lo que la teoría penal llama "desvalor de exigibilidad". El desvalor de exigibilidad indica que a cierta persona con determinadas calidades le es más exigible que a otras

no cometer el delito y, por tanto, en caso de que lo cometa, su pena será mayor que la pena de quien no ostente esas calidades.

Pensemos, por ejemplo, en las agravantes de los delitos cuando el sujeto activo es un servidor público -le es más exigible al servidor público cumplir con la ley. En este caso, la norma parece sugerir que es más exigible que la expareja no cometa el delito, lo que es entendible (y debatible). En todo caso, si a la expareja le es más exigible no cometer el delito, también es cierto que a la pareja actual le es mucho más exigible no cometer el delito, por tal motivo, la agravante también debería cobijar este escenario.

5. **Debe poder además contemplarse otro tipo de formato distinto al meramente audiovisual**

El formato "audiovisual" al que hace alusión la ponencia constituye una limitante ante los distintos tipos de formatos en los que puede capturarse información de contenido sexual de la víctima. La expresión "audiovisual" sólo permitirá al juzgador considerar como delictiva la difusión no consentida de videos con audio, dejando por fuera de la norma los escenarios en los que la difusión no consentida de audios vulnere el derecho a la intimidad de la persona.

6. **Incluir un exonerante de responsabilidad para actividad periodística**

Como se explicó anteriormente, la redacción actual del artículo podría llevar a la judicialización injusta de personas que hacen publicaciones legítimas de material que podría calificarse como de contenido sexual, como víctimas de agresiones sexuales o periodistas que las denuncian. Por ello, recomendamos incluir un eximente de responsabilidad en los casos en los que se hagan publicaciones en ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos.

Si bien la redacción actual de la norma incluye un eximente de responsabilidad penal, la misma solo contempla los eventos de denuncia ante "autoridad competente", que excluye de plano la actividad periodística.

Recomendación final:

Recomendamos se extienda la siguiente proposición modificatoria del artículo 7 del Proyecto de Ley N. 408/2019C "Por medio de la cual se adoptan disposiciones de fortalecimiento de seguridad ciudadana":

Proposición modificatoria

Modifíquese la redacción del artículo 7 del Proyecto de Ley No. 408/2019C "por medio de la cual se adoptan disposiciones de fortalecimiento de seguridad ciudadana" así:

Redacción aprobada en Senado	***Redacción sugerida***
ARTÍCULO 210 B. ~~VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD SEXUAL.~~ El que ~~con el propósito de causar un daño~~ publique, divulgue, o revele, a través de cualquier medio o red de información o de comunicación, imágenes o grabaciones ~~audiovisuales~~ ~~de la actividad sexual o con contenido íntimo o sexual de una persona~~, sin su autorización, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años. En la misma pena incurrirá quien con el mismo propósito ofrezca o entregue a un tercero, sin autorización del sujeto pasivo, las imágenes o grabaciones audiovisuales referidas en este artículo". *A la misma pena quedará sometido quien, a modo de represión, retaliación o silenciamiento, o con el fin de obtener de la víctima algún tipo de provecho distinto al económico, la amenace con realizar alguna de las conductas descritas en este artículo.* *~~Cuando la conducta sea cometida por ex pareja, ex compañero permanente, o ex cónyuge la pena se aumentará hasta en una tercera parte.~~*	*ARTÍCULO 210 B.* ***DIFUSIÓN NO CONSENTIDA DE CONTENIDO SEXUAL****. El que publique, divulgue, o revele, a través de cualquier medio o red de información o de comunicación, imágenes o grabaciones* ***de video o audio con contenido sexual****, sin su autorización, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años. En la misma pena incurrirá quien con el mismo propósito ofrezca o entregue a un tercero, sin autorización del sujeto pasivo, las imágenes o grabaciones audiovisuales referidas en este artículo".* *A la misma pena quedará sometido quien, a modo de represión, retaliación o silenciamiento, o con el fin de obtener de la víctima algún tipo de provecho distinto al económico, la amenace con realizar alguna de las conductas descritas en este artículo.* ***Cuando la conducta sea cometida por la pareja, compañero o compañera permanente o el cónyuge, la pena se aumentará hasta en una tercera parte. Lo mismo aplicará cuando la conducta sea llevada a cabo por una persona con la cual se haya tenido algún vínculo de los anteriormente referenciados.***

No habrá lugar a responsabilidad penal cuando el agente utilice dichos contenidos con la intención de denunciar ante las autoridades competentes situaciones de agresión o acoso de las que ha sido o es víctima."	*No habrá lugar a responsabilidad penal cuando el agente utilice dichos contenidos con la intención de denunciar ante las autoridades competentes situaciones de agresión o acoso de las que ha sido o es víctima.* ***Parágrafo 1°. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando quien realice la publicación con contenido sexual o íntimo, sin importar el formato, lo haga con la intención de denunciar situaciones de agresión o acoso de las que ha sido o es víctima.*** ***Parágrafo 2°. Tampoco será responsable el tercero que realice publicaciones con contenido sexual cuando estas se realicen con el mismo fin de parágrafo anterior, en ejercicio del derecho a informar de forma veraz e imparcial y con autorización de las víctimas o garantizando el anonimato de estas.*** ***Parágrafo 3°. También estará eximido de responsabilidad quien publique o difunda contenido sexual no relacionado con delitos contra la libertad, formación e integridad sexual, pero que incluya información de interés público.***