



ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar vinculado a la utilización de las TICs por el menor de edad

M^º Sonsoles Vidal Herrero-Vior – Doctora en Derecho y Abogada de Menores del ICAM

6/2014

El número 6 de la publicación ‘Escritos Jurídicos’, producidos por el Área de Derecho de The Family Watch, tiene por objeto analizar cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs) están afectando al derecho de intimidad personal y familiar y de qué manera la regulación está ayudando a que ese derecho se cumpla o no.

Derechos y libertades de ‘tercera generación’

Ya en la I Conferencia Internacional de Naciones Unidas celebrada en 1968 con motivo del vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos, se inicia el debate sobre “las nuevas oportunidades que ofrece el rápido progreso de la ciencia y la tecnología”, fijándose entre sus objetivos la incidencia del uso de la informática en los derechos individuales, y la determinación de los límites para la protección de dichos derechos.

La Constitución española en su art. 18 reclama el deber de garantizar “el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. De igual modo, tutela la intimidad de las personas en el ámbito de la informática, habida cuenta que se trata de un espacio especialmente vulnerable a las intromisiones ilegítimas: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Estos derechos son inherentes a toda persona e inalienables, y concretan el valor de la dignidad humana en el Estado social y democrático de Derecho.

De este modo, ante la incursión de las nuevas TICs, el Alto Tribunal Constitucional ha querido garantizar y proteger “otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la informática”.

No es baladí el hecho de que el Tribunal Constitucional haya considerado la “libertad informática” como un derecho fundamental autónomo, por su relación con otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la integridad moral de las personas, el honor o la propia imagen; más cualificado –si cabe hablar así- respecto del derecho a la intimidad genérico. En el contexto general de la protección tanto civil como penal y la tutela del derecho a la intimidad, uno de los bienes jurídicos protegidos sería la intimidad en relación con el procesamiento y comunicación de datos a través de las TICs. Sobre esto ya se ha escrito mucho, aspecto de la protección de datos que se sale del marco de este estudio.

La doctrina denomina de “tercera generación” los derechos y libertades de las personas que superan el concepto clásico de libertades individuales y derechos sociales. Estamos ante una actualización de los derechos y bienes de la personalidad para hacer frente a las necesidades, erosiones y contaminación de las libertades individuales en el espacio de la sociedad tecnológica (liberties pollution).

Comunidad virtual y cibercultura

No cabe duda que las TICs, que inicialmente surgieron como nuevos medios de información y comunicación, están provocando hondas transformaciones en los modelos de información y comunicación convencionales y en las relaciones humanas. Resaltan aún más en nuestros menores y jóvenes –nativos digitales- que han crecido de la mano de las TICs, y que se desenvuelven con total soltura en el espacio virtual. Menos familiar, en cambio, para los adultos –inmigrantes digitales-, que hemos tenido que aprender a usar las TICs para poder entender y apreciar las oportunidades que ofrece la comunicación on-line dentro del enclave virtual.

Indudablemente, la capacidad de adaptación, de evolución y de integración de los diferentes sistemas y soportes de comunicación en la vida del individuo ha convertido Internet en un instrumento poderoso que configura una nueva forma de acceder a la información y de comunicarse, y, lo que es más importante, nuevas relaciones entre proveedores y consumidores. Y esa fuerza y ese poder es objeto de intereses y especulaciones, muchas veces con intenciones perversas para los más jóvenes, tanto como autores directos de la vulneración de su intimidad –aunque no sea ésta una conducta tipificada como delito- o la de su familia y entorno, como cuando son víctimas.

Internet no es sólo un fenómeno de comunicación para navegantes. Su proyección en el aprendizaje permanente, en el trabajo a distancia, en el ocio o en las comunicaciones interpersonales lo convierten, sin duda, en el fenómeno más contemporáneo, y en la expresión más clara de la globalización. Ante este fenómeno social, quizás debiéramos preguntarnos si estamos ante un “humanismo disfrazado”.

Generación de menores digital e interactiva 2.0.

La presencia de los medios en la vida del menor de edad ha alcanzado cotas antes nunca conocidas en otros sectores de población. Ha cambiado de forma revolucionaria la forma de comunicarse entre los propios menores y adolescentes. Cualquier estudio sociológico sobre la Juventud española actual nos presenta una generación de menores de 18 años autónoma y autodidacta, movilizada, multitarea, creativa y precoz en el uso de las TICs, que aprovecha al máximo las pantallas para comunicarse, conocer, compartir, divertirse y consumir. De ahí que se le haya denominado como generación digital e interactiva 2.0.

Esta nueva generación de individuos tiene muy definido su modelo de ocio que, sin aparcarse otras opciones tradicionales (deporte, lectura, excursiones, etc.), pasa de manera fundamental por el uso continuo de las TICs. Se caracteriza porque a la alta posesión de pantallas y tecnologías digitales le han añadido nuevas maneras de relacionarse entre los seres humanos gracias a ellas. Utilizan e incluso dominan los medios de producción digital: cámaras de foto y vídeo, programas de tratamiento informático, la edición de vídeo o creación de páginas web. Es decir, no sólo son consumidores digitales, como muchos adultos, sino que también producen. Y sus producciones acaban en Internet para el consumo de otros internautas: sus amigos en la red social, sus vídeos en Youtube o sus fotos colgadas en Flickr, etc. El problema surge cuando esos contenidos que crea o de los que hace uso el menor de edad afectan no sólo a su propia intimidad personal, sino también a la intimidad familiar.

De forma más acentuada que en el adulto, para el menor de edad el límite fronterizo entre la realidad “real” de su entorno y la realidad “virtual” que ven en la pantalla de su lap top o su smartphone está muchas veces difuminado o es inexistente, pues pasa de un lado a otro del espejo mágico de la pantalla –the early window- con extrema facilidad.

Ahora bien, la estabilidad, seguridad y amparo que tanto el adulto como el menor de edad necesitan para un desenvolvimiento equilibrado en su vida privada personal y familiar, y también social, en el caso del menor se ve amenazado ante el avance vertiginoso a que le llevan las TICs. Pues la oferta de posibilidades que tales medios les ofrecen no pueden digerirlos con facilidad: por un lado, como consecuencia de la inmediatez de la información que circula por la Red, y por otro lado, ante la grave dificultad que supone borrar los contenidos que se han subido o colgado en esta Red de redes: lo que se ha denominado como el rastro digital.

Las redes sociales digitales: el “ágora” del siglo XXI

La cultura de las redes sociales digitales son un auténtico desafío cultural, pues han propiciado un cambio profundo en las formas y estilo de la comunicación entre las personas. Este ambiente no es un mundo paralelo o puramente virtual, sino que forma parte de nuestra realidad cotidiana, especialmente de los más jóvenes. Si bien es cierto que son fruto de la interacción humana, a la vez dan forma a una nueva dinámica de la comunicación capaz de crear relaciones, no siempre adecuadas.

La experiencia demuestra que la Red se está transformando en el lugar de esas preguntas y respuestas: es el ágora contemporáneo, el punto de encuentro en el que compartir, charlar, fomentar amistades, etc. En este ambiente digital, la palabra escrita va frecuentemente acompañada de imágenes o sonidos, que estimulan la imaginación y la sensibilidad afectiva. Equilibrar silencio, palabra, imagen y sonido no es fácil en una esfera en que la inmediatez prima por encima de todo.

En las redes sociales se pone al descubierto la autenticidad de sus participantes, pues el modo de compartir on-line conlleva un modo de hacerlo, de comunicar preferencias, opciones y juicios, con mucho más realismo y atrevimiento que en la vida diaria face-to-face. No por ello dejan de ser un factor de desarrollo humano, ya que ofrecen la posibilidad de compartir fácilmente los recursos de los que se dispone. Otra cosa distinta es el uso que se haga de los mismos.

España es el segundo país europeo, después del Reino Unido, que más emplea las redes sociales. El 92% de los menores usa las redes sociales para charlar con sus amigos. También son los menores de edad los que mayor tiempo les dedican. Pero sólo dos tercios de los padres de estos menores saben que sus hijos participan en esas redes sociales. Por lo que casi el 40% de los padres las desconocen. Y apenas llegan al 20% los padres que conocen los contenidos que suben sus hijos menores de edad a la Red, quedando expuestos a todo un universo digital, no sólo la intimidad de su hijo menor sino también, y en muchas ocasiones, la intimidad de la familia y de su entorno.

La Comisión Europea, a través de la Comisaria Viviane Reding, ya señaló el problema que plantea la protección de datos de un menor de edad en las redes sociales a las que acceden. La cuestión sobre la que llamó la atención es la contradicción que representa la protección a la infancia que se ha impuesto en los medios de comunicación tradicionales, que no se ha hecho extensiva a los foros de relaciones sociales en Internet.

Regulación del “derecho a la intimidad informática” vs. falta de regulación del “derecho a la intimidad on-line”

El “derecho a la intimidad” es quizás de los derechos de la personalidad el menos estudiado por la doctrina tras la vigencia de la Constitución de 1978, y de muy flaca tutela. La razón es clara: el Estado entiende que no puede asumir la tarea de proteger al individuo, su ámbito personal y familiar, contra todo ataque a su esfera íntima. Es el propio sujeto el que debe tomar las precauciones necesarias para mantener en sigilo aquello que pueda afectar a sus intereses. Sin embargo, la experiencia reconoce como innegable que una vez se accede al espacio virtual acechan nuevas amenazas para los derechos del individuo en forma de conexión o servidor. Libertad y desregulación para la libre iniciativa hacen del espacio virtual, también para los intrusos de la intimidad de un cibernauta, un auténtico paraíso de libertades, sin control ni restricciones.

En el ámbito penal, para que el ius puniendi del Estado pueda intervenir en la tutela del bien jurídico de la intimidad personal y familiar, los hechos han de revestir cierta gravedad, y una vez quede constatada la insuficiencia de otros instrumentos jurídicos (principio de subsidiariedad o intervención mínima), de acuerdo a sus principios constitutivos, estaría legitimada la intervención penal (principio de legalidad). El Derecho penal sólo entrará en juego cuando el comportamiento desvelador del secreto o conculcador de la intimidad personal o familiar se presente como especialmente intolerable.

El ordenamiento jurídico español protege el “derecho a la intimidad informática” con anterioridad a la regulación penal, pero desde la mera perspectiva del derecho a la protección de datos de carácter personal. Si bien, sí reconoce el “derecho a la intimidad informática” en su sentido más amplio, como un bien jurídico de tan alta importancia como para que esté legitimada la intervención del Derecho penal en los casos más graves de vulneración de esa intimidad. De hecho, el legislador penal ha construido algunas figuras jurídicas que prohíben y castigan las conductas que menoscaban el mismo. A ellos se refieren los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen tipificados en el Título X del Libro II del Código Penal.

Sin embargo, la regulación penal vigente no protege directamente el “derecho a la intimidad on-line”, derecho que, cada vez con más frecuencia se ve vulnerado. En no pocos casos, los protagonistas de tales vulneraciones como autores de la conducta ilícita que supone la vulneración de la intimidad personal y familiar son menores de edad, la mayoría de las veces desconocedores de que esa conducta puede ser castigada por la Ley. En la Fiscalía de Menores de la Comunidad de Madrid se aprecia un incremento de tipos delictivos cometidos por menores de edad que han degenerado en violación de la intimidad, del derecho al honor y a la propia imagen por el mal uso de las TICs. También son muchos los casos en que son los propios menores de edad quienes sufren un atentado directo y gravísimo hacia su intimidad, dejando un rastro imborrable en el espacio virtual.

Aún cuando se habla de Internet como un enclave vigilado, esto no es del todo cierto. Dos ejemplos de las contradicciones que ofrece nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al menor de edad desde la perspectiva civil: la protección a la infancia impuesta en los medios de comunicación tradicionales —en España no se permite publicar el rostro de menores de edad— no se ha extendido a los foros de relaciones sociales en Internet. De la misma forma que, en materia de protección de datos de carácter personal, en España el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos obliga a los padres y tutores de un menor de catorce años a prestar su consentimiento cuando ese menor quiera acceder a una red social. Lo que no se cumple en el 90% de los datos. Precisamente porque no hay control en la Red.

La particularidad de la vulneración del derecho a la intimidad personal o familiar on-line estriba en la especial insidiosidad de la técnica utilizada para delinquir, y el carácter permanente que lleva consigo la utilización de las TICs. A esto se ha referido la jurisprudencia del Tribunal Supremo muy recientemente. Además del carácter reservado de tales contenidos. Por eso, aún cuando, en general, los elementos objetivos del ilícito penal se encuadren en el tipo básico contemplado en el Código Penal de “descubrimiento y revelación de secretos” del art. 197, deben ser considerados como nuevos fenómenos delictivos asociados a las TICs. Además, en el ámbito del proceso penal, llevan anejas dificultades de persecución, de jurisdicción y competencia según la procedencia de las partes interesadas, los medios de investigación previstos por cada país, etcétera.

Reforzamiento de la barrera de la jurisdicción civil en protección del derecho a la intimidad personal y familiar vs. Intervención más contundente del Derecho penal para los supuestos de difusión de imágenes y grabaciones de carácter reservado. El contrapunto del “consentimiento”

En consecuencia, el “derecho a la intimidad”, y más concretamente la “privacidad”, son requisitos fundamentales para una sociedad libre en que la realidad apunta a que a través de Internet están siendo atacados. A día de hoy, no sólo en España sino más allá de nuestras fronteras, los Estados no están dotados de mecanismos jurídicos para combatir la erosión de la “privacidad” en la era Internet.

El debate de la tutela del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en los supuestos de difusión de imágenes o grabaciones de carácter reservado plantea la oportunidad de mantener la tipificación de tales conductas reforzando, si proce-

de, la barrera de la jurisdicción civil en protección de los derechos afectados, o bien si se considera necesario o conveniente propiciar una intervención más contundente del Derecho penal para estos supuestos.

Visto lo anterior, no cabe duda que la proliferación de las redes sociales y de la comunicación informática favorece la difusión de cualquier tipo de grabaciones, consentidas o no, y de todo tipo de imágenes –incluidas las privadas o de contenido íntimo– incluso en las ocasiones en que el consentimiento para la grabación no alcanza al de su difusión. Por consiguiente, el consentimiento se configura como el eje sobre el que se vertebra el marco de licitud de la información de un individuo en relación con terceras personas. Sin embargo, aquellos supuestos de captaciones de sonido o imágenes por una persona ajena a la comunicación, contando con el consentimiento de uno de los interlocutores, en estos casos el consentimiento no excluye la tipicidad, puesto que el partícipe en la comunicación está involucrando a un tercero, sino que tal circunstancia sea desconocida para los demás.

En Derecho penal, el consentimiento opera como causa de exclusión del tipo delictivo, pero no de la antijuridicidad.

Conclusiones

Puede concluirse que el “derecho a la intimidad” puede ser vulnerado con mayor facilidad en el espacio virtual. Ello implica, por un lado, la complejidad de su delimitación por el medio en que se desenvuelve, y por otro lado, la dificultad de su ejercicio efectivo en dicho medio: es decir, los problemas con que se encuentra el derecho para su garantía y ejercicio eficaz una vez que entra en la Red, no sólo en España sino en toda la comunidad internacional.

Desde la perspectiva del ciberdelincuente, llama la atención la sensación de anonimato al pensar que “nadie sabrá que fui yo”, o de impunidad razonando que “muchas gente hace cosas así y no les pasa nada”, o “no me van a pillar”, etcétera. Pensemos, además, la facilidad que tiene este usuario para crear, transmitir y publicar contenidos, la falta de supervisión específica de las redes sociales, o la rápida expansión de estos ilícitos de polo a polo en todo el mundo, cuyos indicios pueden haber desaparecido cuando se intentan tomar medidas contra él.

En este sentido, si todo conjunto de actividades precisa una regulación, lo que es evidente es que las legislaciones nacionales avanzan muy lentamente en esta dirección, lo que hace también muy difícil la respuesta jurídica que pueda darse a las operaciones en Internet. Si un usuario español puede contactar con un ciudadano de cualquier país del mundo, y el acceso a Internet nos lo proporciona una empresa extranjera, a su vez filial de un proveedor de otro país distinto, puede concluirse que el Derecho Internacional Privado toma un protagonismo esencial a la hora de resolver las cuestiones conflictivas que surgen en el ciberespacio.

El problema es que las TICs suponen un ensanchamiento de los riesgos y las ocasiones de realizar hechos ilícitos, que atentan frontalmente contra el espacio reservado de las personas. De ahí que todos los derechos de la personalidad requieran hoy día un mayor acercamiento, profundizar en su estudio y hacer una aproximación jurídica más exhaustiva, pues el poder de las TICs ha puesto de manifiesto la especial vulnerabilidad de la esfera privada de los individuos. No tanto por el número de veces en que pueden –y son de hecho– vulnerados, sino porque al tener su fundamento en lo más innato de la persona, una vez que esa esfera privada entra en la Red queda en el ámbito de un universo digital al que no se puede poner puertas, hace muy difícil su control por el propio individuo y, lo más preocupante, su intimidad puede quedar expuesta de cualquiera para siempre.

Aún con todo, toda conducta delictiva cometida en el espacio virtual no queda impune, y nuestro sistema judicial está legitimado para depurar responsabilidades penales –en función de los tramos de edad–, y civiles en forma de sanción económica, que va a recaer directamente en sus representantes legales.

Hoy día se habla de una generación de individuos consecuencia, precisamente, de los modernos conceptos de vida privada, y de una genérica pretensión intimista. Sin embargo, la idea tradicional de “intimidad” sigue poniendo el acento en esa preocupación singular del sujeto por los aspectos más reservados de su vida. De ahí que el elemento de la voluntariedad juegue un papel significativo.

© The Family Watch 2014

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de The Family Watch o cualquier otra institución. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.
