

**La propiedad de mi intimidad: Pugna entre el derecho a la privacidad y
el derecho de autor desde una perspectiva de género**

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

Por:

Carolina García Guerrero

Diana Carolina Sierra Cárdenas

Asesor:

José Alberto Toro Valencia

Universidad Eafit

Escuela de Derecho

Medellín

2018

Índice

Introducción.....	3
I. La paradoja del derecho a la privacidad en la era digital	6
I.A. La privacidad en la era digital	7
I.B. Regulación del derecho a la privacidad	16
II. Regulación del retrato no consentido de mujeres en la era digital	25
II.A. La mujer en la era digital.....	26
II.B. Colisión de sistemas jurídicos en la era digital	37
Conclusión	46
Bibliografía.....	51

Introducción

La era digital y las plataformas digitales permiten el fácil acceso y propagación de información. A tal punto que la autonomía de dicha difusión ha permitido que la privacidad pase a un segundo plano, en la medida en que los sujetos consideran más importante hacer noticable su vida, que la protección de sus datos. Esto ha creado nuevos fenómenos sociales que genera riesgos de toda índole, cuestionando los parámetros tradicionales. Lo que conlleva a que se desconozca la forma en que se deben abordar y, por tanto, las acciones que se emprenden para ello, resultan siendo reactivas partiendo entonces, de que la vulneración de derechos es lo que crea la necesidad de generar regulación.

Los fenómenos actuales involucran el derecho a la privacidad y el derecho de autor que, a pesar de que no son conceptos jurídicos nuevos, se han transformado y han adquirido una gran importancia, debido a las dinámicas propias de la era digital. Ambos han sido la conquista de unas garantías básicas de la vida en sociedad para los individuos, ya que protegen un entorno propio de la persona que no debe ser perturbado y las facultades que tiene el mismo sobre sus creaciones, respectivamente.

Las plataformas digitales como fenómeno de la era digital han conllevado a que se presenten situaciones en las cuales los involucrados son acreedores de derechos que podrán resultar incompatibles. Razón por la cual, la protección de uno implicará el desconocimiento del otro. Tal es el caso de la publicación de recursos multimedia -fotografías y videos- sin el consentimiento de la persona que se retrata en estos, en la medida en que entran en colisión el derecho a la privacidad de la persona retratada y el derecho sobre la propiedad de las creaciones -derecho de autor- de quien realiza el recurso.

Se pretende abordar este tema dada la importancia actual, debido al incremento del número de usuarios en las plataformas digitales y por ende la aceptación social de las mismas, lo cual implica un reto en la consolidación no solo de derechos sino de obligaciones que permitan el sano desarrollo de los derechos, en especial de la mujer. Por este motivo, abordar este tema contribuye al reconocimiento de un evidente vacío regulatorio y la necesidad de proponer mecanismos concretos que permitan la consolidación de los derechos humanos de la mujer, en especial la privacidad.

Uno de los riesgos de la era digital es la vulneración del derecho a la privacidad. Este puede afectar a cualquier persona, no obstante, las mujeres son las más vulnerables a esta violación debido a estándares sociales históricos de marginación del género femenino. Generalmente, las sociedades se han estructurado bajo un modelo patriarcal, en el cual el género masculino predomina, y por tanto es acreedor de tantos derechos como oportunidades este se auto-atribuye. Siendo las mujeres el género relegado, carente de todas las habilidades que el hombre tiene y destinada a la vida doméstica, sometida a los derechos y oportunidades que el género masculino le quisiera otorgar.

Las plataformas digitales plantean entonces, una paradoja para el género femenino, en la medida en que son espacios que impulsan el desarrollo de las mujeres, pero a su vez son entornos en los que podrán ser objetivos fáciles de degradación. En otras palabras, son medios que les permiten acceder a nuevas oportunidades, pero representando una amenaza real de sus derechos a través de la objetivación de la mujer; riesgo que en principio, será difícil controlar y detener, por los laxos controles sobre las plataformas digitales y a la ilimitada posibilidad de utilización de las mismas, que permiten el anonimato y por tanto la impunidad de este tipo de agresiones.

Con base en lo anterior, la presente investigación busca estudiar el tratamiento jurídico de la publicación de recursos multimedia sin el consentimiento de la mujer retratada; en otras palabras, el derecho a la privacidad como un fenómeno que ha adquirido relevancia en la era digital siendo necesario determinar la propiedad de los recursos multimedia, analizado desde una perspectiva de género. Se busca evidenciar que las plataformas digitales confrontan derechos y por tanto sistemas regulatorios, razón por la cual, es necesario la construcción de normatividad que aborde de forma íntegra la problemática. Se parte de que, cada uno de los temas a analizar cuenta con regulación, de jurisdicción tanto nacional, como internacional, que responden a necesidades particulares de décadas pasadas; es decir, existe un vacío regulatorio, reclamando una normatividad, que no solo se ajuste a las necesidades de la era digital, sino también a las dificultades que los tres tópicos regulados -derechos de la mujer, derecho a la privacidad y derecho de autor- presentan en la situación sujeta a estudio.

Se planteará entonces, la necesidad de abordar la problemática a través de la ponderación de derechos, propiciando la reivindicación de los derechos del género femenino. Serán la privacidad, la dignidad y sus derechos conexos, los derechos que se enfrentarán con el derecho de propiedad derivado del derecho de autor, con el fin de determinar qué derechos adquieren mayor peso dentro del análisis.

Desde el punto de vista metodológico y teniendo en cuenta una perspectiva normativa se realizó un rastreo del desarrollo de dichos derechos. Se indagó en fuentes especializadas, para así complementar esta investigación y proponer una forma satisfactoria de abordar los fenómenos sujetos a estudio.

Por consiguiente, uno de los objetivos del presente proyecto es determinar la importancia del derecho a la privacidad en la sociedad actual, caracterizada por la incidencia del desarrollo tecnológico las dinámicas sociales, al punto de propiciar espacios como las plataformas digitales, que favorecen la vulneración del derecho a la privacidad de las mujeres, por medio de la difusión de recursos multimedia no consentidos. Algunas decisiones judiciales y nuevos fenómenos sociales desarrollados en este texto reafirman la importancia y la necesidad de determinar normas que respalden la protección de los derechos vulnerados, brindando elementos clave que nutren la defensa de estos derechos desde una perspectiva de género.

El recurso multimedia que se publique podrá o no degradar a la persona retratada, pero en cualquiera de las situaciones, e independiente de las razones por las que se difunda, el tratamiento jurídico será similar, en la medida en que se parte de que hay una vulneración de derechos, que en principio, y en caso de que no sea un recurso degradador, atentará contra el derecho a la privacidad; en caso de que sea un recurso degradante, además del derecho mencionado, violará derechos tales como el buen nombre, la honra y la dignidad. El grado de culpa o dolo y las acciones penales que se podrían emprender en cada ordenamiento jurídico, será lo que variará. Como consecuencia, el presente trabajo se limitará a analizar la publicación de recursos multimedia haciendo caso omiso al contenido del mismo y a las motivaciones en las que se funda la acción.

A pesar de que se desarrolla brevemente lo relacionado con las políticas de privacidad de algunas redes sociales, y que se reconoce que estas juegan un papel importante en la interacción de los individuos en la actualidad, e incluso en la publicación de los recursos multimedia, no se hará referencia al rol que estas tiene en este tipo de situaciones. Se parte de que, en principio estas se limitan a ser el medio para la publicación de recursos, y no la responsable de la acción; así mismo el derecho que se le otorga sobre los recursos multimedia que se publican en el momento en que se aceptan los términos de uso de las mismas implica una regulación diferente.

Para la consecución de los objetivos planteados el trabajo se estructura en dos capítulos; en el primer apartado se desarrolla el derecho a la privacidad desde una perspectiva general, por lo que en el segundo apartado se aborda este derecho desde una perspectiva de género y su relación con el derecho de autor. Dentro de cada acápite se desarrollan dichos fenómenos desde una perspectiva social y jurídica evaluando su impacto en las dinámicas sociales actuales, y su desarrollo normativo.

I. La paradoja del derecho a la privacidad en la era digital

La privacidad como derecho propio de la vida en sociedad es aquel que garantiza el desarrollo del aspecto más íntimo del ser humano determinando, no solo la facultad de estar solo, sino también de establecer cuales datos y espacios son propios del individuo y por tanto el conocimiento o intromisión de terceros es prohibida. Este derecho es intrínseco a la condición humana, el cual además de ser un postulado jurídico en sí mismo permite el desarrollo de otros derechos como la dignidad, el honor, el buen nombre, entre otros.

La era digital ha generado la cultura de la mediatización de lo privado, es decir, hacer la vida noticiable generando riesgos para ciertos derechos tales como la privacidad. Las personas acceden a las plataformas digitales, aceptan políticas de privacidad poco garantistas y comparten su información sin dimensionar el alcance de la exposición de sus datos en estos medios.

Los avances tecnológicos representarán beneficios, pero también obstáculos en la sociedad, en la medida en que introducen nuevos fenómenos para los cuales, en la gran mayoría de casos se carece de normatividad para su regulación. Tal es el caso de la privacidad, el cual será, un derecho que ha experimentado cambios y por tanto adaptaciones, de acuerdo a las necesidades históricas, y que en la actualidad, por las características propias de la era digital, este representa, un derecho necesario, pero a su vez un obstáculo evidente. A pesar de que la privacidad, tiene un desarrollo normativo será necesario que dicha regulación se adecue a las características propias de la época, para dar respuesta a los nuevos conceptos emergentes de dinámicas sociales.

El presente desarrolla brevemente, lo relacionado con las políticas de privacidad de algunas redes sociales, y reconoce que estas juegan un papel importante en la interacción de los individuos en la actualidad, e incluso en la publicación de los recursos multimedia, no se hará referencia al papel que estas tiene en la situación de estudio, en la medida en que, estas en principio se limitan a ser el medio para la publicación del recurso, y no el responsable de la acción; así mismo el derecho que se le otorga sobre los recursos multimedia que se publican, en el momento en que se aceptan los términos de uso de las mismas, implica una regulación diferente.

Este capítulo pretende abordar el concepto de privacidad, los beneficios y retos que este representa en la era digital y su materialización en instrumentos jurídicos. En un primer acápite se desarrolla el concepto y su relación en los medios digitales, estableciendo el desarrollo normativo en un segundo subcapítulo.

I.A. La privacidad en la era digital

La vida en sociedad implica que sujetos con diversidad de intereses conviven e interactúan bajo contextos -geográficos y temporales- determinados. Lo anterior conlleva a la generación tanto de espacios públicos como privados, siendo los primeros, aquellas situaciones de participación ciudadana cuyo objetivo será la búsqueda del bienestar social y la convivencia pacífica, y los privados contextos propios de cada individuo, en los cuales podrá desarrollar lo más íntimo de su ser. La privacidad será entonces, un fenómeno propio de la vida en sociedad que hace referencia a aquellos espacios, fenómenos y situaciones en los cuáles las personas tienen el derecho a determinar qué información o circunstancias se dan a conocer a la sociedad y cuáles reposarán exclusivamente en la esfera del individuo.

La privacidad se entenderá como “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how and to what extent information about them is communicated to others.”¹, “not simply an absence of information about us in the minds of others, rather it is the control we have over information about ourselves.”² Es decir, al referirse a la privacidad “no se debe interpretar como intimidad o secretismo. Más bien se refiere [...] a la autonomía individual, la capacidad de elegir, de tomar decisiones informadas, en otras palabras, a mantener el control sobre diferentes aspectos de nuestra propia vida.”³, por lo que este fenómeno se estructura como una facultad subjetiva reconocida a favor de cada individuo para determinar la divulgación y uso de información que, en principio, este es el único propietario de la misma, estableciendo quiénes y cómo podrán ser conocedores de esta, con el fin de evitar la intromisión de terceros no deseados a su esfera personal.

Por lo tanto, la privacidad

se constituye en una garantía de la libertad personal, dado que, si la información personal o familiar es distorsionada, se divulga sin responsabilidad o se produce una intromisión no consentida, ello ocasione [sic] un recorte o captura de la libertad, ya que tales actos no permiten que las personas adopten las decisiones de su existencia en forma libre y autónoma, sin estar afectado por la vulneración de su intimidad.⁴

Como consecuencia, se puede afirmar que la privacidad es un derecho del cual goza toda persona, en la medida en que, no solo hace referencia a los elementos intrínsecos del ser humano, sino que permite el desarrollo de múltiples derechos, tales como la dignidad

¹ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967, p. 7.

² Fried, C., *Privacy*, New York, Cambridge University Press, 1984, p. 209.

³ Cécile de Terwangne, “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, en: *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Cataluña, núm 13, febrero de 2012, p. 54.

⁴ Miranda Alcántara, *Informática, intimidad y protección de Bases de datos*, citado en: Andrés José González Porras, *Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla- La Mancha, Toledo, 2015, p. 79.

humana, el buen nombre, la honra y el derecho al olvido, por lo que se reconoce que este es un derecho humano.

En la literatura y normatividad moderna se evidencia el uso del término intimidad como sinónimo de privacidad, por lo que es necesario determinar si efectivamente se refieren a las mismas situaciones o si, por el contrario, son conceptos diferentes. Algunos⁵ determinan que ambos, al referirse a la autodeterminación del individuo sobre el manejo de los elementos intrínsecos de su ser, resultan equivalentes. Otros⁶, afirman que en los sistemas del *common law* se hace referencia a privacidad, mientras que, en los Estados de derecho continental se habla de intimidad, pero que ambos conceptos aluden a lo mismo.

Por el contrario, diversos autores⁷ determinan que son conceptos diferentes, pero que los límites entre ambos son tan difusos, en la medida en que dependen del contexto social, cultural e histórico, que podrán ser confundidos con facilidad.

Quando se refiere a intimidad, se tratará de las cosas más profundas e interiores de la persona, que suelen ser reservadas. La intimidad es el conjunto de sentimientos, pensamientos e inclinaciones más guardados en el interior -la ideología, la religión o las creencias-, las tendencias personales que afectan la vida sexual, determinados problemas de salud que se desean mantener en total secreto, u otras inclinaciones, como conductas, hábitos, vicios, etc.⁸

mientras que, la privacidad es “un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.”⁹

Por tal motivo, se afirma que la intimidad y la privacidad sostienen una relación de género-especie, siendo la privacidad el género y la intimidad la especie. Por lo que todo lo íntimo será privado, pero no toda la información privada es íntima¹⁰. Lo anterior debido a que como se planteó, “la intimidad es lo más interno del sujeto, sus sentimientos, pensamientos más

⁵ Véase ChristianSuárez Crothers, Ana Azurmendi Adarraga y Eduardo Meins Olivares.

⁶ Véase Elizabeth Beardsley y Jose Martinez de Pinsón.

⁷ Véase Norberto González Gaitano, Isabel Tornabene, José Antonio Díaz Rojo, Adolfo Vasquez Rocca.

⁸ Agustina Sanllehí, *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2009, p.8.

⁹ Clemente García García, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003, p. 285.

¹⁰ Isabel Tornabene, *Privacidad e Intimidad: la protección legal del información personal en la República Argentina*, en Amoroso Fernández, Y., (dir.), *Género, Código de Juventud: construir sociedades más justas e inclusivas*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2014, p. 110.

profundos; la privacidad está constituida por las facetas que forman la vida personal, frente a la dimensión pública o profesional.”¹¹

Se debe precisar que, la privacidad e intimidad al hacer referencia a múltiples esferas de la vida en sociedad del ser humano es un concepto amplio que adopta multiplicidad de matices. Por lo que, a través de la historia y de las diferentes culturas se han adoptado diversos significados, pero siempre con la finalidad de la protección de la dignidad humana; como se evidenciará a continuación, lo que se considera como información propia o íntima del ser humano varía, no solo de una cultura a otra, sino también de un momento histórico a otro.

En un principio, la privacidad se constituyó bajo una connotación negativa, en la medida en que se entendía como aquel derecho que tenían los burgueses a ser dejados solos por elección, es decir, al aislamiento físico y a no ser perturbado por otros¹². Posteriormente, y con la creación de grandes centros urbanos, el concepto se ligó a la propiedad, por lo que se entendía que el individuo era acreedor de un espacio propio y por tanto podría decidir, bien no ser molestado por terceros, o compartir este lugar con determinadas personas, excluyendo la intromisión de sujetos que éste no deseaba.

La noción de privacidad evolucionó hasta convertirse en un derecho de connotación positiva, en el cual las personas tienen la facultad de disponer sobre los aspectos de su vida, determinando cuáles de estos pueden ser de conocimiento público y cuáles no. Esta definición del concepto se comienza a adoptar con la proliferación de medios de comunicación haciendo necesario establecer límites que impidan la intromisión de estos - publicación de información a través de la prensa, radio y/o televisión- en los asuntos de los individuos.

En la era digital, la cual implica la convergencia de tecnologías que proliferan plataformas de intercambio de información, el derecho a la privacidad continua como una connotación positiva, en la medida en que es el derecho de los individuos a determinar qué información sobre ellos mismos, a quién y con qué objetivo será difundida, es decir autodeterminación informativa. Lo que permite afirmar que el derecho a la privacidad se ha transformado para responder a las necesidades de cada momento histórico.

Debido a lo anterior, el concepto de privacidad como autodeterminación de la información en medios digitales brinda tanto beneficios como retos de índole normativo y social. Por una parte, incentiva la transferencia de datos y la adquisición de bienes y servicios desde diferentes puntos geográficos, así como la generación de nuevas manifestaciones sociales

¹¹ Andrés José González Porras, “Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva”, Tesis doctoral, Universidad de Castilla- La Mancha, Toledo, 2015, p. 59.

¹² Esta concepción se adoptó jurídicamente por primera vez en 1873 por el Juez Thomas McIntyre Cooley en la obra *The Elements of Torts*.

que inciden en la esfera jurídica. No obstante, las estructuras sociales y normativas se enfrentarán con problemáticas, tales como la mediatización de lo íntimo, el anonimato y la impunidad, la propiedad de recursos multimedia, las generales, laxas y vagas políticas de privacidad de plataformas digitales y la proliferación de fenómenos tales como el derecho al olvido, la *extimidad*, *sexting*, *reveng porn*, *upskirting*, entre otros, generando la necesidad de la creación de normatividad que responda a estos nuevos contextos y garantice los derechos -en particular el derecho humano a la privacidad- de los individuos.

Dentro de los obstáculos fruto de la era digital se encuentra el impacto de los avances tecnológicos en las dinámicas y valores sociales modificando el concepto de privacidad, transformando las relaciones humanas y ocasionando que el contenido que hace parte de la esfera pública fuera cada vez más, aquella información que originalmente era entendida como personal. Los datos publicados en la red hacen, que adquieren una connotación pública, parten de la esfera privada, ya que esta se relaciona con qué datos y quiénes verán el contenido; es entonces a estas personas a quienes se les cede parte del control sobre la información. Se trata pues de “una nueva esfera, mucho más amplia que la de la propia intimidad, que contendría ni más ni menos que todos los datos vinculados a un individuo, sean éstos sensibles o no, los cuales deben ser controlados y protegidos en su tenencia y tratamiento por parte de terceros.”¹³

Conforme el intercambio de información y la mediatización de datos personales se hace cotidiano, la red nos brinda la posibilidad de evidenciar que, a pesar de que el anonimato contribuye a la libertad de expresión, también trae consigo problemas jurídicos tales como la impunidad, cuando dicho anonimato es usado para la degradación de otro sujeto. Por un lado, permite que aquellas personas que se sientan vulnerables puedan manifestar sus ideas sin exponerse a represalias; no obstante, la incapacidad de corroborar la veracidad de la información que se encuentra en plataformas digitales permite que sujetos se resguarden en datos falsos imposibilitando determinar la identidad del responsable de la difusión de esta.

A pesar de lo anterior, dicha situación pasa a un segundo plano cuando es más relevante para una persona convertir en noticiable su día a día, que los riesgos que ello trae consigo, como la difusión de recursos multimedia que, una vez publicados se convierten en públicos permitiendo incluso su transmisión sin el consentimiento del sujeto. Es por esto, que el profesor Jeff Jarvis “defiende la naturaleza de este modo de actuar frente a la tecnología, insistiendo en que el grado que deseamos de intimidad está en nuestra mano.”¹⁴

¹³ Víctor Salgado Seguin, “Nuestros derechos, en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet”, en: *Telos: Revista de pensamiento sobre tecnología y sociedad*, Madrid, núm 85, 2010, p. 70.

¹⁴ Lorena Cano Orón, “La privacidad en el escenario digital. Análisis de la política de la Unión Europea para la protección de datos de la ciudadanía”, Tesis de Máster de Investigación en Periodismo y Comunicación, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2014, p. 24.

El filósofo surcoreano Byung-Chul Han muestra su preocupación por que la privacidad ha pasado a ser pública debido a la mediatización de la esfera privada de las personas. Es por lo anterior que alega que la red es un espacio necesario para la reflexión conjunta, pero que se está reduciendo a un lugar de exposición de la intimidad y de consumismo. “La pérdida de la esfera pública deja un vacío en el que se derraman intimidades y cosas privadas. En lugar de lo público se introduce la publicación de la persona. La esfera pública se convierte con ello en un lugar de exposición.”¹⁵

El autor determina que la sensación de cercanía que provocan las plataformas digitales es lo que genera la crisis del espacio público.

Los social media y los motores de búsqueda personalizados erigen en la red un absoluto espacio cercano, en el que está eliminando el afuera. Allí nos encontramos solamente a nosotros mismos y a nuestros semejantes. [...] Esta cercanía digital presenta al participante tan sólo aquellas secciones del mundo que le gustan. Así desintegra la esfera pública, la conciencia pública, crítica, y privatiza el mundo. La red se transforma en una esfera íntima, o en una zona de bienestar.¹⁶

Como resultado, plataformas sociales, tales como *Instagram* y *Facebook*, permiten la interacción entre individuos generando la falsa cercanía. Esto desemboca en problemáticas tales como que la información pueda ser compartida y difundida no solo por las personas a quienes el individuo les autoriza, sino también por terceros, y que los sujetos acepten desinformadamente los términos de uso de las plataformas. En otras palabras, las plataformas sociales contemplan políticas de privacidad amplias y laxas respecto de los deberes de la red tornándose perjudiciales para los usuarios, en la medida en que adquieren gran control sobre los datos que en estas circulan.

Users of Facebook are impacted by two faces of online privacy- what the users shares with other users and how Facebook uses the information it gathers. First, users are able various privacy controls to limit what information others users can access; however, each user most proactivity set the limits. The default privacy settings on Facebook allow for other users, even not a “friend” of the user, to view large amount of personal information, such as photograph and where the person lives. In 2015, Facebook changed the default privacy settings for a user’s wall post from the public to “friends” only. However Facebook recently index user’s previous post content. This allows user’s posts, many going back years to be searched and accessed.¹⁷

¹⁵ Byung-Chul Han, *La sociedad de la transparencia*, Barcelona, Herder, 2013, p.69.

¹⁶ *Ibid.*, p.68.

¹⁷ Christopher Anglim, Jane E Kirtley, Gretchen Nobahar, *Privacy rights in the Digital Age*, Nueva York, Grey House Publishing, 2016, p. 189.

Por lo que, la evolución de dichos ajustes de privacidad evidencia la necesidad del ser humano de establecer límites al control de la información, en el caso particular, de los recursos multimedia que fueron y son compartidas en estas plataformas.

Es así, como el concepto de privacidad se ha desdibujado y ha perdido relevancia, hasta el punto de introducirse nuevos conceptos tales como la *extimidad*. El concepto de *extimidad* se reduce a “una serie de intercambios de intimidades.”¹⁸ lo que lleva a que el individuo no pueda tener el control de quién tiene acceso a esa información que compartió. “Se hace público esa parte íntima de cada uno que permite describir y enriquecer la imagen digital que se configura en Internet.”¹⁹, en resumen, es la exposición voluntaria de lo que se denomina intimidad en los espacios digitales.

El término *extimidad* surge por primera vez en el seminario La ética del psicoanálisis (1958) y se acuña al psicoanalista francés Jacques Lacan. Para él,

la *extimidad* se construye sobre el concepto de intimidad, entendiendo a ésta última como algo contenido en lo más profundo del ser, que se liga a su esencia, algo generalmente secreto, invisible. No obstante, la única aparente oposición entre ambos conceptos es que una está adentro y la otra, fuera del individuo.²⁰

A pesar de que el concepto se originó en el área del psicoanálisis se ha resignificado en las ciencias sociales. Paula Sibilía²¹ antropóloga argentina propuso en 2008 una nueva acepción a la palabra relacionándola con los procesos de identidad y estructuración de la sociedad. Esta nueva perspectiva torna la discusión sobre lógica relacional más compleja, en la medida en que, para Lacan la *extimidad* es un estado, mientras que con la postura de Sibilía, actualmente es vista como un proceso influyendo radicalmente en las dinámicas sociales. Este proceso involucra necesariamente la identidad de cada ser humano y evidencia como esta va cobrando un doble sentido -la identidad que configura cada quien en su vida real, y la identidad que construye en las plataformas digitales-.

Dentro de la dinámica de las plataformas digitales y la construcción de la identidad del sujeto se entiende actualmente que, los actos no adquieren consistencia hasta que estos no son vistos por los demás incluyendo personas desconocidas; esta es una clara materialización de la *extimidad* en la sociedad actual. Además, la exteriorización de lo íntimo en las plataformas digitales no debe desligarse de las repercusiones que esta tiene en la vida del sujeto, razón

¹⁸ Dora García Fernández, “El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad”, en: *Dereito: Revista Xurídica da Universida de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, vol. 19, núm 2, 2010, p.281.

¹⁹ L Cano, *Op. Cit.*, p. 27.

²⁰ Rocio Sánchez, “Extimidad Exhibir lo más íntimo”, *La Jornada* (núm 234, 2016), [en línea], disponible en http://docs.wixstatic.com/ugd/9ee4ab_8247d1734ee1451caaa3988a696ca5bd.pdf, p.6.

²¹ Ensayista e investigadora argentina. Se dedica al estudio de temas culturales contemporáneos bajo la perspectiva genealógica contemplando particularmente las relaciones entre cuerpos, subjetividades, tecnologías y manifestaciones mediáticas o artísticas.

por la cual, la problemática de la *extimidad* se materializa en que, a pesar de la configuración de identidades, los efectos de los actos tendrán siempre consecuencias para el revelador de su intimidad, pese a que este los ignore.

Tanto el pudor como el decoro son conceptos que con cada cultura y momento histórico han adquirido una connotación y sentido; la *extimidad* implicará entonces que los estándares de estos, en la actualidad sean más bajos, en la medida en que la difusión de lo íntimo se vuelve común. En consecuencia, el contenido de algunos recursos multimedia de hoy en día, hace un siglo eran impensables y se criticarían por la falta de pudor y decoro, cuando en la actualidad no tiene reproche alguno e incluso han llevado del anonimato al reconocimiento a muchas mujeres que antes hubiesen sido llevadas a la marginalidad.

Así mismo, las plataformas digitales han conllevado al surgimiento de derechos que solo adquieren sentido con la era digital, tal es el caso del derecho al olvido. El derecho al olvido surge como una necesidad a la tendiente evolución de la *extimidad*. Este tiene como objetivo la existencia de mecanismos jurídicos que permitan la supresión definitiva del contenido personal que se encuentra en la red²². No obstante, la imposibilidad de poder ejercerlo radica en que no hay normatividad suficiente sobre este, y mucho menos unificada, que permita no sólo la interconexión de información sino de jurisdicciones²³.

La autodeterminación de la información, es decir, el derecho a la privacidad es el derecho legítimo que tiene cada persona de disponer de sus datos personales como su imagen, sin olvidar que brindar el consentimiento para su uso no implica la pérdida de poder sobre ella. La autodeterminación y el ejercicio del derecho al olvido dependen directamente de la propiedad del recurso multimedia en cuestión, considerándose su determinación un reto dentro de la era digital dado que exhibe el enfrentamiento del derecho a la propiedad -derecho de autor- y los derechos humanos de la población femenina.

Los recursos multimedia, en sí mismos involucra diferentes sujetos, quien realiza el recurso, la persona retratada y quien lo publica en medios digitales -estas calidades podrán recaer sobre un mismo sujeto o terceros-; como consecuencia, los derechos que ostentan cada uno

²² El derecho al olvido se entiende como “el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir información personal que se considera obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales.” LexInfo, “Una aproximación al derecho al olvido”, *Sitio web Lex Informática* [en línea], 16 de septiembre de 2016, disponible en: <http://lexinformatica.co/2016/09/16/una-aproximacion-al-derecho-al-olvido/>, consulta: 17 de febrero de 2018.

²³ Actualmente, el derecho al olvido solo ha sido desarrollado por la Unión Europea, razón por la cual, el disfrute del mismo se limita a los ciudadanos de los Estados que la conforman. Como consecuencia, la dificultad en el ejercicio de este derecho radica en su efectiva aplicación en aquellas situaciones en las que, bien la publicación de información se realiza en plataformas digitales por fuera de la Unión Europea o bien cuando es invocado por ciudadanos que no pertenecen a la Unión pero que la difusión de la información es realizada en plataformas domiciliadas en la misma. Así mismo, se carece de parámetros claros para determinar cuando procede dicho derecho, es decir, qué información verdaderamente afecta el desarrollo de los derechos fundamentales de las personas.

de estos, como se expondrá en el apartado II.B., implica el enfrentamiento de múltiples sistemas jurídicos -por una parte el derecho de autor -derechos patrimoniales y morales- y por otra los Derechos Humanos (DDHH) -privacidad, dignidad y buen nombre- haciendo necesario determinar qué derecho debe primar.

El enfrentamiento de los sistemas jurídicos pone en aprietos el derecho a la propia imagen, el cual es la potestad que tiene cada individuo de disponer sobre su apariencia física, siendo la imagen la forma más representativa del individuo. En los casos en que un tercero es quien tiene la propiedad de la imagen y por tanto puede disponer de la misma, quien es retratado no tiene total control sobre su difusión restringiendo la autodeterminación informativa de la cual goza bajo el concepto de privacidad.²⁴

Con relación a las plataformas digitales se evidencia una dificultad en la determinación del sujeto propietario de la imagen y por tanto acreedor de derechos. En la medida en que, además de aquellos individuos antes mencionados entra a intervenir la plataforma digital, quien a fin de cuenta será quien controlará y determinará la esfera personal del individuo.

Facebook user's have little control over how this information is used by Facebook or disseminated by Facebook to other entities. One facet of this is Facebook's policy on user quitting Facebook. [...] Facebook only allows for account deactivation takes the profile out of search results and other user cannot access the profile. However, the profile remains on Facebook servers and information and data from that account can continue to be gleaned by Facebook.²⁵

Un ejemplo del control que ejercen las plataformas sobre el contenido de cada individuo se manifestó “On December 17, 2012, a change in the terms of use would have allowed Instagram to license users' photos in perpetuity.”²⁶ Algunos usuarios, tomaron medidas que consideraron pertinentes sobre su cuenta al notar el abuso en dicha política, mientras que otros, ni se percataron de dicha modificación en la política de privacidad. Veinte y cuatro horas después de su publicación, Instagram decidió retractarse aludiendo que había sido una confusión en el lenguaje. Situaciones simples como esta, demuestran la amplia potestad autorregulatoria por parte de estas plataformas, que perjudica a los usuarios.

Incluso “Instagram has been accused in the press of censorship, after incidents in October 2013 and again in January 2015 in which women displayed photos of themselves in bikinis with pubic hair showing. In both instances, the owner of the accounts were photographers, and their Instagram accounts were deleted.”²⁷ evidenciando la colisión de los sujetos

²⁴ De la Ley 23 de 1982 expedida por el Congreso de la República de Colombia y la Decisión Andina 351 de 1993 se desprende los elementos que configuran el derecho a la imagen.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p.299.

²⁷ *Ibid.*, p.300.

involucrados en una publicación debido a la diversidad en la naturaleza de sus derechos. Dentro de las acciones que cada plataforma adopte se hace necesario establecer mecanismos de refutación, y no solo someterse a las decisiones unilaterales tomadas por la administración de la plataforma.

Se concluye que, la privacidad como fenómeno social y como derecho ha tenido múltiples manifestaciones que se han adaptado a los cambios históricos. No obstante, se puede evidenciar que el auge de las nuevas tecnologías de la información ha gestado multiplicidad de retos con relación a la protección de los derechos de los individuos. Lo anterior genera la necesidad de crear o reformular, como se verá en el apartado II.B., normatividad que respondan a estos fenómenos. En el apartado siguiente se anunciará la regulación existente en la materia, con el fin de determinar el tratamiento jurídico que los diferentes sistemas normativos le otorgan al derecho a la privacidad.

I.B. Regulación del derecho a la privacidad

Como se evidenció en el apartado anterior, la importancia del concepto de privacidad radica en que este linda con otros derechos fundamentales del ser humano siendo necesario para el disfrute de estos y el desarrollo de la vida en sociedad. Así mismo, los avances tecnológicos que posibilitan el rápido y común intercambio de información transfronteriza han generado mayores riesgos para este derecho. Es por tal motivo que, como se verá a continuación, existen múltiples regulaciones de diferente alcance -protegen el derecho a la privacidad desde sus diversas connotaciones- y jurisdicciones -tanto globales, como regionales e incluso nacionales- que propenden por la protección de este derecho y de sus derechos conexos - buen nombre, imagen, y honra- de forma directa o indirecta.

Debido a que el derecho a la privacidad garantiza la dignidad humana y propende por la protección de otros derechos fundamentales del ser humano, “[s]everal international human rights declarations and conventions created after Second World War recognize that privacy – traditionally defined as a person's private life, home, and correspondence – is a fundamental right.”²⁸, “colocándolo en una posición de derecho universal, de rango superior.”²⁹. Como consecuencia, al ser la privacidad un derecho humano, toda persona será acreedora de este y por tanto los Estados tendrán una obligación no solo de no injerencia, sino de protección.

Es por lo anterior que, el derecho a la privacidad se consagra expresamente en los instrumentos jurídicos internacionales fundantes y de mayor relevancia de DDHH. Como lo son la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) -artículos 12 y 17 respectivamente- los cuales consagran que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.” Estos instrumentos hacen referencia al derecho a la privacidad como la concepción tradicional del mismo, es decir, a la no intromisión en los asuntos de cada individuo, ligando este derecho al derecho a la propiedad y al buen nombre, los cuales tienen mayor desarrollo en estas normatividades.

Estas normas se enmarcan en el período de la postguerra dando respuesta a la violación de la privacidad por parte de autoridades dictatoriales limitando que en un futuro fuera posible utilizar argumentos de cualquier índole para vulnerar este derecho. La manifestación más importante con relación al derecho a la privacidad por el sistema de la Organización de Naciones Unidas (ONU) bajo el régimen de protección de DDHH fue en el marco del Consejo de Derechos Humanos en el 2015, en el cual se creó la Relatoría Especial para el Derecho a la Privacidad. La Relatoría tiene como función la evaluación del derecho a la privacidad en los diferentes Estados, con el fin de formular políticas tendientes a la protección

²⁸ *Ibid.*, p.XXII.

²⁹ A González, *Op. Cit.*, p. 110.

íntegra de este derecho. Esta determina no solo que el derecho a la privacidad es un derecho humano, sino también reconoce la importancia de este en el contexto de la era digital.

Así mismo, dentro de los sistemas regionales de protección de DDHH, se ha consagrado de forma expresa la protección de este derecho. En el ordenamiento americano, el derecho a la privacidad se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre³⁰ y en el artículo 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos -Pacto de San Jose-³¹. Estos determinan no solo que los individuos no pueden ser sujetos de injerencia arbitraria en su vida privada, sino también la obligación de los Estados de garantizar este derecho consagrando la privacidad desde una perspectiva tradicional.

En el sistema regional europeo de DDHH, la Convención Europea de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, en concordancia con la Directiva 95/46/EC consagran el derecho a la privacidad y a la protección de datos como derecho humano. La antes mencionada Directiva "[g]rants “data subjects” the right to exercise dominion over information that uniquely identifies them including physical, economic and cultural characteristics”³² constituyéndose junto con el dominio y control sobre la información que se ha proporcionado, como un derecho para todos los individuos de la especie humana, sin importar cuál sea su raza, género o religión, en la medida en que "[t]he purposes of EU laws regulating the processing of personal data is to protect the fundamental rights and freedoms of European people, notably the right to privacy, that is recognized in article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.”³³³⁴

Con los desarrollos tecnológicos, el auge del internet y la aparición de nuevas tecnologías, el derecho a la privacidad ha adquirido una importancia aún mayor y una connotación diferente a la tradicional -como se determinó en el apartado anterior, la privacidad se entiende como la posibilidad de autodeterminación informativa-. Como consecuencia, diferentes Organizaciones Internacionales se han pronunciado al respecto recalcando la importancia de este derecho, y por tanto la necesidad de una regulación integral, que garantice este y sus derechos conexos y que dé respuesta a los fenómenos actuales.

³⁰ Esta es la primera consagración del derecho a la privacidad en un instrumento jurídico, en la medida en que esta Declaración fue expedida siete meses antes que la DUDH (expedida el 2 de mayo de 1948 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos).

³¹ Expedida por la Asamblea General de la OEA en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

³² C Anglim, J Kirtley, G Nobahar, *Op. Cit.*, p XXV.

³³ Artículo 8: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

³⁴ Gloria González Fuster, Raphaël Gellert, The fundamental right of data protection in the European Union: in search of an uncharted right, *International Review of Law, Computers & Technology*, vol 26, núm 1.

Consecuentemente, la ONU ha realizado, además de la disposición del derecho a la privacidad como derecho humano, algunos esfuerzos para la protección de este derecho, no obstante, no han sido de manera expresa, sino a través del tratamiento de nuevos fenómenos tales como las nuevas tecnologías, la ciberseguridad y los datos personales. Por ende, se han adoptado instrumentos jurídicos tales como la Resolución 45/95 de 1990, en la que se consagran los Principios Rectores sobre la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales y la Resolución 57/239 de 2003 por medio de la cual se determina la necesidad de la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética. Así mismo, se han celebrado conferencias como la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información en 2005. De estos se interpreta que la privacidad es un principio intrínseco a estos fenómenos que debe ser tomado a consideración para asegurar la íntegra protección y regulación de otros derechos y de los nuevos fenómenos sociales.

Desde 1980, con el auge de las nuevas tecnologías de la información, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) identificó la proliferación de nuevos fenómenos sociales y la inexistencia de una regulación que respondiera a estos. Es por lo anterior que manifestó preocupación con relación al tratamiento del intercambio transfronterizo de datos, razón por la cual incentiva la creación de una normatividad tendiente a la protección y reglamentación de la privacidad en el entorno digital, convirtiéndose en la Organización Internacional pionera respecto a la regulación de la privacidad en la era digital.

Como consecuencia, la OCDE emite las Directrices sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos (1980)³⁵, la Declaración Ministerial sobre la Protección de la Privacidad de las Redes Globales (1998)³⁶ y la Actualización de las Directrices sobre Protección de la Privacidad y Flujos Transfronterizos (2002)³⁷, las cuales, buscan desarrollar políticas que involucren al sector público y privado, que flexibilicen el intercambio de datos, pero a su vez protejan el derecho a la privacidad en los diferentes ordenamientos jurídicos.

La manifestación directa por parte de la OCDE, con relación al derecho a la privacidad, se da en el 2007, por medio de la Recomendación para la Cooperación Transfronteriza para la Ejecución de Leyes que protegen la Privacidad. En esta, se reconoce que las dinámicas actuales, que han aumentado el flujo de información de un individuo a otro, han hecho más vulnerable el derecho a la privacidad, por lo que se hace necesario una asistencia interestatal para garantizar su protección; determina que esta cooperación solo se puede dar siempre que

³⁵ Estas le otorga una igual importancia a la privacidad y al intercambio de datos, por lo que es necesario la creación de normas jurídicas que logren equilibrar ambos intereses por medio de la unificación de políticas que protejan, pero a su vez permitan el desarrollo de la época.

³⁶ Determina la necesidad de desarrollar además de la confianza en el entorno digital, un marco global flexible y de cooperación entre los distintos modelos de protección a la privacidad.

³⁷ Esta proporciona una guía con políticas y parámetros para instrumentar las Directrices de 1980 en el entorno digital. Así mismo, desarrolla mecanismos alternativos de resolución de controversias y el derecho a la compensación en el comercio electrónico.

los Estados refuercen sus normas nacionales en la materia, y que posteriormente este esfuerzo permee el ordenamiento jurídico internacional.

Así mismo, la Organización Mundial del Comercio (OMC), a través del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) consagra como obligación expresa la protección del derecho a la privacidad y por tanto la eliminación de aquellas prácticas que atenten contra este derecho. Como consecuencia, manifiesta de forma expresa en el artículo XIV(c)(ii) “The protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of individual records and accounts.”³⁸

“The profound proliferation of new information technologies during the twentieth century—especially the rise of the computer—made privacy erupt into a frontline issue around the world.”³⁹ como consecuencia, “[i]n nearly every nation, numerous statutes, constitutional rights, and judicial decisions seek to protect privacy. In the constitutional law of countries around the globe, privacy is enshrined as a fundamental right.”⁴⁰ Como se verá a continuación, los diferentes ordenamientos jurídicos consagran la privacidad como un derecho inherente a las personas ajustando normatividad tendiente a su protección.

Además de la consagración de la privacidad y la protección de datos personales como derecho humano, la Unión Europea ha adoptado directrices tales como el Convenio 108 del Consejo de Europa⁴¹, la Directiva 2002/58/CE⁴², Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo⁴³ y el Reglamento (CE) No. 45/2001 relativo al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios. Así mismo, en el 2001 se creó el Supervisor Europeo de Protección de Datos⁴⁴ y el Grupo de Trabajo del Artículo 29⁴⁵.

La particularidad de la regulación europea se encuentra en que esta consagra no solo el derecho de dominio sobre los datos, sino también el derecho a la rectificación⁴⁶, a la

³⁸ Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, artículo XIV(c)(ii), 1995.

³⁹ Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 4.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁴¹ Protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

⁴² Sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

⁴³ Relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

⁴⁴ Es una autoridad de control independiente encargada de garantizar que las instituciones y los órganos de la Unión cumplan sus obligaciones en materia de protección de datos.

⁴⁵ Órgano consultivo independiente en materia de protección de datos y vida privada.

⁴⁶ “Consiste en la posibilidad de que mediante su ejercicio ante el responsable que trata tus datos personales, modifiques aquellos datos tuyos que sean inexactos o incompletos.” Agencia Española de Protección de Datos, Guía para el Ciudadano, *Sitio web Agencia Española de Protección de Datos* [en línea], disponible en: http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUDADANO.pdf, consulta: 3 de febrero de 2018.

oposición⁴⁷ e incluso a la cancelación⁴⁸ de la información. Lo anterior con fundamento en que, no solo es importante regular la forma en que el contenido se va a captar sino también el propósito, transferencia y permanencia de los datos en poder del responsable. Por ende, la Unión Europea ha determinado la implementación de planes tales como *Safe Harbour*, el cual establece que “EU privacy law forbids the movement of its citizens’ data outside of the EU, unless it is transferred to a location which is deemed to have “adequate” privacy protections in line with those of the EU.”⁴⁹ obligando a los encargados del tratamiento de los datos a certificar que los datos de ciudadanos de la UE no serán transferidos y/o vendidos a terceros no autorizados obligando a que las base de datos sean legales y cuenten con el respaldo de la autorización de su titular.

Como consecuencia, “[t]he personal information EU citizens, its prohibited transfer of that information into other countries that have less protective laws, which has significant consequences for international trade and business.”⁵⁰, lo que implica que la Unión Europea establece restricciones a países con nula regulación impactando en la adopción de reglamentación relacionadas con la privacidad en Estados en vía de desarrollo, en la medida en que esto es un condicionamiento para desarrollar acuerdos comerciales. Tal es el caso colombiano, que con ocasión de la celebración del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, adopta la Ley 1581 de 2012 que regula los datos personales.

En Estados Unidos, el caso *Boyd vs. Estados Unidos* de la Corte Suprema en 1886⁵¹ fue uno de los primeros Estados en consagrar, a través de decisiones judiciales, el derecho a la

⁴⁷ “Mediante el ejercicio de este derecho puedes oponerte a que no se realice el tratamiento de tus datos personales en los siguientes supuestos: 1. Cuando no siendo necesario tu consentimiento para el tratamiento de tus datos, exista un motivo legítimo y fundado referente a tu concreta situación personal (salvo que una Ley establezca lo contrario), 2. Cuando estemos ante tratamientos de datos personales cuya finalidad sea la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, 3. Cuando el tratamiento tenga como fin la adopción de una decisión referida a ti basada únicamente en un tratamiento automatizado de tus datos personales.” Agencia Española de Protección de Datos, Guía para el Ciudadano, *Sitio web Agencia Española de Protección de Datos* [en línea], disponible en: http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUADAN O.pdf, consulta: 3 de febrero de 2018.

⁴⁸ “Permite la cancelación de tus datos personales que sean inadecuados o excesivos. No obstante, se conservarán bloqueados de manera que se impida su tratamiento, sin perjuicio de su puesta a disposición de las administraciones públicas, jueces y tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades que hayan surgido del tratamiento durante su plazo de prescripción.” Agencia Española de Protección de Datos, Guía para el Ciudadano, *Sitio web Agencia Española de Protección de Datos* [en línea], disponible en: http://www.agpd.es/portaIwebAGPD/canaIdocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUADAN O.pdf, consulta: 3 de febrero de 2018.

⁴⁹ C Anglim, J Kirtley, G Nobahar, *Op. Cit.*, p XXV.

⁵⁰ James Waldo, Herbert S, Lin, Lynette I. Millet, *Engaging Privacy and Information Technology in a Digital Age*, National Research Council, Wshington DC, p. 383.

⁵¹ Autoridades federales de aduanas le confiscaron varios elementos a los acusados debido a la sospecha de que ciertos documentos habían sido falsificados con el fin de evadir impuestos. Durante el proceso, el juez ordenó a los acusados que presentaran documentos y libros personales para determinar la veracidad de la información. La Corte Suprema determinó que, la aportación documentos privados para ser usados como prueba en contra

privacidad. Este ordenamiento jurídico establece que "el *right to privacy* tiene una doble dimensión jurídica: por un lado goza de la preferencia que le otorga el ser considerado derecho constitucional, y por otro, se trata de un tort o supuesto de responsabilidad civil"⁵². Lo anterior implica que este postulado tiene rango tanto constitucional como legal.

Desde una consagración constitucional,

Although the U.S. Constitution does not explicitly mention the word "privacy," it safeguards the sanctity of the home and the confidentiality of communications from government intrusion. The Supreme Court has concluded that the Fourth Amendment protects against government searches whenever a person has a "reasonable expectation of privacy."⁵³

Así mismo, la Primera y Quinta Enmienda determinan el derecho de asociación y el derecho a la no autoincriminación, respectivamente, de lo que se interpreta que, para ejercer estos derechos es necesario el ejercicio del derecho a la privacidad.

Como disposición legal, desde 1970 el Congreso de Estados Unidos ha aprobado alrededor de 20 leyes⁵⁴ que propenden por la protección del derecho a la privacidad. Una de estas normas es el *Privacy Act* expedido en 1974, el cual "[r]egula la recopilación y uso de la información por parte de las agencias federales, permitiendo a los individuos acceder y corregir la información en los registros."⁵⁵, no obstante, la problemática de este acto es que limita la injerencia de entidades públicas haciendo caso omiso a las posibles violaciones por parte de particulares.

Por consiguiente, en la Ley de Agravio de diciembre de 1974, se determina aquellas infracciones civiles que implican indemnización a la víctima por la generación de un daño. Esta consagra cuatro eventos que involucran la privacidad de las personas, razón por la cual, cometerlas implica la vulneración de este derecho; dichas situaciones son la intromisión en asuntos de la vida privada, la apropiación del nombre o imagen de otro, la divulgación de la

de quien fue obligado a hacerlo vulnera la IV y V Enmienda, las cuales protegen contra requisas y registros arbitrarios y de la autoincriminación involuntaria.

⁵² Marcos Alejandro Celis Quintal, *La protección de la intimidación como derecho fundamental de los mexicanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 84.

⁵³ D Solove, *Op. Cit.*, p. 2.

⁵⁴ Fair Credit Report Act (1970), Privacy Act (1974), Family Educational Rights and Privacy Act (1974), Right to Financial Privacy Act (1978), Foreign Surveillance Act (1978), Privacy Protection Act (1980), Cable Communications Policy Act (1984), Electronic Communications Privacy Act (1986), Computer Matching and Privacy Protection Act (1988), Employee Polygraph Protection Act (1988), Video Privacy Protection Act (1988), Telephone Consumer Protection Act (1981), Driver's Privacy protection Act (1994), Health Insurance portability and Accountability Act (1996), Identity Theft and Assumption Deterrence Act (2006), Children's Online Privacy protection Act (1998), Gramm-Leach-Bliley Act (1999), CAN-SPAM Act (2003), Fair and Accurate credit Transactions Act (2003), Vide Voyeurism Prevention Act (2004), Genetic Information Nondiscrimination Act (2007).

⁵⁵ A González, *Op. Cit.*, p. 114.

vida de los demás y la publicidad que coloca injustificadamente a otro en una falsa luz ante el público.

Por su parte, el ordenamiento jurídico colombiano consagra el derecho a la privacidad, como un derecho de rango constitucional consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual establece que

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de las entidades públicas y privadas.⁵⁷

la protección que le otorga esta norma no se limita a una concepción tradicional de la no injerencia, sino también la perspectiva de este derecho en la era digital, es decir, la autodeterminación informativa.

A diferencia de la normatividad de otros ordenamientos, la norma constitucional colombiana protege el derecho a la no injerencia en los asuntos de los individuos por parte no solo de las autoridades, sino también de particulares. Así mismo, al igual que la regulación de la Unión Europea, el derecho a la privacidad desde una perspectiva actual, no se limita al dominio de datos, sino también al conocimiento, actualización y rectificación de la misma.

En el 2012 se expide la Ley Estatutaria 1581 de 2012, la cual establece los parámetros generales para la protección de datos. Esta, además de desarrollar el artículo 15 de la Constitución Política referente al derecho de *Habeas Data* establece los derechos y deberes de los propietarios y receptores de los datos, y consagra mecanismos y autoridades encargadas de la vigilancia y control del manejo de estos en Colombia. La promulgación de esta norma implicó el despliegue de actividades educativas a personas jurídicas con el fin de recalcar la importancia del tratamiento de datos personales y el amparo constitucional de su contenido.

La Ley 1581 de 2012, además de regular lo tendiente a los datos personales pone de manifiesto el enfrentamiento de derechos en los casos en que intervienen varios sujetos en la difusión de un recurso multimedia. Determina que

Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente Ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 83 de esta Ley. La persona que haya dado su

⁵⁷ Constitución Política de Colombia, 1991, art 15.

consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios.⁵⁸

permitiendo afirmar que, quién es retratado en el recurso multimedia tendrá la posibilidad de limitar su uso; no obstante, no resuelve la problemática de quién es el propietario del recurso.

En la actualidad el derecho a la imagen es considerado como un derecho autónomo por la Corte Constitucional colombiana. Lo que permite que las garantías para su protección sean reclamadas directamente y no por conexidad con la dignidad humana como anteriormente se realizaba vía acción de tutela. Fue hasta el año 2007 en que la Corte Constitucional a través de Sentencia T-405 del 24 de mayo de 2007⁵⁹, determinó “el derecho a la imagen [...] [como] un derecho autónomo que puede ser lesionado en forma independiente o concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular”⁶⁰, lo que representa el reconocimiento legal de la autonomía de ese derecho.

Con la presentación de la acción de tutela no se pretenden subsanar perjuicios económicos, sino constituir mecanismos efectivos de protección del derecho. Por tal motivo se ordenó cesar de forma inmediata todo acto injurioso y devolver a la actora las respectivas fotografías. Se puede concluir que cada individuo tiene la potestad de brindar o no autorización a terceros del uso de su imagen y que será él quien decide la forma de explotación económica teniendo entonces este derecho un doble contenido, patrimonial y moral.

Otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos, tales como Perú, Brasil, Venezuela y Argentina, han determinado el derecho que tienen los individuos no solo de estar solos - concepción tradicional del derecho a la privacidad- sino también la facultad de determinar qué información puede ser revelada a terceros -autodeterminación informativa como privacidad en la era digital-. Por tal motivo consagran en sus textos constitucionales el derecho a la privacidad, el cual podrá bien tener un tratamiento como derecho autónomo o como derecho conexo al buen nombre, la honra o la propiedad.

Conforme la construcción legal, jurisprudencial y doctrinaria fue avanzando “courts began recognize a right to protect one's personal information from disclosure by others, at least in cases where it would be highly offensive to a reasonable person.”⁶¹; por lo que a partir de lo anterior, se afirma que existe normatividad que regula el derecho a la privacidad tanto en su concepción tradicional, como desde una perspectiva de medios digitales.

⁵⁸ Congreso de Colombia, Ley 1581 de 2012, Bogotá, Diario Oficial No. 48.587, 18 de octubre de 2012.

⁵⁹ La actora aludía a la divulgación de fotografías por parte de su empleador, en las que ella aparecía desnuda. Las fotografías fueron encontradas en el computador asignado por la empresa a la actora, para la realización de las labores propias del trabajo.

⁶⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia del 24 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño (T-405/2007).

⁶¹ D Solove, *Op. Cit.*, p. 34.

En conclusión, se evidencia que la privacidad es un fenómeno propio de la vida en sociedad, razón por la cual, existe normatividad que consagra y desarrolla este derecho y los conexos. El desarrollo tecnológico ha conllevado a que la concepción de la privacidad se haya modificado adaptándose a los nuevos fenómenos sociales, razón por la cual este derecho se percibe no solo como el derecho a no ser molestado y a la no injerencia en los asuntos personales, sino también a la autodeterminación informativa. No obstante, debido a que los cambios sociales ocurren a grandes velocidades, la normatividad existente no logra responder de forma adecuada a estos fenómenos, razón por la cual, para la realidad actual, la regulación con relación al derecho a la privacidad puede resultar insuficiente o incluso inexistente.

Dado que se identificó las problemáticas que enfrenta el derecho a la privacidad en la era digital, y que este entra en conflicto con el derecho de autor en la difusión de recursos multimedia, se procederá a analizar el tratamiento jurídico a esta situación. Dicho estudio se realizará con el fin de determinar si la regulación existente de cada uno de los derechos involucrados proporciona una respuesta satisfactoria o sí, por el contrario, será necesaria la adaptación o creación de nueva regulación que tenga en cuenta los fenómenos sociales y por tanto garantice los derechos en la era digital.

II. Regulación del retrato no consentido de mujeres en la era digital

La sociedad se ha estructurado bajo parámetros patriarcales, los cuales determinan la subordinación de los derechos de la población femenina a decisiones arbitrarias de los hombres. Por tal motivo, el género femenino, al ser un grupo vulnerable, requiere de una protección reforzada de derechos. Por lo que el proceso de reivindicación de los derechos humanos de la mujer es motivo para la construcción de mecanismos jurídicos que consagren de forma expresa sus derechos y que permitan la equiparación con el género masculino.

Las plataformas digitales, a pesar de que han sido un medio para promover el desarrollo del género femenino, se han convertido en un entorno de violación de derechos, no solo por estructuras sociales, sino también por los obstáculos que acarrea la era digital. Como consecuencia, derechos tales como la privacidad, el buen nombre, y la dignidad se ven vulnerados cuando dichas plataformas permiten la difusión de contenido multimedia sin el consentimiento de la mujer retratada.

La divulgación de recursos multimedia de mujeres sin consentimiento reta a diferentes sistemas jurídicos al entrar en conflicto los derechos de propiedad del autor del recurso y el derecho a la privacidad de la persona que ha sido retratada. Por tal motivo, se hace necesario determinar la forma en que se abordará esta colisión. Se pretende determinar si existe regulación que consagre solución a dicho problema, que incluya los retos actuales y sobre todo que armonice el derecho de autor, la privacidad y los DDHH de la mujer.

Lo que se planteará solo aplica para la publicación de recursos sin autorización de la persona que se retrata, por lo que no se hará referencia, ni a aquellas situaciones en las que se publica sin autorización del autor, ni con el consentimiento del retratado. Con relación a la primera situación, estaríamos en el campo exclusivo del derecho de autor, y con relación al segundo, sea o no degradador el recurso, al tener el consentimiento del individuo, en principio no habría violación de los derechos mencionados, en la medida en que este cede o da mayor importancia a otros derechos.

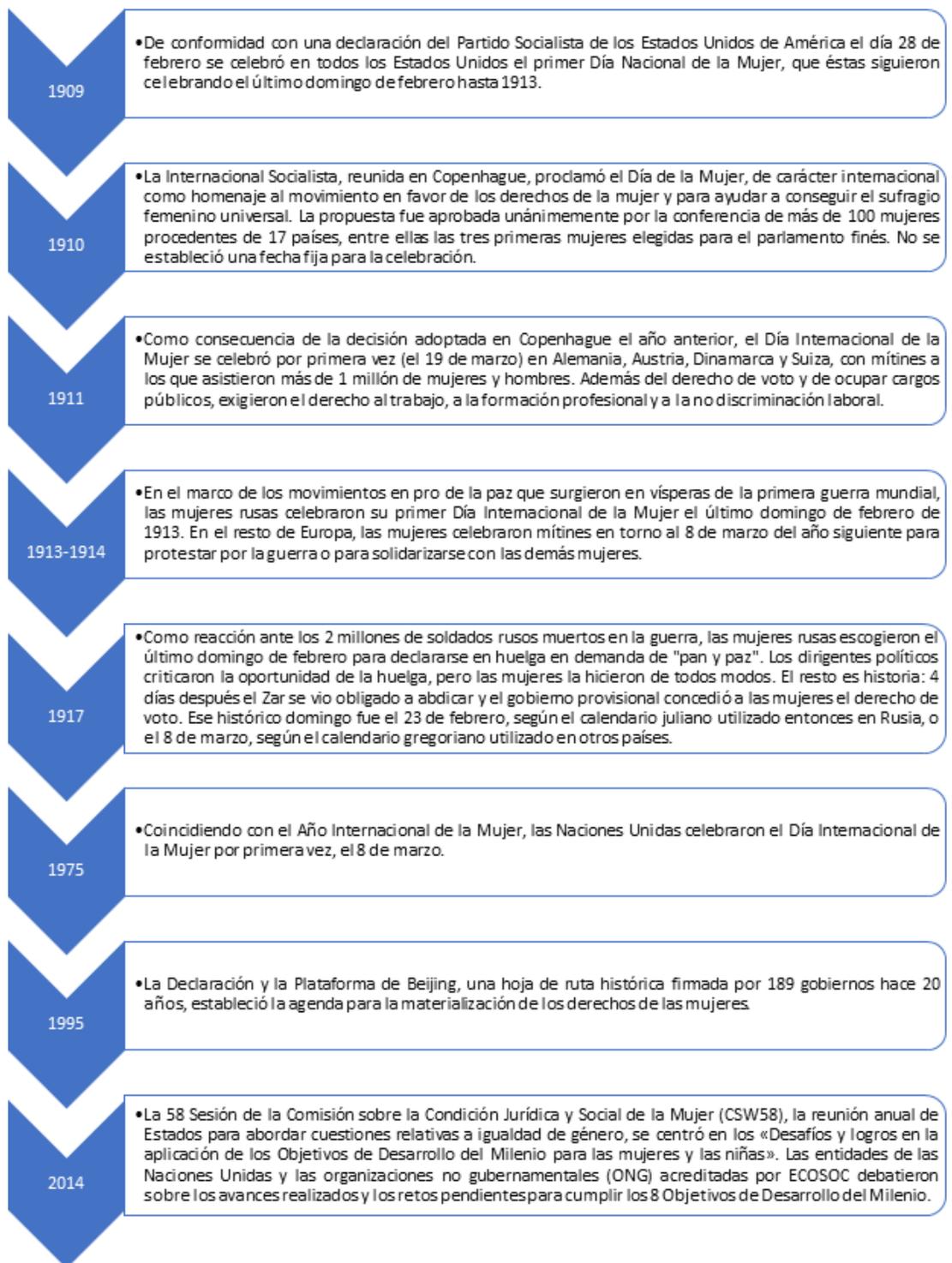
El presente capítulo se centrará en la regulación de recursos multimedia en medios digitales. En un primer acápite abordará los derechos de la mujer desde una perspectiva histórica, para analizar estos en el contexto actual demostrando a través de los nuevos fenómenos sociales los retos que estos derechos afrontan en la era digital. El segundo subcapítulo pretende abordar la problemática de la colisión de derechos en la difusión de recursos multimedia sin el consentimiento de la persona retratada a partir de la regulación de cada uno de los tópicos involucrados -derechos de autor, derecho a la privacidad y derechos de la mujer- para determinar si existe una solución jurídica adecuada.

II.A. La mujer en la era digital

El género femenino históricamente ha sido relegado y violentado, en la medida en que la sociedad se ha estructurado bajo modelos patriarcales, en los cuales, el género masculino predomina, posicionando a la mujer en un segundo plano, en la que carece de derechos, y los pocos que pueden disfrutar dependen exclusivamente de los hombres. Por tal motivo, se ha iniciado un proceso de reivindicación de sus derechos propiciando la construcción de mecanismos jurídicos que consagren de manera expresa su protección, con el fin de lograr la equiparación con el género masculino.

Las primeras manifestaciones de los derechos de la mujer se dan gracias a la lucha de los movimientos feministas por derechos básicos de la vida en sociedad, tales como el voto, la libertad de expresión y situaciones laborales justas y equitativa. Derechos de los cuales, aquellas no gozaban por una decisión arbitraria de las sociedades patriarcales bajo gobiernos monárquicos.

Poco a poco, como se evidencia en el siguiente cuadro, las mujeres a través de movimientos sociales y reproche a los postulados impuestos por gobiernos absolutistas han adquirido derechos rompiendo con las estructuras sociales tradicionales, y demostrando que estas gozan de los mismos derechos que los hombres por el simple hecho de pertenecer a la especie humana. No obstante, ha sido necesario una protección particular y expresa a este grupo poblacional vulnerado, ya que, para la cultura machista, las mujeres al ser inferiores que los hombres no son acreedoras de sus mismos derechos.



⁶² Organización de Naciones Unidas, “Historia del día de la mujer”, *Organización de Naciones Unidas*, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/es/events/womensday/history.shtml>, consulta: febrero 10 de 2018.

Pese a la protección reforzada y a la lucha por situaciones de equidad, la desigualdad de género persiste en todo el mundo. Los desequilibrios sociales que enfrentan las mujeres pueden originarse desde su nacimiento y prolongarse por el resto de su vida privándolas del acceso a la salud, nutrición adecuada, educación, entre otros conllevando en algunos casos, a niveles de vida deplorables que aumentan la tasa de mortalidad en este género. La igualdad de género se hace indispensable en la medida en que es un derecho fundamental y su promoción es clave para la construcción de una sociedad sana, desde la reducción de la pobreza, acceso a la educación y a la tecnología, y asistencia en salud.

Históricamente, el papel de la mujer en la sociedad ha representado una lucha constante por el reconocimiento y disfrute de derechos y la posibilidad de lograr una situación de igualdad con relación a los hombres. Por lo que, a pesar de “[p]ublic attitudes toward the roles of men and women have changed slowly over time [...] gender stereotyping at work, at home, in society at large continues to be a serious obstacle to greater gender equality.”⁶³ Como consecuencia, a pesar de la evolución y de los cambios sociales, económicos y tecnológicos, la mujer es relegada posicionándose en un rol secundario, en la medida en que las estructuras sociales determinan que no es apta para afrontar los nuevos fenómenos y por tanto se le restringen algunos derechos.

Al ser una situación cíclica, el panorama no solo de evolución del rol de la mujer en la sociedad, sino a su vez, de marginación, se ha visto reflejado en el fenómeno de la era digital y la tecnología. En el cual, a pesar de que en los últimos años las mujeres han tenido mayor presencia en este, es una historia que se ha visto marcada por desigualdades en el acceso y uso, y por tanto la carencia de posibilidades igualitarias entre ambos géneros. Esta situación, genera una clara vulneración no sólo al derecho a la igualdad, sino también de los derechos inherentes a la era digital -acceso a la información, derecho al olvido- y a aquellos derechos que han adquirido una importancia por los nuevos fenómenos sociales, como la privacidad y la imagen.

Por lo tanto, se constata que la brecha digital, la cual en principio se habla entre países desarrollados y en vía de desarrollo es un fenómeno que ha pasado de un criterio territorial, a permear la esfera social marcando diferencias entre hombres y mujeres en una misma sociedad, bajo los mismos parámetros sociales. Dicha brecha digital, como lo afirma el profesor Bimber⁶⁴, implica que “two gaps exist, one in access to the Internet, and one in use of the Internet among those men and women with access.”⁶⁵ y determina que “the access gap

⁶³ OCDE, *The Pursuit of Gender Equality an Uphill Battle: An Uphill Battle*, Paris, OCDE Publishing, 2017, p.37.

⁶⁴ Bruce Bimber es profesor y presidente del Departamento de Ciencias Políticas de Universidad de California en Santa Barbara. Estudia la comunicación política, con enfoque en la relación entre los medios digitales y los patrones en el comportamiento humano, especialmente en los dominios de la organización política y la acción colectiva.

⁶⁵ Bruce Bimber, *Measuring the Gender Gap on the Internet*, Santa Barbara University of Texas Press, vol 81, núm 3, September 2000, p. 2.

is entirely the product of socioeconomic differences between men and women, while the use gap is the product of both socioeconomic differences and some combination of underlying, gender-specific effects.”⁶⁶

En el acceso a la tecnología -en especial al internet- la brecha, además de las situaciones socioeconómicas, que hacen menos propensos a los países en vía de desarrollo a acceder a estos recursos es determinada por factores socioculturales e incluso tecnológicos, que permiten evidenciar esta diferencia entre hombres y mujeres. Dicha situación tiene origen por una parte en los postulados de una sociedad patriarcal, que asigna un rol determinado a la mujer, y como consecuencia, afecta ámbitos de la vida en sociedad no accesibles para ellas.

“Women’s experiences with technology have historically been limited and dominated by men”⁶⁷, debido a la estructura tradicional de la sociedad; como se planteó anteriormente, los hombres eran los encargados de satisfacer las necesidades económicas del núcleo familiar y de propiciar los avances de la sociedad, mientras que las mujeres estaban encargadas de las tareas domésticas. Lo anterior generó, que el género masculino fuera más proclive a la tecnología, en la medida en que, su rol en la sociedad era el encargado de desarrollar la misma, y era el acreedor del disfrute de estos nuevos fenómenos.

The origin of computers owes much to the achievements of women, with women pioneered information processing systems during the 1940s. Even in the post war period, computer programming was initially regarded as an extension of clerical work and was assigned to women in the army. However, this work later became culturally reconstructed as “men’s work,” with more complex skills were deemed necessary.⁶⁸

A pesar de que las mujeres fueron quienes tuvieron una primera aproximación a la tecnología, el desarrollo contribuyó a que se atribuyera como un ámbito exclusivo de los hombres, por lo que su evolución y desarrollo se vio marcado por habilidades masculinas. Razón por la cual se "argue that male values have been institutionalized in the technology through its creators, embedding a cultural association with masculine identity in the technology itself.”⁶⁹

El rol asignado a la mujer, no solo de encargarse de actividades domésticas, sino de ocupaciones tales como la educación, salud y servicios sociales -tareas menos informatizadas- ha influenciado el acceso del género femenino a la tecnología. Se afirma que “[g]ender roles and domestic responsibilities (such as housework and care-giving to children and spouse) in the home shape how much time women spend online. One expects that women have less opportunity to go online in the home because of these domestic responsibilities,

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ Tracy Kennedy, Barry Wellman, Kristine Klement, *Gendering the Digital Divide*, California, Stanford University, Vol 1, núm 5, 2003, p.153.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Sonia Liff, Adrian Shepherd, *Gendered by design*, Oxford, Oxford Internet Institute, núm. 2.1, 2004 p.11.

and therefore are online less than men.”⁷⁰ Así mismo, como se expresó anteriormente, las actividades que la mujer desempeña, al no requerir de mucha tecnología, conlleva a que ellas no accedan en la misma forma en que los hombres lo hacen.

Lo anterior ha influenciado, no solo la forma en que se estructura la muestra poblacional de ciertas profesiones, sino también la forma de la educación. Se observa, dentro de las estadísticas de las entidades de educación superior, que profesiones que se relacionan con la tecnología y las ciencias exactas son más populares entre la población masculina, en la medida en que las mujeres son más proclives a ocupaciones sociales. Así mismo, la forma en que se estructura la educación conlleva a que en poblaciones mayoritariamente femeninas se haga hincapié en las ciencias sociales y menos en ciencias exactas. Se debe aclarar que, estas diferencias se remontan a la evolución tecnológica, en la cual se estructura las nuevas tecnologías sobre habilidades y gustos masculinos.

Con relación a la brecha en el uso de la tecnología, en especial en el internet, se encuentra no solo que, las mujeres hacen uso de esta herramienta mucho menos que los hombres, sino que también ambos géneros la utilizan de forma diversa. Estudios demuestran que,

los hombres usuarios tienden a hacer un uso de la Red más relacionado con el ocio, el consumo y fines lúdicos, mientras que las mujeres internautas optan en mayor medida por usos de naturaleza más funcional que, en última instancia, podrían revertir en un mayor bienestar socioeconómico al estar más relacionados con la mejora del capital humano y social.⁷¹

Lo anterior implica que, los hombres, a pesar de que hacen mayor uso de las tecnologías dedican su tiempo a los juegos en línea, la prensa deportiva o a la representación pública de la familia⁷²; mientras que las mujeres ingresan a realizar actividades funcionales y prácticas, tales como situaciones relacionadas con la salud y el bienestar doméstico⁷³.

Al igual que en épocas históricas anteriores, las mujeres han emprendido una intensa lucha para acceder y por tanto ser acreedoras de los derechos frutos de la era digital, razón por la cual, en el contexto en el cual las tecnologías han adquirido un papel importante, la brecha en el acceso a estas herramientas se ha reducido⁷⁴. Como consecuencia, se evidencia que la población femenina que hace uso de la tecnología y que accede a la red, ha aumentado notoriamente -aunque sigue siendo población minoritaria en comparación con los hombres-, razón por la cual, se han generado espacios que se adapten a las necesidades de este grupo

⁷⁰ T. Kennedy, B. Wellman, K. Klement, *Op. Cit.*, p.150.

⁷¹ Cecilia Castaño Collado, Juan Martín Fernández, Susana Vázquez Cupeiro, *La e-inclusion y el bienestar social una perspectiva de género*, 2008, p. 141.

⁷² Declaración de impuestos, documentos personales y certificados, denuncias policiales, entre otros.

⁷³ Búsqueda de empleo y beneficios económicos, matrículas escolares.

⁷⁴ Se debe aclarar que se ha presentado una disminución notable, mas no ha desaparecido.

haciendo más agradable su experiencia en la red, en la medida en que encuentran contenidos de su gusto y espacios en donde pueden expresar y compartir sus ideas.

A las dificultades de acceso y uso antes mencionadas, se suma que “[w]omen are especially apt to be skeptical about Internet safety. Fewer women believe that communicating on the Internet is as safe as other means of communication”⁷⁵ planteando no sólo la dificultad con relación a la seguridad que genera la tecnología, sino poniendo de manifiesto los retos que este nuevo fenómeno presenta.

Esa preocupación por la seguridad se hace evidente debido al uso cotidiano de la red con el fin de compartir información personal; como consecuencia se generan fenómenos que propician diferentes tipos de violación a los derechos de la mujer, entre ellos la privacidad, menoscabando la autonomía sobre su información, en especial su imagen, al difundir recursos multimedia sin su consentimiento. Por tal razón, a pesar de que las personas se han instalado en el placer de ser vistos, esto no indica que sea a costa de los derechos- tales como el derecho a la privacidad y al honor- situación que se problematiza cuando este va acompañado de violencia y no necesariamente física, sino con la simple intromisión.

Las brechas, tanto en el acceso como en el uso de las plataformas digitales han conllevado a que a pesar de que el entorno digital propende por el desarrollo e integración social, se convierta en un espacio en el cual prolifera la violación de derechos, en especial de la población femenina, por las dinámicas propias de los medios digitales. Como consecuencia, surgen fenómenos actuales en el espacio digital femenino tales como el *sexting*, *upskirting* y *revenge porn*, entre otros, que vulneran el derecho a la privacidad y sus derechos conexos.

Por un lado, se afirma que, la brecha en el acceso ha permitido el surgimiento de estos fenómenos, en la medida en que, al ser la red un espacio con presencia mayoritariamente masculina se presta para que las mujeres, una vez más queden relegadas y sin mecanismos para luchar contra estas agresiones. Paradójicamente y como se mencionó anteriormente, son las mujeres quienes sufren este tipo de agresiones cuando son ellas las más cuidadosas en el uso de sus datos en las plataformas digitales demostrando la fuerte influencia de las estructuras patriarcales y la desigualdad de género, no solo en los fenómenos sociales, sino también jurídicos. Estas situaciones de vulneración desincentivan a las mujeres a acceder a plataformas digitales por miedo a ser víctimas de una agresión, aportando a que la brecha en el acceso aumente.

El *sexting* es un fenómeno que afecta especialmente a mujeres, el cual consiste en “any digital transmission of an explicit image created by a sender and sent to a recipient. *Sexting* only involves two parties, and the images depict either the recipient or the sender”⁷⁶. El *sexting*

⁷⁵ T. Kennedy, B. Wellman, K. Klement, *Op. Cit.*, p.81.

⁷⁶ C Anglim, J Kirtley, G Nobahar, *Op. Cit.*, p. 476.

entonces consiste en el intercambio consentido de contenido erótico o íntimo, expresión de una relación erótica con otra persona, *per se* es una forma de expresar la sexualidad, incluso “estudios como el de la Universidad de Michigan, apuntan que esta conducta forma parte del cortejo actual.”⁷⁷

Evidentemente esto inicia siendo un problema que relaciona la privacidad y sus derechos conexos cuando dichas imágenes se difunden y contienen mensajes que buscan denostar a la mujer. De distintos estudios realizados por el Instituto Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (InfoDF), Sistema para la Integración de la Familia, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y la Organización Pantallas Amigas en México es posible deducir que las personas que más practican el *sexting* en Latinoamérica están entre los 15 y 28 años de edad; además que más de la mitad de los casos de *sexting* en América Latina terminan en una vulneración de los derechos de la mujer, principalmente en países en donde la cultura machista y de patriarcado están muy arraigados.

Desde una perspectiva de género, esta práctica constituye violencia, gracias a que se basa en una cultura de estereotipos discriminatorios sobre la mujer y sus cuerpos; entonces, al difundirse imágenes y videos sin su consentimiento usados para que sean agredidas y vejadas por lo hombres, se despoja a las mujeres incluso del respeto de la autonomía sobre su imagen.

Alrededor del *sexting* se generan múltiples posiciones, siendo desde la perspectiva feminista como lo soporta desde Gloria Steinem⁷⁸ hasta Barbara Kruger⁷⁹ apropiado entender que ninguna mujer envía fotos íntimas con el fin de que su imagen sea dañada, por ende, las mujeres, en estos casos siempre son víctimas; el responsable- quien puede ser tanto un hombre como otra mujer- es quien usa y difunde esas imágenes para los fines que no fueron propuestos. Bajo ninguna circunstancia, la mujer es quien debe ser objeto de comentarios cuestionando las razones por las cuales envió esas imágenes trasladando a ella la culpabilidad, ya que, este no es el rol que deben cumplir como víctima.⁸⁰



⁷⁷ Mattica, *Mattica*, [en línea], agosto 17 de 2012, disponible en: <https://mattica.com/sexting-al-limite-de-la-pornografia-mattica/>, consulta: febrero 21 de 2018.

⁷⁸ Escritora, activista política y organizadora feminista estadounidense. Cofundadora Women's Media Center y de Women's Action Alliance, un centro de información nacional especializado en el *nonsexist* y el Caucus nacional de mujeres. Véase <http://www.gloriasteinem.com/about>

⁷⁹ Artista conceptual estadounidense conocida por su combinación de estilo e imagen que transmite una crítica social desde una perspectiva feminista. Sus trabajos examinan los estereotipos y los comportamientos fruto del consumismo. Véase de <http://www.artnet.com/artists/barbara-kruger/>

⁸⁰ Imagen tomada de <http://marthadicroce.blogspot.com.co/2011/01/barbara-kruger.html>

Otro fenómeno en el escenario digital es el *upskirting*, término usado para referirse a aquellas imágenes que son captadas debajo de las faldas de las mujeres sin su consentimiento.

Upskirting

of what's termed "image-based sexual abuse", namely the non-consensual creation, and/or distribution, of private, sexual images. So, rather than just thinking about upskirting in isolation, it needs to see it as part of a broader phenomenon where women (and it is mostly women) are subjected to forms of sexual abuse and harassment involving the taking and sharing of private sexual images without their permission.⁸¹

Ninguna mujer está preparada para ser vulnerada y sentirse tan invadida como lo ocasiona el *upskirting*. Esta es una práctica que se ha hecho popular en trenes, buses, supermercados e incluso festivales de música como le ocurrió a Gina Martin⁸² en el Reino Unido. La joven se encontraba en un festival de música en Hyde Park, a su lado se encontraban unos hombres quienes interactuaron con ella y su hermana; conforme transcurrió el tiempo, notaron que los sujetos tenían un comportamiento extraño. Uno de los hombres acercó su teléfono tanto a su entrepierna que logró capturar su ropa interior; Gina Martin no se percató de esto hasta que por accidente vio el teléfono de ese hombre en manos de otro burlándose, se notaba que era la entrepierna de una mujer, con lo que evidentemente era su ropa interior.



Ella se dirigió hacia el equipo de seguridad del evento quienes llamaron a la policía, al ver la imagen la respuesta de las autoridades fue que esta al no ser un contenido gráfico -y a pesar de que se muestra más de lo que ella quisiese con una falda- no es considerado un delito en el Reino Unido. Por tal motivo, Gina Martin comienza una petición ante el parlamento de su país con el fin de que el *upskirting* sea considerado como violación a la privacidad y a la sexualidad e incluido como un delito sexual bajo la Ley de Delitos Sexuales de 2003.

La Ley de Delitos Sexuales de 2003 de Reino Unido es una ley que se realizó con el fin de actualizar los delitos, establecer medidas de control y protección más rigurosas con el fin de proporcionar más mecanismos que los salvaguarden y no un simple catálogo ilusorio de derechos. Es por esto, que se actualizan los tipos de abuso sexual y los tipos de violación integrando nuevas modalidades de abuso, tal como el *upskirting*.

⁸¹ Clare McGlynn, Erika Rackley, 'Why `upskirting' needs to be made a sex crime.' *The conversation*, Durham, Durham University, 2017, p. 5.

⁸² Imagen tomada de <https://www.instagram.com/p/Be6CMnrn6QC/?taken-by=beaniegi>

El último fenómeno analizado es el *revenge porn* que “typically consist of sexually explicit photos or videos that are uploaded on the Internet by former paramours – pruned ones, in particular, as the word “revenge” connotes- without permission of the individuals depicted in them and sometime accompanied by identifying information, such as names, addresses and Facebook accounts.”⁸³ A lo largo del tiempo, el porno ha sido una manifestación de la instrumentalización y objetivación de la mujer, que aunque con el pasar del tiempo los roles en este ámbito se han aparejado, ha determinado que no solo es una práctica que toma a la mujer como objeto, sino que se desarrolla con su consentimiento y sin fines discriminatorios, sin lugar a duda este concepto machista resurge con el *revenge porn*.

Dada la connotación de esta práctica, esta es realizada por exnovios, examantes y exesposos cuyo fin es degradar el nombre de su excompañera compartiendo tanto las imágenes como detalles sobre la escena y también sobre ella vulnerando innegablemente su privacidad, su buen nombre y sus derechos conexos.

Tal como su nombre lo refiere, la venganza es provocar dolor o daño como la otra persona lo ha ocasionado, es imaginar que una mujer ha terminado su relación amorosa por cualquier motivo y ha dejado insatisfecha a su pareja.

For example, many perpetrators use threats to share nude or sexual images in order to force the victim to engage in an unwanted sexual act, or prevent them from leaving the relationship or obtaining an intervention order, or to blackmail them for monetary payment, sexual favours or other related acts. Although these threats, also known as ‘sextortion’⁸⁴

¿Merece esta mujer que su privacidad sea expuesta?

Este tipo de fenómenos no sólo desembocan sus efectos en el contexto *online*, estos de una u otra forma tendrán repercusiones en la vida *offline* de la mujer.

Zweing y Dank (2013) afirman que el acoso de la pareja mediante textos que llevan la intención de controlar, degradar y atemorizar alcanza 25%. Estas autoras sostienen que las víctimas de este acoso online son dos veces más propensas a ser agredidas físicamente, debido a que el tránsito del ciber mundo a la realidad es inmediato.⁸⁵

⁸³ Clay Calvert, *Revenge porn and freedom of expression: Legislative pushback to an online weapon of emotional and reputational destruction*, 24 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 673, 2014, p. 677.

⁸⁴ Nicola Henry, Anastasia Powell, Asher Flynn, *Not Just ‘Revenge Pornography’: Australians’ Experiences of Image-Based Abuse*, RMIT University, 2017, p. 3.

⁸⁵ J. Zweing, M. Dank, *Teen dating abuse and harassment in the digital World: Implications for prevention and intervention*, citado en: Luz María Velázquez Reyes, *Violencia en las relaciones sentimentales. del cara a cara al mundo virtual*, San Luis Potosí, Instituto Superior de Ciencias de la Educación del Estado De México, 2017, p.3.

Es por esto que estas prácticas

“In today networked society, abusive online conduct such cyber-bullying and cyber harassment can cause serious damage [sic], including severe emotional distress, lost of employment, and even violence or death.” In fact [Ninety-three] percent [of revenge pornography victims] said they have suffered significant emotional distress as a result of being victim. “Revenge pornography also disproportionately affects women shown by The Cyber Civil Rights Initiative's finding that [ninety] percent of revenge pornography victims are women.”⁸⁶

No simplemente se refiere a una conducta particular en contra de las mujeres y sus derechos, sino los posibles efectos que hacen más evidente y reales esta situación tales como depresión, pérdida del empleo, violencia física y psicológica e incluso la muerte. Las mujeres más allá de derechos, busca sentirse seguras y educadas sobre el entorno digital.

La autonomía sobre la que gira este discurso es el derecho que tiene cada una de las mujeres a decidir sobre su imagen y su cuerpo; por lo que, nadie tiene la potestad de difundir recursos multimedia de una mujer sin su consentimiento y mucho menos a degradar su imagen y su buen nombre, ni discriminar ni recriminar sus actos por el simple hecho de ser mujer.

La impunidad -como se verá más adelante- en este tipo de prácticas propician la continua violación de los derechos y da a entender que incluso la imagen de la mujer no le pertenece a ella, y que puede ser usada bien lo decida la sociedad. La permisión de estas violaciones propicia agresiones sexuales e incluso feminicidios, creando una cultura social de irrespeto por el género femenino.

En conclusión, cuando las mujeres se salen de lo que la sociedad espera de acuerdo con los parámetros sociales, ella es a quien culpabilizan por la violencia que viven, siendo irracional basarla en una condición de género. Es por esto que la “subordinación de las mujeres y la aceptación implícita de la violencia está siendo sustituida por una nueva visión en que la violencia patriarcal se hace visible e intolerable para la mayor parte de la sociedad.”⁸⁷; pensamiento que debe seguir difundándose para lograr el respeto del género femenino.

Como se evidencia, la tecnología, que en principio se creyó que era una herramienta que impulsaría el desarrollo y que eliminaría problemáticas sociales como la desigualdad ha mantenido dichas diferencias, pero adaptada a este nuevo fenómeno. Como consecuencia, se constata que la mujer sigue siendo sujeto de discriminación debido a la estructura patriarcal

⁸⁶ Snehal Desai, *Smile for the Camera: The Revenge Pornography Dilemma, California's Approach, and Its Constitutionality*, 42 *Hastings Const. L.Q.* 443, 2015, p. 445.

⁸⁷ Ana De Miguel Álvarez, *La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género*, Madrid, Universidad de Complutense, vol 18, 2005, p. 245.

en la esfera de la era digital, siendo problemas propios de la época, el acceso a herramientas tecnológicas y la seguridad en la misma.

Ambas problemáticas, a pesar de que en principio, se evidencian como no relacionadas, tiene una estrecha conexión, en la medida en que, no solo los derechos de las mujeres están vulnerados *ex ante*, por el simple hecho de no tener los medios para acceder de igual forma que los hombres a los medios digitales, sino también que, en estas mismas herramientas, como se determinó anteriormente, crean espacios de degradación y objetivación de las mujeres. La importancia del objeto de estudio radica en que, al ser la red un espacio que permite el desarrollo de actividades transfronterizas, e incluso, como se planteó en el apartado I.A. de manera anónima, la vulneración de estos derechos queda impune bien, porque no hay victimario determinado o hay un conflicto de jurisdicciones nacionales para castigar.

El objetivo será entonces reducir los niveles de impunidad frente a los fenómenos mencionados; es innegable que los delitos cometidos en la red gozan del beneficio del anonimato lo que dificulta aún más la aplicación de la ley, pero son estos retos los que deben ser asumidos por los Estados y Organizaciones Internacionales mediante una regulación transnacional en los que se consideren delitos digitales, con la misión de transmitir seguridad y reducir las cifras de violación de los derechos vulnerados a las mujeres.

Es evidente que entre la privacidad y la mujer, entendiendo la privacidad como un derecho y la mujer como todos los aspectos que involucran la defensa del género, existe un punto de confluencia y son los problemas que perjudican especialmente a ellas; lo que implica que los Estados y Organizaciones Internacionales deban abordar sus necesidades y establecer políticas en favor del fortalecimiento de los mecanismos de protección de sus derechos.

La problemática será, por lo tanto determinar quién tiene derechos y obligaciones sobre las acciones que se realizan en plataformas digitales, con el fin de establecer los derechos a proteger y los mecanismos y autoridades competentes. Como consecuencia se encuentra que, existen dos sistemas jurídicos, como se verá en el apartado siguiente, que pretenden proteger diversos bienes jurídicos, que se encuentran en colisión en una misma situación; los bienes que se pretenden proteger serán las creaciones intelectuales y por tanto su propiedad, y la dignidad e integridad de las personas y sus derechos asociados.

Una vez identificado los obstáculos que enfrentan las mujeres en las plataformas digitales, y la existencia del enfrentamiento de derechos en estos entornos digitales, se procederá a analizar la colisión entre sistemas regulatorios que se presenta en la actualidad, y por tanto la regulación existente con relación a cada uno de los derechos involucrados -derechos de la mujer y derechos de autor- con el objetivo de determinar si existe normatividad que aborde de forma satisfactoria dichas situaciones.

II.B. Colisión de sistemas jurídicos en la era digital

Sobre la privacidad en medios digitales, actualmente, se ejerce un control muy escaso, tanto desde el aspecto normativo como de veeduría realizada por el usuario. Desde una perspectiva jurídica, la problemática se refleja, como se planteó en el capítulo I, con la poca regulación que existe sobre la materia, y aunque se han realizado aproximaciones al tema, apenas comienza a ser una constante de importancia para los Estados y las Organizaciones Internacionales. Así mismo, los usuarios prestan muy poca atención a las políticas de privacidad de las plataformas digitales, debido a la poca empatía que despierta en el ser humano la protección de sus datos personales, en comparación con la exposición que este puede tener en las plataformas digitales por el afán de adaptarse a los fenómenos de la era digital, y por tanto hacer noticable su vida.

Por lo tanto, las plataformas digitales son el espacio que satisfacen dicho afán de compartir los datos personales, los cuales se refieren a cualquier “pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse a una persona natural”⁸⁸, siendo la imagen o la apariencia, el dato que nos representa en el entorno social y el dato que más se difunde en plataformas digitales. Es por esto, que el derecho que se ejerce sobre la propia imagen es una manifestación de la libertad, respecto a los atributos más característicos de una persona.

La conexión de la privacidad con el derecho a la propia imagen confluye en la dignidad, el buen nombre, el honor y otros derechos conexos. Es por esto, que cada persona tiene la potestad de determinar cómo, cuándo y por quién su imagen será captada, reproducida y publicada. Actualmente, la protección de estos derechos se ven inmiscuidos en un reto dada la aparición de plataformas digital, ya que los recursos multimedia que se encuentran en la red no gozan de un completo control por parte de los sujetos involucrados - bien su autor, o el retratado-; siendo este el reto principal, el cual se magnifica cuando las vulneraciones a los derechos radican en ocasión al género femenino.

Jurídicamente, esta problemática implica la colisión de múltiples sistemas normativos que pretenden la protección de diversos bienes jurídicos -la propiedad y el derecho a la dignidad-, por lo que se hará necesario determinar la forma en que deben convivir para garantizar la íntegra protección de los derechos de los involucrados. Se parte que, sobre la publicación de recursos multimedia en medios digitales sin el consentimiento de la mujer retratada, entran en conflicto los derechos a la propiedad, de los cuales es acreedor el autor del recurso y los derechos a la privacidad, dignidad y buen nombre de la mujer que se retrata. A continuación, se pretende exponer, la regulación actual sobre los derechos de autor y los

⁸⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, “Sobre la protección de datos personales”, *Superintendencia de Industria y Comercio*, [en línea], disponible en <http://www.sic.gov.co/sobre-la-proteccion-de-datos-personales>, consulta: marzo 30 de 2018.

derechos de la mujer, con el fin de plantear la forma en que actualmente se aborda cada uno de los tópicos, para poder identificar si la normatividad existente puede dar solución íntegra a la situación, o si por el contrario es necesario la creación de una regulación que dé respuesta al fenómeno y garantice el pleno disfrute de los derechos de los involucrados.

El derecho de autor surge debido a las crecientes manifestaciones artísticas, de la mano con el desarrollo tecnológico generando la necesidad de una regulación que proteja las creaciones fruto del intelecto humano garantizando no solo la paternidad y autoría, sino la forma de explotación económica de estas. El concepto de derecho de autor será además de ser una clasificación de la propiedad intelectual⁸⁹, un tipo particular de derecho que “[r]egula un tipo especial de propiedad proveniente del intelecto humano.”⁹⁰ El derecho de autor, a diferencia de cualquier otro tipo de propiedad se caracteriza por garantizar derechos morales, de modo que están compuestos por un doble contenido, tanto patrimonial como moral⁹¹.

Como consecuencia, inicialmente se podría pensar que el derecho de autor se regula por las normas de propiedad tradicionales. No obstante, y como se verá a continuación, su protección se ha materializado en instrumentos jurídicos, de carácter especial, que responden no solo a las características particulares de este derecho, sino también a las necesidades específicas que este fenómeno genera. Cabe resaltar, que la regulación del derecho de autor goza de una protección general y a su vez particular, en la medida en que la normatividad que lo consagra desarrolla bien, exclusivamente este derecho, o los derechos de propiedad intelectual, entendiendo que, el derecho de autor entra en esta categoría y por tanto se encuentra amparado por dicha normatividad.

Respondiendo a la necesidad de una regulación sobre derecho de autor, de carácter internacional y estandarizada, debido al aumento de creaciones del intelecto humano, se da la creación de agencias especializadas que regularan el fenómeno, tales como la Organización Mundial de Propiedad Intelectual⁹² (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estas están encargadas de impulsar políticas interestatales encaminadas a la protección y fomento de la propiedad intelectual y por tanto el derecho de autor.

⁸⁹ “Los derechos de propiedad intelectual son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente.” Organización Mundial del Comercio, ¿Qué se entiende por "derechos de propiedad intelectual"?, *Organización Mundial del Comercio*, [en línea], disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm, consulta 3 de marzo de 2018.

⁹⁰ Santiago Márquez Robledo, “Principios Generales del Derecho de Autor”, Tesis para optar por título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, p. 158.

⁹¹ Los derechos patrimoniales se entienden como la potestad que tiene el creador para impedir o permitir la divulgación de la obra y de esta, ocasionar un beneficio económica. Los derechos morales, es un derecho que se desencadena de forma independiente del derecho patrimonial, ya que, aunque la explotación del derecho haya sido cedida, el titular conserva para sí la paternidad de la obra, razón por la cual se puede oponer a la transformación o mutilación de la misma si considera que vulnera el honor y la reputación de esta.

⁹² Entra en vigor con el Convenio de la OMPI en 1970, pero sólo hasta 1974 se consolida como un órgano especializado de la ONU. Es un foro mundial encargado de liderar procesos de cooperación, financiación y educación en materia de propiedad intelectual con el fin de consolidar un sistema equilibrado y eficaz.

La OMPI se encarga de la administración de 26 tratados internacionales relacionados con la propiedad intelectual, entre los cuales se destacan el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor⁹³ y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas⁹⁵ ambos de 1996. Así mismo, cuenta con entidades tales como el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos⁹⁶ y el Centro de Arbitraje y Mediación⁹⁷.

La OMPI, uniéndose a los esfuerzos de la ONU para la erradicación de la pobreza, la protección del planeta y la prosperidad para todos ha adoptado en su agenda los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS). Como consecuencia dentro de los ODS, se ha consagrado la necesidad de garantizar los derechos que se derivan de la creación de una obra del intelecto humano, no solo para fomentar el avance tecnológico, que permitirá el mejoramiento en la calidad de vida de los individuos y la protección del medio ambiente, sino también el desarrollo económico.

Por su parte, la OMC⁹⁸ a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés)⁹⁹, consagra la propiedad intelectual como uno de sus principios rectores. Este responde al incremento en la comercialización de nuevos bienes fruto del intelecto humano y a la falta de una regulación de carácter interestatal en la materia, razón por la cual unifica la normatividad, y consagra el mecanismo de solución de controversias de la OMC como un medio para la resolución de conflictos en materia de derechos de propiedad intelectual.

Dentro de los instrumentos más importantes de protección del derecho de autor se encuentra el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas¹⁰⁰ y La Convención Universal sobre Derecho de Autor¹⁰¹. Estos tienen como objetivo, la estandarización de la normatividad concerniente y el reconocimiento de los derechos que

⁹³ Adoptado en virtud del Convenio de Berna que consagra la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital.

⁹⁴ Este tratado se crea en armonía con Convenio de Berna, consagrando una doble protección al derecho de autor, siendo el primero una normatividad especial y el segundo general. Así mismo, esta Convención consagra, además de los derechos reconocidos en el Convenio de Berna, determinados derechos económicos.

⁹⁵ Regula los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital.

⁹⁶ Se encarga de examinar las cuestiones relacionadas a los derechos de autor y sus derechos conexos.

⁹⁷ Presta los servicios de mediación, arbitraje y decisión de expertos con el fin de dar solución a las controversias que surjan de la propiedad intelectual, evitando que los sujetos tengan que acudir ante un ente jurisdiccional.

⁹⁸ A pesar de que su principal objetivo es la regulación del comercio internacional, las dinámicas de la era digital han conllevado a que consagre los derechos de autor para garantizar los derechos de los comerciantes.

⁹⁹ Surge en 1994, fruto de las negociaciones en la Ronda de Uruguay.

¹⁰⁰ Suscrita en 1886. Consagra los derechos de los cuales son acreedores los autores de obras literarias, y por tanto garantizar el control del uso de las obras creativas.

¹⁰¹ Adoptada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, en el marco de la Conferencia Intergubernamental de Derecho de Autor de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Esta busca establecer un régimen mundial de protección de los derechos de autor a nivel mundial, por lo que consagra la obligación de los Estados de adoptar las disposiciones necesarias para la protección íntegra de estos.

tienen los autores de las obras, razón por la cual le imponen obligaciones a los Estados de proteger estos derechos.

La problemática del derecho de autor radica en que, a pesar de que existe una normatividad de carácter internacional que lo consagra, esta se limita a ser lineamientos que cada Estado debe adoptar para la efectiva protección. Es decir, la protección de derecho de autor es una garantía estatal, que cada ordenamiento jurídico determina, careciendo de una verdadera protección internacional. Lo anterior conlleva a que la protección de las obras fruto del intelecto humano sea frágil, en la medida en que depende de cada Estado.

Esta regulación resultará, como se planteará a continuación, por una parte, complementaria a la normatividad que consagra los derechos de la mujer, en la medida en que no solo establece lineamientos para los derechos de autor, de los cuales son acreedoras las mujeres en caso de generar una invención, sino también la promoción de la participación del género femenino en disciplinas tales como la ciencia y la tecnología. No obstante, resultarán contrarias en aquellas situaciones en las que sujetos diversos propendan por cada uno de los derechos. Se procederá a analizar el Sistema Internacional de los Derechos de la Mujer para evidenciar dichas situaciones.

Con el fin de proteger y reafirmar dicho proceso histórico de construcción de derechos del género femenino, y de muchas otras comunidades sociales relegadas y violentadas (LGBTI, afrodescendientes, entre otros), es necesario respaldar las iniciativas que contribuyan al fortalecimiento de las herramientas que materialicen sus derechos y brinden seguridad jurídica en la cotidianidad. Dado este escenario, es necesario determinar mecanismos clave que permitan la protección de estos derechos, en especial para el género femenino que, a pesar de que, como se verá a continuación, la normativa general le es aplicable, es urgente incrementar la protección para el género al que históricamente le han sido vulnerados sus derechos.

Los derechos de la mujer serán entonces, aquellas obligaciones y libertades de las cuales son acreedores las mujeres, por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, es decir, son los DDHH de los cuales gozan las mujeres.

Si bien las mujeres tienen todos los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, éstos por sí solos eran insuficientes para dar una respuesta adecuada a la diversidad, especificidad y complejidad de la problemática de la mujer. Para construir una sociedad realmente igualitaria era indispensable, entonces, adoptar unos instrumentos especiales para las mujeres que consideraran su vulnerabilidad- que garantizaran eficazmente la eliminación de las inequidades históricas y las

injusticias estructurales que experimentan las mujeres por el único hecho de ser mujer.¹⁰²

Como consecuencia, las mujeres gozan, al igual que el derecho de autor, de una doble protección de sus derechos, tanto a través del sistema de DDHH, como del régimen especializado de las mujeres.

Posteriormente, con la estructuración del Sistema Internacional de DDHH, se da una manifestación expresa de los DDHH, derechos que, en principio, por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, las mujeres son acreedoras, pero que las sociedades se los habían restringido. Como consecuencia, en 1948 la ONU aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹⁰³ siendo una carta de “[...]derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición.”¹⁰⁴. No obstante, es una simple manifestación de buena voluntad de los Estados, pero carente de fuerza jurídica vinculativa¹⁰⁵ razón por la cual es considerado *soft law*.

Como consecuencia, fue necesario la creación de dos pactos, que, además de la enunciación de derechos, estableciera obligaciones específicas para los actores internacionales, órganos de control y sanciones por la vulneración de dichos postulados jurídicos. Por lo tanto, en 1966 se adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁰⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁰⁷, instrumentos jurídicos de carácter vinculante.

La Comisión para la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), la cual surgió poco después de la creación de la ONU, es una comisión especializada, bajo el mandato del

¹⁰² Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Derechos de la mujer*, Bogotá, 2002, p. 11.

¹⁰³ Aprobada en 1948 por la Asamblea General de la ONU. Consagra un listado de 30 derechos, tanto derechos civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales.

¹⁰⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”, *Sitio web Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos* [en línea], disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>, consulta: marzo 3 de 2018.

¹⁰⁵ En la medida en que se limita a enunciar los derechos, más no a establecer ni los mecanismos de protección y garantía, ni los entes encargados, ni las sanciones por su vulneración.

¹⁰⁶ Solo entra en vigor hasta el 23 de marzo de 1976. Este contiene, además de obligaciones y órganos de control, una lista de derechos civiles y políticos que bien, no están enunciados en la DUDH, e incluso carece de algunos que están en la Declaración; este está conformado por dos Protocolos Adicionales los cuales son de adhesión voluntaria. El primer protocolo establece un sistema de control de cumplimiento de las disposiciones del PIDCP. El segundo se refiere a la prohibición de la pena de muerte.

¹⁰⁷ Entró en vigor el 3 de enero de 1976. Este además de consagrar un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales mucho más amplio al establecido en la DUDH, los define y determina el procedimiento que los Estados deben seguir para su correcta garantía, y cuenta con un protocolo facultativo. El Protocolo facultativo consagra mecanismos de denuncia e investigación para el cumplimiento del Pacto, el cual fue aprobado en el 2008 y entró en vigor en el 2013.

Consejo Económico, Social y Cultural (Ecosoc), se encarga de la promoción de los derechos de la mujer. Dentro de los logros más importantes de la CSW se encuentra el

establecer normas y formular convenciones internacionales que cambiaran las leyes discriminatorias y aumentaran la sensibilización mundial sobre las cuestiones de la mujer. En sus aportaciones a la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Comisión defendió con éxito la necesidad de suprimir las referencias a “los hombres” como sinónimo de la humanidad, y logró incorporar un lenguaje nuevo y más inclusivo.¹⁰⁸

Esta celebra conferencias internacionales periódicas de la mujer¹⁰⁹, con el fin de revisar la situación de la población femenina en el mundo y adoptar las medidas necesarias para su protección. En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se aprueba de forma unánime, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. La plataforma constituye el programa de empoderamiento de la mujer, sobre la base de la igualdad de género reivindicando los derechos de la mujer como DDHH, por lo que compromete a los Estados a llevar a cabo acciones específicas para asegurar el respeto de los mismos.

Desde entonces, se realizan revisiones quinquenales, permitiendo la adaptación de los planes de acción a las dinámicas actuales. Como consecuencia, se han integrado los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)(2000) y los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)(2015) correspondientes a esta plataforma, es decir, objetivo 3 y 5¹¹⁰ y objetivo 5¹¹¹, respectivamente, reconociendo la necesidad de empoderar a todas las mujeres, en razón de que estas representan la mitad de la población mundial y por tanto la mitad de su potencial.

Los ODS es un programa de promoción del desarrollo social y protección de los DDHH de la ONU, el cual busca, cada 15 años, establecer metas específicas que propendan por dichos intereses para las cuales, los 191 países que lo ratifican deberán dirigir sus esfuerzos. Dentro de estos objetivos, se incluye para la agenda de 2030, igualdad de género junto a otros 16 propósitos relacionados con la erradicación la pobreza, la protección del planeta y la búsqueda de la prosperidad. Según la Asamblea General, la agenda implica un compromiso común y universal, por ende, a pesar de que cada país cuente con retos específicos, fijará metas nacionales y programas, apegándose a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Así mismo, para la protección de los derechos de la mujer, se cuenta con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su

¹⁰⁸ ONU Mujeres, “Un poco de historia”, Sitio Web ONU Mujeres, [en línea], disponible en: <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>, consulta: febrero 10 de 2018.

¹⁰⁹ Se han celebrado cuatro conferencias: Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995).

¹¹⁰ ODM 3: promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer. ODM 5: mejorar la salud materna.

¹¹¹ Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

protocolo facultativo. Esta se considera como el tratado de DDHH de las mujeres más importante imponiendo una obligación a los Estados, no solo de eliminar toda forma de violencia contra la mujer, sino también de lograr la igualdad sustancial para garantizar el goce de los derechos.

La importancia de la temática conlleva a que sistemas jurídicos regionales, y diversas organizaciones de carácter multilateral adopten normatividad y políticas tendientes a la protección de los derechos de la mujer. Tal es el caso de la Organización Mundial del Trabajo (OIT)¹¹², la UNESCO¹¹³, y la Organización de Estados Americanos (OEA)¹¹⁴.

Se evidencia que, de cada uno de los tópicos sujetos a estudio existe una amplia regulación internacional. A pesar de lo anterior, se afirma que hay un vacío normativo, con relación a aquellos fenómenos -como la publicación no consentida de imágenes de mujeres- en donde múltiples derechos confluyen y que incluso, en algunos casos, resultan incompatibles. El sistema jurídico internacional carece, no solo de normas que consagran y regulan el derecho a la privacidad de la mujer, sino también, la forma en la que debe tratarse los derechos a la privacidad y el derecho de autor en una misma situación, e incluso una normatividad de los tres derechos en conjunto.

En la actualidad, no existe normatividad expresa, con relación al derecho a la privacidad de la mujer en la era digital; y a pesar, de que no sería necesario una regulación particular al respecto, en la medida en se entiende que son acreedoras del derecho a la privacidad consagrado en el Sistema Internacional de DDHH, los parámetros históricos antes mencionados, hacen necesaria dicha consagración expresa para la efectiva protección de este derecho.

La relación entre el derecho a la privacidad y el derecho de autor no es una problemática reciente. No obstante, no existe normatividad expresa sobre cómo se debe abordar en situaciones de conflicto, en la medida en que los acelerados cambios sociales conllevan a que la normatividad existente no logre responder a los nuevos fenómenos. Razón por la cual, es a través de decisiones judiciales que se han establecidos algunos lineamientos para dar solución a la misma.

Lo anterior representa un obstáculo, en la medida en que dichas decisiones no tienen un alcance global, y al depender no solo de autoridades judiciales fluctuantes y a casos particulares, los planteamientos varían de una decisión a otra. Por el contrario, será una

¹¹² Por medio del Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor (1951).

¹¹³ Por medio de la Declaración sobre la Contribución de las Mujeres a una Cultura de Paz (1997).

¹¹⁴ A través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) la cual define el concepto de violencia contra las mujeres, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los DDHH y de las libertades fundamentales.

ventaja en la medida en que esta se va adaptando a los fenómenos particulares de cada momento histórico, como se evidencia en la sentencia de 1903 de la Corte de Apelación del estado de Nueva York, Estados Unidos, Roberson v. The Rochester Folding Box Company¹¹⁵ y la sentencia de 2013 de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos, Söderman V. Suecia¹¹⁶.

En 1903 con la denominada segunda revolución industrial o revolución tecnológica, la idea de desarrollo conllevó a que el derecho de autor tuviera una mayor importancia que el derecho a la privacidad, razón por la cual, la Corte norteamericana desconoce este último otorgando la protección a los derechos de propiedad sobre el material publicitario en que apareciera la mujer, sobre los derechos de ella. Contrario a esto, en el 2013, en donde la privacidad adquiere una gran relevancia por la inminente amenaza de las plataformas digitales, se protege el derecho a la privacidad de la menor -no solo en el sentido tradicional, de tener su espacio íntimo, sino también la posibilidad de decidir el manejo de su imagen y cuerpo-, en la medida en que se reconoce que el desconocimiento del mismo implica la vulneración de otros derechos que lindan con la dignidad humana.

La forma de proteger los derechos en cuestión, a través de jurisprudencia debido a la falta de legislación existente adecuada, conlleva a que las decisiones se adopten bajo un examen de ponderación de derechos en cada caso particular. El factor común en casi todas las sentencias es que jurídicamente el derecho a la privacidad al catalogarse como derecho humano prevalecerá sobre el derecho de autor, que a pesar de que es un tipo especial de propiedad, este no tiene rango de derecho humano¹¹⁷.

En principio, esta postura debería ser la que prospere a lo largo de la historia, ya que, a pesar de los cambios históricos, el derecho a la privacidad linda en sí mismo con la dignidad humana, razón por la cual su desconocimiento implica interferir en el desarrollo de la vida del individuo y del disfrute de otros derechos. No obstante, que el derecho a la privacidad en algunas épocas históricas haya adquirido un valor secundario, se debe a la reevaluación de prioridades en la sociedad.

Será entonces afortunado que los instrumentos de DDHH consagren el derecho a la privacidad, y por tanto los Estados tenga la obligación de protegerlo. En la medida en que, en la actualidad estos son los únicos mecanismos que verdaderamente garantizan su protección, y de lo contrario, fenómenos tales como las plataformas digitales, lo trasladarían

¹¹⁵ Franklin Mills Co. -compañía dedicada a la fabricación y venta de harina- hizo uso de la imagen de la demandante, sin su conocimiento y consentimiento previo para fines publicitarios a través de 25,000 impresiones litográficas, fotografías y retratos.

¹¹⁶ Elisa Söderman, menor de edad, descubre en 2002, que su padrastro había instalado una cámara oculta en su habitación con el fin de filmarla desnuda.

¹¹⁷ Véase Corte Suprema de Georgia. Caso PAVESICH v. NEW ENGLAND LIFE INSURANCE CO. et al.. Sentencia de 3 de marzo 1905 y Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-634 DE 2013

a un segundo plano, no solo por la necesidad de hacer noticiables aspectos íntimos del individuo, sino por la importancia del concepto del desarrollo y por tanto de las nuevas creaciones.

La era digital caracterizada por la eliminación de fronteras temporales y geográficas genera que la jurisprudencia, a pesar de que es la aproximación más adecuada en el momento, resulte insuficiente para afrontar los fenómenos por su carácter nacional. Por una parte, se encuentra que, al ser decisiones de cada autoridad judicial nacional, estas decisiones no podrán ser utilizadas como precedente en situaciones similares en otros Estados. A lo anterior se suma, no solo que, el intercambio transfronterizo de información conlleva a que se desconozca quién es la autoridad competente para resolver la controversia -el autor podrá estar en un Estado diferente al de la persona retratada e incluso del domicilio social de la plataforma digital en la que se publique-, sino también a que la poca seguridad y veracidad de la información que se presenta en plataformas digitales permite el anonimato desconociendo el autor de la vulneración.

Lo anterior conlleva a que la vulneración de los derechos de la mujer, a través de la publicación de recursos multimedia sin su consentimiento, no se haya sometido ni a decisiones judiciales nacionales o internacionales. Evidenciando y en parte justificando, la razón por la cual no hay desarrollo legislativo sobre el tema; y a pesar de los esfuerzos de algunas Organizaciones Internacionales, no ha sido posible que un instrumento internacional con fuerza vinculante proporcione una respuesta satisfactoria a la problemática.

La problemática radica entonces, en que a pesar de que, la jurisprudencia le otorga una importancia mayor al derecho a la privacidad, sobre el derecho de autor, no hay un mecanismo internacional y por lo tanto una autoridad, que se encargue de promover acciones para la protección del mismo y la imposición de lineamientos para la resolución de este tipo de controversias, afectando la adaptación de los instrumentos jurídicos a las situaciones propias de la era digital. Se considera que la jurisprudencia y los instrumentos jurídicos tradicionales son insuficientes para dar una respuesta satisfactoria, en la medida en que desconocen las dinámicas sociales de la época conllevando a que sea necesario acciones correctivas, antes que preventivas.

Una vez analizado los derechos de la mujer, en especial el derecho a la privacidad y el derecho de autor y la colisión entre estos en la publicación de recursos multimedia que retratan a la mujer sin su consentimiento, se procede a la conclusión del presente trabajo.

Conclusión

Las problemáticas actuales con relación a las plataformas digitales implican aceptar que, si bien los avances tecnológicos propician un mayor bienestar, son entornos que generan retos para los cuales, la normatividad actual no facilita una respuesta satisfactoria. Por tal motivo, será necesario que dicha regulación se adapte a los fenómenos propios de la época para garantizar el disfrute de los derechos -bien tradicionales o emergentes-. Dentro de dichas dificultades se encuentran la publicación de recursos multimedia sin el consentimiento de la persona retratada, el anonimato, el intercambio de información, entre otros.

Tal es el caso de la publicación de recursos multimedia que retratan a una mujer sin su consentimiento, situación en la que se encuentran derechos enfrentados, en la medida en que los sujetos involucrados tienen intereses contrarios -por un lado, la propiedad sobre el recurso, y los derechos de la mujer por otro-. La acreencia y por tanto la protección de ambos derechos es válida y fundada; no obstante, al proteger bienes jurídicos diversos, será necesario determinar cuál de los derechos tendrá prelación sobre los otros.

Se evidenció que, de cada uno de los postulados jurídicos sujetos a estudio existe una amplia normatividad que permite la determinación de sus objetivos, sujetos, derechos y deberes. No obstante, regulación que se adapte a los fenómenos propios de la era digital hay muy poca, en la medida en que, al ser el derecho reactivo y los cambios sociales tan ágiles, apenas se están evidenciando estas problemáticas sociales y dando solución vía jurisprudencia, con la aplicación de las normas tradicionales de dichos derechos.

Para dar solución a la problemática, y abordar el vacío normativo identificado, será necesario bien, la creación de nueva normatividad, la adaptación de la ya existente y el respaldo de iniciativas que propendan por la protección de derechos. Sea la solución que se adopte, será necesario que estos mecanismos atiendan no solo al contexto de la época que, para el caso, será la era digital, sino también que la mujer es un sujeto de especial protección y que por tanto se debe propender por la satisfacción de sus derechos. Se considera que, dentro de las soluciones posibles se encuentran la asignación expresa de tareas con relación a la situación sujeta a estudio a Organizaciones Internacionales como se plantea a continuación.

Será necesario que, dentro de ONU Mujeres, como entidad más importante del Sistema Internacional de los Derechos de la Mujer, conforme al propósito de los ODS 5, 9 y 10¹¹⁸ se consolide un área encargada de emprender planes de acción tendientes a eliminar la brecha de acceso a las tecnologías y a impulsar el estudio de profesiones de ciencias exactas y tecnológicas y desarrollo de nuevas creaciones por parte del género femenino. Así mismo,

¹¹⁸ ODS 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. ODS 9: Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación. ODS 10: Reducir la desigualdad en y entre los países.

será necesario que emita directrices acerca del alcance del derecho a la privacidad de la mujer, y sus derechos conexos en la era digital.

Así mismo, será menester que el Consejo de Derechos Humanos, le solicite a la Relatoría Especial para el Derecho a la Privacidad que, dentro de sus puntos a evaluar realice un estudio sobre el estado del derecho a la privacidad de las mujeres en el mundo formulando recomendaciones para su efectiva protección. Con estas y las recomendaciones que emita ONU Mujeres, los Estados podrán adoptar los planes necesarios de protección y promoción y por tanto las obligaciones expresas de garantía de este derecho a la población femenina, teniendo en cuenta las características de la época.

La OMPI deberá crear un área encargada de los asuntos relacionadas con la población femenina, encargándose no solo de la promoción de programas en los cuales las mujeres se puedan involucrar más con el tema de propiedad intelectual. Esta área tendrá la misión de identificar y proponer soluciones con relación a los desafíos que la era digital representa para las mujeres, tanto en el rol de autoras, como el de retratadas.

La ONU, por medio de su entidad ONU Mujeres deberá emitir directrices que desarrollen el derecho a la privacidad en medios digitales, así mismo que establezca mecanismos de solución en caso de enfrentamiento de derechos y que informe a inventores no solo las consecuencias de la violación de ciertos derechos, sino también la forma en que deben proceder en caso de que sus derechos sean suspendidos por contravenir un derecho de mayor rango. El objetivo es brindar conocimiento sobre los procesos que permitan la reivindicación de estos derechos en las plataformas digitales.

Por su parte, la OMC deberá expedir una política adecuada, con relación a la propiedad intelectual y a la privacidad con el fin de garantizar seguridad a los comerciantes con relación a sus creaciones y por ende promover el comercio internacional. Al igual que las dos entidades anteriores, deberán determinar el alcance de los derechos en la era digital, para dotar de elementos a las autoridades para abordar los fenómenos de la actualidad.

Se evidencia que es una cuestión no solo transnacional, sino multidimensional, por lo que será menester una colaboración de las entidades antes mencionadas, con el fin de la creación de una plataforma que reconozca la importancia de la temática y la necesidad no solo de una regulación, sino de proyectos específicos para abordar la problemática de los derechos de la mujer, en especial el de la privacidad en medios digitales. Esta plataforma, la cual se institucionalizará y se evaluará cada 3 años, buscará identificar las metas y desafíos y la promoción y veeduría de acciones determinadas.

Todas las Organizaciones Internacionales, sin importar su área de regulación deberán fomentar prácticas sanas y de buen comportamiento en las plataformas digitales, con el fin de que sea un espacio de desarrollo y recreación, pero en un entorno de igualdad y respeto.

Estas acciones deberán tener como fin, que las mujeres se sientan seguras e incluidas en los entornos digitales, en la medida en que no caben los estereotipos ni la objetivación, y por tanto tienen la confianza para hacer uso de estos.

Como consecuencia, estos elementos no solo le impondrán obligaciones expresas a los Estados de proteger los derechos de las mujeres y a garantizar el rango de derecho humano del derecho a la privacidad sobre el derecho de autor, sino que los dotan de los recursos necesarios para interpretar los nuevos fenómenos tecnológicos. Por tal razón, estos deberán emprender las acciones y adaptaciones normativas necesarias para cumplir con dichos mandatos. Cabe mencionar que, dentro de las obligaciones más importantes que estas adquirirán serán, además de la protección y promoción del derecho a la privacidad y sus derechos conexos, el deber de colaboración entre Estados para enfrentar aquellos fenómenos transnacionales informativos que resultan violatorios de derechos.

Se reconoce los esfuerzos y avances fruto de la Plataforma de los ODS de la ONU, en la medida en que consagran que los fenómenos actuales implican la convergencia de multiplicidad de sistemas y por tanto de derechos, siendo los postulados tradicionales insuficientes para dar una solución. A pesar de que no existe ODS que desarrolle los tres derechos sujetos a estudio, como se estableció en los acápites B, tanto los derechos de la mujer, como el derecho de autor se desarrollan en alguno de los ODS. Por tal motivo se considera pertinente, bien la adopción de un décimo octavo objetivo que involucre los derechos de la mujer -e incluso de cualquier población vulnerable- en la era digital; o la manifestación expresa de los retos planteados a lo largo del presente trabajo y por tanto las tareas específicas para la consecución de la igualdad de género en las plataformas tecnologías y la inclusión de la mujer en el desarrollo, la ciencia y la tecnología en su respectivo ODS.

Se considera que, una posible solución para este tipo de controversias es a través de organismos judiciales con jurisdicción internacional. No obstante, esta acarrea tres problemáticas, la indeterminación de los sujetos, la complejidad en el acceso a estas autoridades y la falta de sensibilización de las mismas.

Con relación a la indeterminación de los sujetos, no es posible comprobar la veracidad de toda la información que se encuentra en las plataformas digitales, debido a la gran cantidad de datos en estas, no solo por el fácil intercambio de información, sino por el aumento en las creaciones generando que, en muchos casos, se presente la imposibilidad de identificar al autor del recurso. Así mismo, estas autoridades debido a su estructura y temas que abordan, se limitan a cierto número de casos con características particulares, razón por la cual, el acceso a las mismas no es sencillo; a lo que se le suma que, las tasas de aceptación de acciones cuyos derechos a tutela son el derecho de autor y la privacidad, son muy bajas, ya que, no solo la temática no ha adquirido gran relevancia, sino que se alega que hay casos con violaciones que se catalogan como más graves que se deben atender desconociendo la importancia de la afectación social y personal que esta tiene.

Es por lo anterior que se considera que para afrontar esta problemática, las mujeres deberán acudir a las autoridades y mecanismos nacionales de cada país para reclamar sus derechos - como los respectivos problemas que se pueden presentar-, pues se presume que las estructuras normativas internas van a estar en capacidad de responder a estas situaciones, en la medida en que las Organizaciones Internacionales han ejecutado la labor de promoción y de creación de instrumentos jurídicos que proporcionen los elementos necesarios para una respuesta satisfactoria. Claro está, que estos instrumentos deberán garantizar los derechos de la mujer otorgándoles mayor importancia sobre el derecho de autor, no solo por ser las mujeres un grupo de especial protección, sino que los derechos que se pretende tutelar (DDHH) tiene mayor importancia por los bienes jurídicos que pretende proteger (dignidad de la mujer) que los derechos de propiedad sobre recursos multimedia.

Como se evidenció, la problemática del derecho de autor radica en que, a pesar de que existe una regulación de carácter internacional, la protección se realiza a nivel estatal, razón por la cual, desde lo fáctico no hay un respaldo de carácter internacional. Por tal motivo, no existe directriz de las Organizaciones Internacionales que determine como se debe abordar la problemática a tratar desde una perspectiva de derecho de autor, es decir, cuáles son las garantías y como deben proceder aquellos creadores de los recursos multimediales que menoscaban el derecho a la privacidad de la persona retratada -bien de una forma degradante o no-, para tutelar sus derechos. Habiendo planteado la temática desde un enfoque de género, será entonces objeto de estudio de una futura investigación, con el fin de profundizar sobre los derechos en conflicto, un análisis desde el derecho de autor.

La importancia del análisis radica en que la pugna de derechos es tan fuerte que darle preponderancia a uno u otro derecho, en la actualidad tiene grandes repercusiones, no solo a nivel social o jurídico, sino también económico y tecnológico. Aceptar que el derecho a la propiedad sobre la creación tiene mayor importancia que los derechos de la mujer implica propender por el desarrollo tecnológico y económico, pero sacrificando los DDHH de la mujer. Pero en caso contrario, es negarse al desarrollo protegiendo la esencia del ser humano. Como consecuencia, es necesario adoptar una postura intermedia, en la cual el desarrollo de la tecnología garantice y se oriente por un entorno de respeto de derechos e igualdad entre los usuarios.

La privacidad ha adquirido gran importancia en medio de la proliferación de nuevas tecnologías, en la medida en que enfrenta retos tales como la negligencia en el intercambio de información en plataformas digitales facilitando la difusión de recursos multimedia sin el consentimiento de la persona retratada; este análisis se aplica para ambo géneros, no obstante, el estudio se realiza desde una perspectiva femenina, con el objetivo de reforzar los DDHH de la mujer. A pesar de la poca empatía que genera en el ser humano la protección de su derecho a la privacidad, por la necesidad de hacer noticiable su vida, será menester de las

Organizaciones Internacionales y de los Estados proteger dichos postulados jurídicos en la medida en que es un derecho humano y por ende, esencial para la vida en sociedad.

Bibliografía

Acuerdo General sobre comercio de servicios, OMCOR (1995).

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, OMCOR (1994).

Agencia Española de Protección de Datos, Guía para el Ciudadano, *Sitio web Agencia Española de Protección de Datos* [en línea], disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_CIUDADANO.pdf, consulta: 3 de febrero de 2018.

Agosín Marjorie, *Women, Gender, and Human Rights: A Global Perspective*, 2.^a ed, New Jersey, 2002.

Aillapán Quinteros, Jorge Eduardo, *El derecho a la propia imagen: ¿derecho personalísimo?, ¿derecho fundamental? Precisiones terminológicas para el ordenamiento jurídico chileno*, Chile, Revista Chilena de Derecho, 2016, vol. 43, núm. 2.

Alario Trigueros, Ana I., Anguita Martínez, Rocío, *Las mujeres, las nuevas tecnologías y la educación. Un camino lleno de obstáculos*, Valladolid, Universidad de Valladolid, s.f.

Alexy, Robert, “La institucionalización de los Derechos Humano en el estado constitucional democrático”, en: *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, s.l., núm 8, 2000.

Anglim, Christopher, Kirtley, Jane E, Nobahar, Gretchen, *Privacy rights in the Digital Age*, Nueva York, Grey House Publishing, 2016.

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política colombiana, Bogotá, (1991).

BBC Mundo, “Me tomaron una foto sin permiso por debajo de la falda”: la lucha de una joven británica por hacer del "upskirting" un delito”, *BBC Mundo*, (9 de agosto de 2017), [en línea], disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-40874039>, consulta 9 de marzo de 2018.

Bimber, Bruce, *Measuring the Gender Gap on the Internet*, Santa Barbara University of Texas Press, vol 81, núm 3, September 2000.

Bonder, Gloria, *Las nuevas tecnologías de información y las mujeres: reflexiones necesarias*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2002.

Bregaglio, Renata, “Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos”, en: Protección Multinivel de Derechos Humanos, Perú, Pontificia Universidad Católica de Perú, s.f.

- Calvert, Clay, *Revenge porn and freedom of expression: Legislative pushback to an online weapon of emotional and reputational destruction*, 24 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 673, 2014.
- Cano Orón, Lorena, "La privacidad en el escenario digital. Análisis de la política de la Unión Europea para la protección de datos de la ciudadanía", Tesis de Máster de Investigación en Periodismo y Comunicación, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2014.
- Castaño Collado, Cecilia, Fernández, Juan Martín, Vázquez Cupeiro, Susana, *La e-inclusion y el bienestar social una perspectiva de género*, 2008.
- Celis Quintal, Marcos Alejandro, *La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Cobos Campos, Amalia Patricia, *El contenido del derecho a la intimidad*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, s.l., vol 29, 2013.
- Cohen, Julie E., *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, Washington DC, Georgetown University Law Center, 52 Stan. L. Rev. 1373-1438, 2000.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia del 24 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño (T-405/2007).
- Congreso de Colombia, Ley 1581 de 2012, Bogotá, Diario Oficial No. 48.587, 18 de octubre de 2012.
- Congreso de Estados Unidos, Ley de Agravio (1974).
- Convención Americana de sobre Derechos Humanos, OEAGAOR, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) (1969).
- Convención Universal sobre Derecho de Autor*, UNESCOOR (1952).
- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, CEDDHHOR, 4. XI. (1950).
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Corte Europea de Derechos Humanos, 2017.
- Corte Suprema de Georgia. Caso PAVESICH v. NEW ENGLAND LIFE INSURANCE CO. et al.. Sentencia de 3 de marzo 1905.

Corte Suprema del Estado de Nueva York (División de Apelación), Caso Roberson v. The Rochester Folding Box Company. Sentencia de julio de 1903.

Creación de una Cultura Global de Ciberseguridad, GA Res. 57/239, UNGAOR (2003).

De Miguel Álvarez, Ana, *La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género*, Madrid, Universidad de Complutense, vol 18, 2005.

De Terwangne, Cécile, “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, en: *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, Cataluña, núm 13, febrero de 2012.

Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, OEAGAOR, Novena Conferencia Internacional Americana (1948).

Declaración de Acción de Beijing, UNGAOR (1995).

Declaración Universal de Derechos Humanos, GA Res. 217 (III), UNGAOR, 3ra Sess., Supp. No. 13, UN Doc. A/810 (1948).

Desai, Snehal, Smile for the Camera: The Revenge Pornography Dilemma, California's Approach, and Its Constitutionality, 42 *Hastings Const. L.Q.* 443, 2015.

DiMaggio, Paul, Hargittai, Eszter, Celeste, Coral, Shafer, Steven, *From Unequal Access to Differentiated Use: A Literature Review and Agenda for Research on Digital Inequality*, Russell Sage Foundation, 2001.

Faura, Enric, *Unas notas sobre la propiedad intelectual*, s.l., Trama & Texturas, 2013, núm. 20.

Fried, C., *Privacy*, New York, Cambridge University Press, 1984.

García Fernández, Dora, “El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad”, en: *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, vol. 19, núm 2, 2010.

García, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Servicio de Publicaciones, 2003.

González Porras, Andrés José, "Privacidad en Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva", Tesis Doctoral, Universidad de Castilla- La Mancha, Toledo, 2015.

Han, Byung-Chul, *La sociedad de la transparencia*, Barcelona, Herder, 2013.

- Henry, Nicola, Powell, Anastasia, Flynn, Asher, *Not Just 'Revenge Pornography': Australians' Experiences of Image-Based Abuse*, RMIT University, 2017.
- International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance, 10 de julio de 2013.
- J. Zweing, M. Dank, Teen dating abuse and harassment in the digital World: Implications for prevention and intervention, citado en: Luz María Velázquez Reyes, *Violencia en las relaciones sentimentales. del cara a cara al mundo virtual*, San Luis Potosí, Instituto Superior de Ciencias de la Educación del Estado De México, 2017.
- Kennedy, Tracy, Wellman, Barry, Klement, Kristine, *Gendering the Digital Divide*, California, Stanford University, Vol 1, núm 5, 2003.
- Laporta, Francisco, El concepto de Derechos Humanos, *Doxa* 4, 1987.
- LexInfo, “Instrumentos internacionales – Lex Informática”, *Sitio web Lex Informática* [en línea], 19 de marzo de 2016, disponible en: <http://lexinformatica.co/2016/03/19/instrumentos-internacionales/>, consulta: 17 de febrero de 2018.
- LexInfo, “La sentencia europea del derecho al olvido”, *Sitio web Lex Informática* [en línea], 13 de julio de 2016, disponible en: <http://lexinformatica.co/2016/07/13/la-sentencia-europea-del-derecho-al-olvido/>, consulta: 17 de febrero de 2018.
- LexInfo, “Una aproximación al derecho al olvido”, *Sitio web Lex Informática* [en línea], 16 de septiembre de 2016, disponible en: <http://lexinformatica.co/2016/09/16/una-aproximacion-al-derecho-al-olvido/>, consulta: 17 de febrero de 2018.
- Liff, Sonia, Shepherd, Adrian, *Gendered by design*, Oxford, Oxford Internet Institute, núm. 2.1, 2004.
- Marecos Gamarra, Adriana, Configuración jurídica del derecho a la autodeterminación informativa”, *Sitio Web Observatorio Iberoamericano de Protección de datos*, [en línea], disponible en: <http://oiprodat.com/2013/03/15/configuracion-juridica-del-derecho-a-la-autodeterminacion-informativa/>, consulta: marzo 14 de 2018.
- Márquez Robledo, Santiago, “Principios Generales del Derecho de Autor”, Tesis para optar por título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2004.
- Mathiesen, Kay, *Human Rights as a Topic and Guide for LIS Research and Practice*, Arizona, Journal of the Association for Information Science and Technology, 2015.

- Mattica, *Mattica*, [en línea], agosto 17 de 2012, disponible en: <https://mattica.com/sexting-al-limite-de-la-pornografia-mattica/>, consulta: febrero 21 de 2018.
- McGlynn, Clare, Rackley, Erika, 'Why `upskirting' needs to be made a sex crime.' *The conversation*, Durham, Durham University, 2017.
- Nikken, Pedro, Sobre el Concepto de Derechos Humanos, s.d.
- Objetivos de Desarrollo del Milenio*, GA Res. 55/2, UNGAOR (2000).
- Objetivos del Desarrollo Sostenible*, GA Res. 70/1, UNGAOR (2015).
- OCDE, *The Pursuit of Gender Equality An Uphill Battle: An Uphill Battle*, Paris, OCDE Publishing, 2017.
- Offen, Karen, Marisa Ferrandis, Garrayo, *Definir el feminismo: Un análisis histórico comparativo*, Fundación Instituto de Historia Social, 1991, núm. 9.
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Derechos de la mujer*, Bogotá, 2002.
- ONU Mujeres, “Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer”, *Sitio web ONU Mujeres* [en línea], disponible en: <http://www.unwomen.org/es/csw>, consulta: 3 de febrero de 2018.
- ONU Mujeres, “Conferencias mundiales sobre la mujer”, *Sitio web ONU Mujeres*, [en línea], disponible en: <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>, consulta: 3 de febrero de 2018.
- ONU Mujeres, “La Plataforma de Acción de Beijing cumple 20 años”, *Sitio web ONU Mujeres* [en línea], disponible en: <http://beijing20.unwomen.org/es/in-focus/human-rights>, consulta: 3 de febrero de 2018.
- ONU Mujeres, “Un poco de historia”, *Sitio Web ONU Mujeres*, [en línea], disponible en: <http://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>, consulta: febrero 10 de 2018.
- Organización de Naciones Unidas, “Historia del día de la mujer”, *Sitio Web Organización de Naciones Unidas*, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/es/events/womensday/history.shtml>, consulta: febrero 10 de 2018.
- Organización de Naciones Unidas, “Las Naciones Unidas y la mujer”, *Sitio web Organización de Naciones Unidas*, [en línea], disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>, consulta: 28 de enero de 2018.

Organización de Naciones Unidas, “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, *Sitio web Organización de Naciones Unidas*, [en línea], disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>, consulta: 28 de enero de 2018.

Organización de Naciones Unidas, “Temas Mundiales”, *Sitio web Organización de Naciones Unidas*, [en línea], disponible en: <http://www.un.org/es/globalissues/women/historia.shtml>, consulta: 28 de enero de 2018.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “La OMPI por dentro”, *Sitio web Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, [en línea], disponible en: <http://www.wipo.int/about-wipo/es/> consulta: 30 de enero de 2018.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Preguntas frecuentes: Derecho de autor”, *Sitio web Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, [en línea], disponible en: http://www.wipo.int/copyright/es/faq_copyright.html, consulta: 30 de enero de 2018.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, “Reseña histórica de la OMPI”, *Sitio web Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, [en línea], disponible en: <http://www.wipo.int/about-wipo/es/history.html> ,consulta: 30 de enero de 2018.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *La protección internacional del derecho de autor y de los derechos conexos*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, s.f.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *The enforcement of Intellectual property Rights: A case Book*, 3.^a ed, Ginebra, LTC Harms, núm 791E, 2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, GA Res. 2200 A (XXI), UNGAOR (1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, GA Res. 2200 A (XXI), UNGAOR (1966).

Parlamento del Reino Unido, *Ley de Delitos Sexuales* (2003).

Parlamento Europeo, “La protección de los datos personales”, *Sitio web Parlamento Europeo* [en línea], disponible en: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.2.8.html, consulta: 17 de febrero de 2018.

- Pfeffer Urquiaga, Emilio, Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. su protección frente a la libertad de opinión e información, *Ius et Praxis* 6 (1), 2000.
- Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales, GA Res 45/95, UNGAOR (1990).
- Reino Unido, Parlamento, Sexual Offences Act 2003, 20 de noviembre de 2003.
- Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UNHCHROR, A/HRC/27/37 (2014).
- Salgado Seguin, Víctor, “Nuestros derechos, en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet”, en: *Telos: Revista de pensamiento sobre tecnología y sociedad*, Madrid, 2010.
- Sánchez, Rocio, “Extimidad Exhibir lo más íntimo”, *La Jornada* (núm 234, 2016), [en línea], disponible en http://docs.wixstatic.com/ugd/9ee4ab_8247d1734ee1451caaa3988a696ca5bd.pdf, consulta: marzo 30 de 2018.
- Sanllehí, Agustina, *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.
- Schmitz Vaccaro, Christian, "Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual", en *La Propiedad Inmaterial*, núm 17, 2013.
- Solove, Daniel J., *Understanding Privacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.
- Superintendencia de Industria y Comercio, “Sobre la protección de datos personales”, *Sitio Web Superintendencia de Industria y Comercio*, [en línea], disponible en <http://www.sic.gov.co/sobre-la-proteccion-de-datos-personales>, consulta: marzo 30 de 2018.
- Tene, Omer, *Privacy: The new generations*, Oxford, vol 1, núm 1, International Data Privacy Law, 2011.
- Tornabene, Isabel, “Privacidad e Intimidad: la protección legal del información personal en la República Argentina”, en Amoroso Fernández, Y., (dir.), *Género, Código de Juventud: construir sociedades más justas e inclusivas*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2014.
- Touriño, Alejandro, *El Derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2014.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, OMPIOR (1996).

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, OMPIOR (1996).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Soderman contra Suecia.
Sentencia de 12 de noviembre 2013.

Unión Europea. Directiva (UE) 95/46/CE del Parlamento Europea, de 24 de octubre de 1995,
relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de
datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Waldo, James, Lin, Herbert S., Millet, Lynette I., *Engaging Privacy and Information
Technology in a Digital Age*, National Research Council, Washington DC.

Westin, Alan F., *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967.