

EL MENOR Y LA TUTELA DE SU ENTORNO VIRTUAL A LA LUZ DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL LO 1/2015

VIRTUAL ENVIRONMENT AND CHILD PROTECTION

ANA MARÍA GIL ANTÓN

Doctora en Derecho Constitucional por la UNED SOCIO FICP

Resumen: El presente trabajo que deriva de las investigaciones de otro anterior, presentado al premio de la Agencia de Protección de Datos de 2014 (entre los tres finalistas), con la denominación *¿PRIVACIDAD DEL MENOR EN INTERNET?*, y bajo el lema *“Me gusta. ¡¡¡¡Todas las imágenes de mis amigos a mi alcance con un simple “click”¡¡¡*, surge consecuencia de algunas de las conclusiones alcanzadas¹ en relación con el fenómeno de la realidad virtual actual de nuestros jóvenes y adolescentes, con los riesgos que conlleva, tanto en el ámbito civil, como de la tutela ante los ilícitos penales y de las opciones para su protección. La primera pregunta que nos podríamos plantear es si el menor se encuentra realmente protegido en el ámbito virtual, en lo que se refiere tanto a su privacidad, derechos de la personalidad contemplados en los apartados 1 y 4 del art. 18 CE, como ante aquellas conductas de terceros que pudiera impactar sobre su integridad personal, libertad, libertad sexual, etc., considerando los mecanismos y herramientas con los que cuenta el Ordenamiento jurídico en la actualidad, tanto en el ámbito civil, como en el penal, partiendo de un análisis de aspectos previos, del art. 10.1 CE reconoce a toda persona *“el respeto a la dignidad, a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al desarrollo de la personalidad, junto con la protección de la juventud y la infancia”*, dado que los menores constituyen un colectivo objeto de especial protección.

¹ GIL ANTÓN, A.M., *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson. 2013.

Abstract: The research resulting in this paper, a conclusion about previous work about denomination of Internet privacy; and slogan «I like». All pictures of my friends at my fingertips with a simple click, arises from a deep concern about the virtual of EU fundamental rights in the 21st century and the virtual environment through the Internet phenomenon, is leading a paradigm shift regarding the validity of the same. The research work presented has proceeded to an analysis of previous aspects, starting from the delimitation between personality rights and fundamental rights, with reference to our Constitution which provides that everyone «respect for dignity, inviolable rights which are inherent as well as personality development with the protection of youth and childhood, in Internet and virtual live, specially about civil and criminal law. However we must recognize that this is a complex matter, poorly regulated, because these rights, constitutionalized once, have a reinforced protection in the legal system, each constituting rights, Article 18.1 CE autonomous rights, but whose content is absolute, but there are borning other important risks from illegal behaviors by people in Internet and its could affect minors. Hence relevance platforms or Internet service providers, really establish mechanisms that determine the respect for the rights and freedoms of users under, and complying with European and national legislation on the subject. So there are different legal ways to protect the illegal acts in Internet.

Palabras clave: Derechos de la personalidad, *grooming*, *sexting*, acoso, ilícitos, intromisiones, integridad personal, libertad sexual, *entorno on line y off line*.

Keywords: Illegal behavior, sexual liberty, integrity, *grooming*, *sexting* personality rights and fundamental rights, *risk*, criminal law.

Recepción original: 20/04/2015

Aceptación original: 24/05/2015

Sumario: 1. Nuestro entorno virtual. 2. Mecanismo de tutela de los derechos fundamentales de la personalidad: Honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la RED. 2.1 Una aproximación a los derechos de la personalidad. 2.2 Panorámica de la protección de los derechos del menor. 2.3 Riesgos en la RED. 3. El ámbito de la tutela civil de los derechos del menor. 3.1 Sobre la tutela civil. 4. Conductas que suponen una intromisión ilícita en la privacidad de los menores: Peligros y delitos a consecuencia del mal uso de las redes sociales. 4.1 El entorno *on line*. 4.2 La tutela jurídico-penal del entorno virtual del menor. Conclusiones finales. Bibliografía. Direcciones de internet.

1. NUESTRO ENTORNO VIRTUAL

La existencia de uno de los mayores problemas con los que se enfrenta hoy día, no sólo el Derecho Constitucional, sino el orden civil y penal, no es otro que la defensa de los Derechos Fundamentales en el entorno virtual y, su particular impacto positivo y negativo sobre aquellas personas que requieren de una mayor protección, los menores. La vida privada y la protección de datos son bienes valiosos que se pueden ver en riesgo como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las técnicas aplicadas a la información y a las telecomunicaciones, en el ámbito de las TICs y que han de encontrar amparo desde el marco del derecho, y especialmente desde el ordenamiento de prevención de los actos antijurídicos. Constatamos día tras día como los medios que existen para captar, almacenar, elaborar y transmitir datos, no sólo hacen posible la intromisión no autorizada en la vida privada de los individuos, sino que permite el acopio de todo tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y utilizarla inmediatamente sin su conocimiento, ni por supuesto, sin su control². Y en esa denominada Sociedad de la Información o Sociedad RED, la demanda de intimidad y la necesidad de controlar el uso que terceros hacen de los datos personales de todo tipo, ha pasado a constituir una preocupación prioritaria, al tiempo que una necesidad para garantizar el respeto a la dignidad humana en nuestro entorno, derecho fundamental del derecho contemporáneo que en ocasiones conllevan otro tipo de riesgos.

¿Sabemos que en las navidades de 2014 el “GO PRO” “cámara con palo para los selfies” ha sido el regalo tecnológico más vendido entre jóvenes y adolescentes? Esto es tan sólo una nimia muestra de los cambios que las nuevas Tecnologías han generado y seguirán produciendo en nuestra sociedad, y como impactarán sobre los derechos de la personalidad del individuo del siglo XXI. Es decir nuestros menores, y no tan menores, ya no están dispuestos a pedir cualquier extraño cercano al lugar donde quieren fotografiarse, si les puede hacer la fotografía, necesitan hacerla ellos mismos, ponerse varios y sacar los rostros, para inmediatamente colgarla en las redes sociales, y así informar minuto a minuto a los colegas de sus actividades y de sus datos de identificación, afectando al ámbito de la vida privada.

En efecto, como decimos los cambios que contemplamos se producen a una velocidad cada vez más vertiginosa y afectan decisivamente a los modos de vida, a las relaciones sociales en sus más variados aspectos, en cuyos cambios tienen un papel preponderante la

² MURILLO DE LA CUEVA, L., *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid. 1990. Pág. 84, al referirse a los problemas que afectan a la intimidad de las personas y sobre la diferencia que media con la protección de datos personales.

generación de los denominados “nativos digitales”, que no sólo usan, sino que viven en el ámbito de las redes sociales. Este fenómeno de Internet se traduce en cultura, información, ocio sin restricciones, al servicio, en principio de todos, maximizándose la libertad de expresión, de información, facilitándose nuevas formas de entablar relaciones humanas, comercio electrónico, video vigilancia, medicina y nuevos sistemas de comunicación y de ocio entre los menores y jóvenes, el Messenger, Tuenti, Facebook, YouTube, Instagram, etc. y, la multiplicación de las denominadas redes sociales de todo tipo.

Ante estas realidades, no sólo surge la conveniencia de proteger la privacidad del ser humano, sino que nace la necesidad de proceder a la autodeterminación informática, tratando de salvaguardar los derechos fundamentales de la personalidad y su dignidad en la RED, y se van perfilando otros como el denominado y tan controvertido derecho al olvido, reconocido tras la relevante Sentencia Google vs. España, del Tribunal de la Unión Europea de fecha 3 de marzo 2014. Queda igualmente conferido el carácter autónomo a otros derechos constitucionales, como los que se recogen en el art. 18.1 y se define su contenido y sus caracteres, tanto a nivel internacional como en nuestro propio ordenamiento interno, siendo necesario el establecimiento de mecanismos de protección para la integridad moral, psíquica y física de la persona, que en múltiples ocasiones se encuentra en riesgo. Surge así mismo el concepto de identidad virtual del individuo, consecuencia de la multiplicidad de datos personales que incorporamos a la RED, cuando interactuamos en la misma a través de chat, redes sociales, correos, búsquedas en la web, etc.

Lo cierto, es que el denominado mundo on line ni está ni puede estar totalmente normado, y la realidad social avanza mucho más rápido que el ordenamiento jurídico y, a este hecho debemos de dar respuesta. Circunstancia que se acrecienta cuando hablamos de menores en la RED, por cuanto esta generación vuelca datos personales, imágenes, videos, en las redes sociales sin ningún tipo de cautela, desconociendo en todo o en parte, los posibles riesgos que de dichas conductas se puedan derivar para la propia privacidad, e incluso integridad física o moral?. Ante esta nueva realidad, podemos considerar que ¿Se está configurando un nuevo concepto de privacidad entre los jóvenes y adolescentes? ¿Consideran necesaria la privacidad, ¿Son conscientes de los riesgos que asumen?, ¿Se encuentra ésta realmente tutelada en la RED con los sistemas que ofrecen los ordenamientos jurídicos? ¿Existen mecanismos eficaces para la protección tanto civil como penal de los comportamientos antijurídicos en la RED? A estas, y otras cuestiones son a las que nos enfrentamos en el nuevo siglo

XXI, para lo que sin duda hemos considerado necesario ver cómo ha nacido el nuevo escenario en que nos encontramos y como se han ido perfilando, y han evolucionado no sólo los denominados derechos de la personalidad, para llegar a la situación actual en lo que podemos denominar el presente mundo de Internet, sino aquellas intromisiones antijurídicas o conductas ilícitas, y que en mayor grado afectan al ámbito del colectivo de los menores, que se encuentra en situación de mayor desprotección.

En definitiva, nos centramos no sólo en el análisis del estado de situación del menor respecto a la intromisión en su privacidad en el mundo virtual y su problemática, sino en la evolución del concepto mismo en el actual entorno de las redes sociales, pudiendo concluir que nos hallamos ante un cambio de perspectiva de los derechos de la personalidad para esta nueva generación de los “digital babys”. Y es que no olvidemos que para este colectivo, la vida en line se asimila a la vida off line, sin que se vislumbre, al menos por el momento, un cambio respecto de la despreocupación tanto por su privacidad, como por los posibles atentados a su integridad física y moral, resultando realmente difícil proteger a quien voluntariamente expone su vida privada en Internet, sin ningún pudor, y se pone en riesgo de actuaciones fraudulentas por parte de terceros. Se cuestiona, en definitiva la seguridad del individuo, debiéndose crear nuevas herramientas para su protección, que en multitud de ocasiones chocan frontalmente con los mecanismos informáticos y el profundo desconocimiento general sobre operativa, con el ámbito del ordenamiento jurídico, al que resulta realmente complicado no sólo el establecimiento de mecanismos de tutela ante la producción de situaciones de riesgo y su ejercicio eficaz, sino la fijación de medios de prevención. Y además existe un gran reto “¿cómo se puede proteger a un colectivo que no está interesado, o no es consciente de los riesgos que conlleva la navegación por Internet?”. Y a esta situación se añade otra generada por la reforma que opera la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo que entra en vigor el próximo 1 de julio.

2. MECANISMOS DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD: HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN EN LA RED

2.1 Una aproximación a los derechos de la personalidad

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre cuando comienza la configuración de este derecho al mantener que: “Todos los

seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Se sigue con ello, el contenido de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. También la Declaración de Independencia de los Estados americanos de 1776 expresa que “... sostenemos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales; que han sido dotados por el creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. La dignidad de la persona ha constituido y constituye, el pilar básico sobre el que se fundamenta todo ordenamiento social, comenzando el reconocimiento de derechos por la declaración y el convencimiento de que la persona es el objeto y fin último de cualquier regulación normativa.

Los derechos del art. 18.1 CE derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, hasta la promulgación de la vigente Constitución de 1978, en nuestro país se encontraban encuadrados doctrinalmente dentro de la categoría de derechos de la personalidad y no contaban con reconocimiento expreso normativo alguno, aunque en algunas sentencias del Tribunal Supremo se hacía referencia a estos derechos desde el ámbito puramente civilista. Destacable la más antigua de 22 de septiembre de 1944, en la que se expresa la protección del derecho al honor. También resulta interesante mencionar la de 28 de febrero de 1958, que señala que “*el daño moral, está constituido por los perjuicios, que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, se refieran a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad...*”. Con la promulgación de la Constitución de 1978 y el reconocimiento efectuado en el art. 18.1 CE, gracias a la progresiva evolución en la interpretación jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional respecto a cada uno de los derechos fundamentales de este precepto, estos derechos han venido conformándose con un carácter propio y específico, pasando a constituir hoy, tres derechos fundamentales de la personalidad diferenciados con un carácter autónomo, y contenido propio y delimitado, tal como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de marzo de 1987 y 13 de enero de 1999. En palabras de REBOLLO DELGADO “*los derechos no son graciosas concesiones, sino conquistas de libertad, cada una de ellas precedida de un largo proceso de consolidación social y política*”³. Y sigue manteniendo que además de las dificultades de su nacimiento y consolidación, circunstancia común al resto de derechos fundamen-

³ REBOLLO DELGADO, L.: *El Derecho fundamental a la intimidad*. Dykinson. Madrid 2005.

tales, se dan otras que también dificultan su reconocimiento y garantía, para estimar que esta dificultad radica en la imposibilidad de establecer los límites de este derecho con nitidez, y aún más, en la adecuación de los mecanismos jurídicos de garantía, para realizar una protección eficaz del mismo.

La dicción del art. 18 apartado primero de la CE determina “*que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”, vinculándolos con el art. 10.1 CE, y elevándolos así a rango constitucional. Pero el citado precepto, sin embargo, no da un concepto o una definición de lo que sean cada uno de estos derechos, sino que al ser la CE declarativa de los principios que han de informar el nuevo Estado social y democrático de Derecho, su contenido programático ha sido y, continua aun siendo, desarrollado mediante leyes orgánicas que van concretando en forma específica los diferentes derechos y principios inspiradores de este orden social.

Los citados derechos fundamentales de la personalidad –honor, intimidad e imagen– han sido por consiguiente, regulados mediante la Ley Orgánica 1/82, de Protección de Derechos Fundamentales –LOPDF–, que sin embargo no fija definiciones de los mismos, sino que, en unos casos lo hace en forma negativa, determinando lo que considera ataque o intromisión ilegítima a cada uno de ellos, como en el supuesto del honor; diferenciando el derecho a la intimidad del derecho al honor y del de la propia imagen, pero con una vertiente personal y familiar, y predominando su carácter de exclusión, como en el caso de la intimidad; u ofreciendo por la ley una serie de conductas que constituyen atentados o intromisiones ilegítimas contra el derecho fundamental y, estableciendo las correspondientes sanciones, en el supuesto del derecho a la propia imagen.

Si nos centramos en el desarrollo de los derechos del art. 18.1 CE en la LOPDF, la primera reflexión que podríamos hacer sobre la regulación de estos derechos en la misma, es que al contrario de lo que sucede con otras áreas del derecho, en las que el conocimiento de sus normas reguladoras da al jurista una cierta seguridad para buscar y dar una solución a los problemas suscitados, sucede que, en esta materia, el solo conocimiento de la ley es poco bagaje para resolver conflictos entre partes, así como para solventar con garantías los problemas interpretativos que se suelen producir en el ámbito de los citados derechos fundamentales, de ahí que resulte necesario la integración con el conocimiento de la doctrina jurisprudencial. Y en este sentido, ha sido la copiosa Jurisprudencia la que ha ido construyendo un cuerpo de doctrina consolidado a través del que se han ido delimitando y

perfilando los contornos de los actos que suponen auténticos atentados o intromisiones ilegítimas en cada uno de los citados derechos fundamentales del art. 18.1 CE.

A la dificultad anterior, se añade otra derivada de la reciente configuración particular de estos derechos, en los que conviene significar, no constituyen un derecho tricéfalo, sino que se trata de tres derechos diferenciados entre sí en sus propios contenidos esenciales, al honor, la intimidad y la propia imagen. Así en efecto, se reconocen en las STS de 17 de diciembre de 1997 y STS de 13 de julio de 2006, al igual que en la STC de 2 de julio de 2001, en las que se determina que a pesar de existir una estrecha relación entre los tres derechos fundamentales dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen un contenido propio y específico cada uno de ellos. Este criterio mencionado es igualmente compartido por las STC de 26 de marzo de 2001, STC de 25 de febrero de 2002, STC de 30 de enero de 2003 y STC de 30 de junio de 2003.

Destacable la circunstancia que, consecuencia de este carácter autónomo de cada uno de estos derechos y de su propio contenido esencial, es la posibilidad de que existan vulneraciones de uno de los derechos y no de otros por unos mismos actos invasivos concurrentes: por ejemplo, mediante la captación y reproducción de una determinada imagen de una persona, se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante dichas imágenes se invada la intimidad, pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen, sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurrirá en los casos en los que se revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada. Y lo mismo ocurrirá con el Derecho al honor y a la propia imagen, por ejemplo en la medida en que una fotografía pueda ser trucada o pueda dar una imagen sesgada de una persona, junto a la posibilidad de identificación de la persona en cuestión.

Es decir, cada uno de los citados derechos tiene su propio contenido, y ninguno de ellos puede quedar subsumido en los demás. No obstante, esta materia no ha sido pacífica ni mucho menos, y no puede dejarse de reconocer la existencia de profundas contradicciones entre las sentencias de los distintos Tribunales, dígase de juez de pri-

mera instancia y Tribunal de apelación sobre unos mismos hechos, o las discrepancias producidas en el ámbito de las sentencias en casación del Tribunal Supremo y en amparo por el Tribunal Constitucional, que han determinado la dificultad que entraña la delimitación de estos derechos, y que se deba estimar que se trata de un ámbito éste, en que existe la necesidad de ser estudiado cada caso concreto según sus propias peculiaridades, atendiendo no solo a la pura objetividad de los hechos concurrentes, sino también a las circunstancias de la persona que se considere ofendida, la veracidad de la información, el interés de ésta e, incluso, el género del medio a través del cual se hubiere vulnerado el derecho de que se trate, y por supuesto considerando la proyección pública de la persona, si la hubiere.

En definitiva, siguiendo el criterio de la STS de 14 de abril de 2000, lo más conveniente para enjuiciar cada caso concreto no sea, tanto reproducir las grandes líneas de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto en relación con cada uno de estos tres derechos, cuanto en cada caso a analizar, centrarse en aquellas sentencias que se hayan pronunciado sobre aspectos concretos que guarden relación próxima con el que sea el objeto de nuestro examen. Y es que los citados derechos cuentan, como a continuación indicamos, con una doble protección en el ámbito civil y en el orden constitucional, sin perjuicio de su tutela en las leyes penales.

Como conceptos claves respecto de cada uno de los citados derechos, consideramos como derecho al honor en la línea que mantiene NOVOA MONTREAL⁴ como aquel que “todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo (honor subjetivo) y que espera de los demás (honor objetivo)”. Existe pues, la valoración personal y social de la persona, con muy diferentes conformaciones (éticas, morales, religiosas, filosóficas, políticas, sociales), pivotando su conceptualización y su génesis sobre la dignidad de la persona humana y su libre desarrollo, al tratarse de un derecho de la personalidad, y de ahí la relevancia y la necesidad de su respeto, reconocimiento y protección en el ámbito legal.

Por su parte, respecto a la propia imagen referirnos a su concepto cuando nos referimos a la figura humana y su representación, es decir, la imagen, constituye el signo más inequívoco de identificación de una persona. No existe duda sobre el hecho de que la propia imagen

⁴ NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información*. S. XXI. Madrid 1989. Pág. 74.

tiene dos proyecciones significativas: una primera, alcanza de forma introspectiva al propio individuo y al concepto de sí mismo, con dos ámbitos substanciales, uno físico, corporal y otro mental o psíquico. En lo que hace referencia a la segunda proyección, es externa, hacia fuera, con respecto a los demás, y procura o pretende reservar o realizar una imagen acorde con lo que nosotros pensamos o entendemos de nosotros mismos. También respecto de la imagen se pronuncia RUIZ TOMÁS⁵, manteniendo que *“es imagen toda expresión que haga sensible un objeto carente, en sí mismo, de susceptibilidad para manifestarse, o bien el medio por el que una cosa se destaca en el ambiente externo con más fuerza de la que antes tenía dispuesta para representarse externamente. Es pues la imagen algo representativo”*.

Si consideramos del derecho a la intimidad, ALEGRE MARTINEZ⁶ mantiene este criterio *“... de acuerdo con su condición de ser racional, la persona merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de libertad e igualdad”*. En base a todo lo afirmado, y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, llegamos a la conclusión de que *“la dignidad es un valor espiritual moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”*⁷. Intimidad pues se compadece con el derecho que toda persona tiene a que permanezcan desconocidos determinados ámbitos de su vida, así como a controlar el conocimiento que terceros tienen de él. La intimidad es el elemento de desconexión social. El concepto de derecho a la intimidad como estricto derecho de defensa tiene incardinación directa en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. La potestad de control de lo que afecta al individuo en su ámbito de intimidad tiene una correlación también directa con la libertad. Cabe entender al derecho a la intimidad como la protección de la autorrealización del individuo. Si pensamos en algunos de los comportamientos más habituales por parte de nuestros adolescentes y jóvenes, vemos como está instaurada la costumbre entre los mismos, ya sean o no menores de edad, el «volcar» datos, imágenes y experiencias personales en la RED, generando un perfil

⁵ RUIZ TOMÁS, P., “Ensayo sobre el derecho a la propia imagen”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1931*. Pág. 46.

⁶ ALEGRE MARTINEZ, M.A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional*. Universidad de León. León 1996. Pág. 19.

⁷ STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º

público de la propia persona y compartiendo información a menudo «sensible» para la privacidad, incluidas fotografías de uno mismo o de familiares, amigos o colegas, quizás sea una de las actuaciones más habituales y masivas, de tal forma que a través de esta vía se puede llegar a recabar sin esfuerzo todo tipo de información sobre nosotros mismos, y acrecentándose los riesgos en el ámbito virtual.

2.2 Panorámica de la protección de los derechos del menor

El art. 39 en su apartado 2 como el art. 48 de la Constitución Española hace referencia, del mismo modo, a la protección de la infancia y de los adolescentes: *“Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.”* El art. 39.4 CE, *ad abundantiam maior*, dispone que *«los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*. Específicamente el art. 4.1 LO 1/1996 dispone que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se puede mantener, que la LOPM, en efecto *“marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Este enfoque nuevo por las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad reformula la estructura del derecho a la protección de la información vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”*⁸. Esta ley para proteger al menor, tiene como fin destacar los aspectos más relevantes de la minoría de edad, los derechos y obligaciones de los poderes públicos frente a los niños, etc.

Sobre dichos extremos es igualmente relevante referirse a la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, de 15 de marzo, en la que expresamente se indica que *“los art. 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección integral en el disfrute de los derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 C.C o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las*

⁸ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

instituciones públicas(en especial, Entidades públicas de Protección de Menores y M.F.)”.

La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez hace que el ordenamiento otorgue una protección de especial intensidad. Y está La LOPM trata de tutelar los derechos de los menores en general indistintamente de la edad, siempre que sea menor de dieciocho años, independientemente de que sea de un sexo u otro pero es cierto que según que procedimientos o actuaciones se considera en una edad u otra al niño con suficiente capacidad de juicio y madurez para decidir. La madurez y entendimiento de un niño no se corresponde necesariamente con la edad cronológica para tomar decisiones de diferentes aspectos por lo que se ha de acudir a *“un doble criterio para la matización”, que se repite constantemente en la distinta legislación aplicable. De una parte, se hace hincapié en la suficiencia particular de juicio de cada menor y su grado de madurez o las características de su personalidad; y de otra, se hace referencia a su edad, como circunstancia objetiva, menos perfecta, pero más simple en su concreta apreciación”*,⁹ como anteriormente indicamos.

Es de aplicación a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español destacando así como principio general el de *“la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y del necesario carácter educativo de las medidas a adoptar en cumplimiento de la Ley y de la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar en los menores”*¹⁰.

Pero es que además, conviene señalar que la propia CE atribuye al Fiscal funciones de enorme calado ético, en cuanto defensor de la esfera de la privacidad de los menores. Y tanto es ello así, que el propio artículo 4.2 de la LOPM establece que *«la difusión de información o utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puede implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitara las indemnizaciones que corresponda por los perjuicios causados»*. El apartado 4 de ese mismo precepto, atribuye en todo caso al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones legales de las que

⁹ GIL ANTÓN A., *El derecho a la propia imagen del menor en internet*. Madrid 2013. Editorial Dykinson. Pág. 229.

¹⁰ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

fueran titulares los representantes legales del menor, pudiendo éste actuar bien de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada. En efecto, en la citada Circular de la Fiscalía 2/2006 se dan pautas exegéticas a la luz de la LO 1/96 que, como se ha indicado, introdujo disposiciones que fortalecen extraordinariamente la posición del Fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la LO 1/82, que posteriormente en diversas materias se han completado por las Circulares 8/2011 y 9/2011, también de la FGE.

Por su parte, en lo relativo a la protección de los datos personales la Ley Orgánica 15/99, de Protección de datos personales, desarrollada por su Reglamento, en su artículo 13 fija la necesidad de la edad mínima de los 14 años para la prestación del consentimiento de los menores a la hora de tratar datos personales. Por consiguiente, aquellos cuyas edades no superen los 14 años de edad no podrán consentir por sí mismos el tratamiento de sus datos personales, y no podrán de inicio, ser usuarios de redes sociales, pues su uso precisa de forma necesaria del previo otorgamiento de un consentimiento válido. En todo caso requerirán la asistencia en la autorización de sus padres o/y tutores. Y es aquí donde se plantea una de las cuestiones más problemáticas precisamente para el otorgamiento del consentimiento para el acceso a las redes sociales por los menores. ¿Supone la edad en la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, una presunción *iure et de iure* o una presunción *iuris tantum*? En este aspecto, en función de la opción que adoptemos respecto de la edad cronológica taxativamente fijada, o el criterio de la madurez suficiente, como teoría subjetiva, podrá seguirse un criterio u otro. No obstante, siempre resulta más seguro acudir al criterio de la edad, al que además se refiere expresamente la Ley, que al menos seguro de las capacidades y madurez del propio menor. En función, de que se cuente o no con ese consentimiento expreso o autorización respecto de los datos, informaciones, imágenes, referencias a una persona, etc. habrá o no intromisión ilegítima en los citados derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, o a la protección de datos en la RED.

Con relación al consentimiento del menor que excluiría la intromisión ilegítima, en nuestro ordenamiento civil, se ha de partir de que con carácter general, en el caso de menores formalmente emancipados, el artículo 323 C.C establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, si bien introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, entre las que se encuentra la disposición sobre sus derechos de la personalidad, que además han de interpretarse restrictivamente. Las mismas considera-

ciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayoría de edad (artículo 321 C.C). Estos menores a efectos civiles con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí solos la prestación de los consentimientos y el ejercicio de determinados derechos fundamentales de la personalidad.

En el ámbito del proceso civil los arts. 138.2 y 754 LEC introducen disposiciones tendentes a preservar la intimidad de los menores.

En idéntica dirección el art. 35 LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, dispone que «... en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación». La Ley también quiere preservar a toda costa la intimidad de los menores sometidos a medida de reforma: el art. 56.2 c) LORPM contiene una cláusula específica de protección de los menores internados en un centro de reforma al reconocérseles el derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros. El desarrollo reglamentario de la LORPM llevado a cabo por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, configura como principio general el de la confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen (art. 6.2.i). Este principio general se concreta en un haz de normas: el art. 12 al abordar el expediente personal del menor en la ejecución de la medida establece un acceso restringido y una obligación general de reserva; el art. 30, en cuanto a la normativa de funcionamiento interno de los centros; el art. 32 en cuanto a trámites después del ingreso; el art. 34 sobre el internamiento de madres con hijos menores; el art. 35, respecto de los traslados; el art. 37, respecto de la asistencia escolar y formativa; el art. 40.8 en cuanto a las comunicaciones y visitas de familiares y de otras personas; el art. 41 en relación con las comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado y con otros profesionales y autoridades; el art. 54 en cuanto a vigilancia y seguridad y cacheos. Del mismo modo, el art. 2.4 del Real Decreto 1774/2004 en relación con los registros de menores se inspira en la protección a ultranza de la intimidad del menor infractor.

Por su parte, el art. 13.3 LO 1/1996 contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el más grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil. Del mismo modo, el propio CP, al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (art. 197.5 CP), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual), a los que nos referiremos más adelante. Por otra parte, la reforma del CP introduce el delito de difusión in consentida de imágenes grabadas con consentimiento (art.197.7). También se eleva la edad de los menores de 13 a 16 años en relación con los delitos contra la integridad sexual.

2.3 Riesgos en la RED

Recordemos algunas de las noticias que han venido conociéndose en relación con los riesgos en las redes. Por ejemplo, la que hacía referencia el periódico digital «El Mundo del 2 de abril de 2012», en el que apareció una noticia que nos debe dejar una profunda preocupación de futuro, relativa a cómo en el estado de Meriland en Estados Unidos, se ha denunciado por un ciudadano (*Kochinsking*) como para acceder a un puesto de trabajo «o eres amigo del entrevistador o se le da las claves de *Facebook*». En efecto, la noticia, sin ánimo alguno de entrar en la privacidad existente o no en esta RED social, siendo un hecho totalmente objetivo, se refería al hecho de que el entrevistador para el acceso a un puesto de trabajo de una empresa exigió al citado ciudadano demandante de empleo, las claves para poder acceder a su cuenta de *Facebook* y comprobar que no presentaba ninguna conducta indebida. Se le requirieron sus contraseñas de *Facebook*, para poder visitar sus páginas y ver comentarios y fotografías. A pesar de que esta actuación de la empresa fue denunciada, y no se le permitió por la jurisdicción competente la entrega de dichas contraseñas, sin que la RED social tuviera intervención alguna, la empresa oferente de empleo, requirió al solicitante de empleo para que no obstante accediera a abrir su cuenta de *Facebook* en presencia del mismo, para la revisión de los comentarios y fotografías.

Y lo mismo ha ocurrido en el estado de Illinois. Últimamente en nuestro estado durante el presente año 2013, recordar la repercusión mediática y las consecuencias que se derivaron de los videos y fotografías de adolescentes que, fotografiadas así mismas, remitieron las

mismas por Internet y hubo una difusión in consentida, sin olvidar el caso del video de la Concejala de los Yébenes.

También somos testigos de actos ilícitos, si bien entendiendo que se trata de un hecho todavía aislado, recordar que precisamente en Ciudad Real fue detenido el 10 de julio un hombre por corrupción de menores en el marco de la operación *HARIBO* al contactar con una niña de 11 años de edad vía Internet haciéndose pasar por una menor de edad. Lo cierto es que los hechos se habían iniciado meses antes en que el hombre pedía imágenes y videos a través de una RED social y de un programa de mensajería instantánea. Y es que es muy fácil «engatusar en Internet», tan sólo se requiere crearse un perfil falso utilizando un nombre cualquiera, de amiga/o y con la edad que convenga. Sólo es necesario ganarse la confianza del menor, si es un varón es suficiente comenzar una simple relación sentimental, por otra parte a esas edades más inocentes, y posteriormente pedir fotografías en ropa interior o simplemente tomar imágenes con la webcam. Incluso se utilizan otras menores en determinados casos, como el presente para amenazar al menor «engatusado» con difundir por Internet las imágenes, sino se accede a las pretensiones, que pueden llegar hasta el contacto físico¹¹.

Pero recordemos igualmente la operación «*PIOPIO*» en las que resultaron imputadas 6 personas, 4 de las cuales eran menores de edad, por los delitos de pornografía infantil y distribución a través de Internet, y contra los derechos a la intimidad y la propia imagen. Y es que se pudo comprobar que había habido una gran cantidad de imágenes de menores de contenido sexual difundidas por Internet precisamente por otros menores sin el consentimiento de las personas afectadas, lo que se denomina como «*sexting*», y que además suelen ocasionar a menudo trastornos importantes de carácter mental, que pueden llegar incluso a ser graves¹².

Pero sin llegar incluso a estos casos de corrupción, o de pederastas o pedófilos, no siendo ello habitual todavía hoy en la RED, cabe también la utilización de fotografías «como el hecho de una blogosfera maternal en que era una mamá falsa, que durante tiempo se dedicó a colgar fotos de bebés, que se creó unos perfiles en unas redes sociales, confesando posteriormente que ni era madre, y desapareciendo todos los perfiles»¹³. Es decir, si en el mundo off line, existen riesgos y peli-

¹¹ EUROPAPRESS/MADRID. jueves, 11/07/2013.

¹² <http://cadenaser.com/espana/articulo/imputados-distribuir-fotos-menores-internet>

¹³ «Verdades y mentiras sobre el peligro de colgar fotos de nuestros hijos en Internet» <http://lasmamasde.conpequesenzgz.com/2013/05/imágenes-de-menores-en-internet>

gros para nuestros menores, a los que los padres y educadores contribuimos a concienciar, no otra actitud debe darse con respecto al mundo on line, donde los riesgos lógicamente también se dan.

Con dichos hechos que, a día de hoy pudieren ser aislados, pero que se van incrementando ha de preocuparnos qué actitudes adopten los jóvenes y adolescentes en las redes sociales, y no sólo ante comentarios o imágenes, puesto que éstos pueden condicionar sus posibilidades futuras en múltiples aspectos, como por ejemplo en el ámbito del acceso al empleo, sino también ante solicitudes de amistad de desconocidos, con los que interactúan sin tomar las cautelas necesarias, y que pueden generar situaciones de lesión de bienes jurídicos de los menores, como el de la integridad moral, el de la libertad sexual u otros.

Si consideramos el ámbito de la responsabilidad, no cabría duda de que recaería una responsabilidad civil, por el daño causado, no sólo sobre los autores de la vulneración de los derechos que venimos indicando, ante las intromisiones en dichos derechos, sino también sobre las propias prestadores de servicio de RED social, y desde luego sobre las web master y los buscadores, al disponer del medio donde se publica o se accede a la información, especialmente cuando no actúen diligentemente en la cancelación de información, cuando la misma haya sido solicitada por el perjudicado, o cuando se trate de menores, cuyo consentimiento expreso no pudiera ser verificable o no se hubiere otorgado, bien por el mismo cuando tuviera la capacidad de obrar necesaria, o bien la de sus padres o/y tutores, en el supuesto de no tenerla. Y es que como mantiene TRONCOSO REIGADA¹⁴ *“se echa en falta un adecuado diseño de las plataformas de redes sociales para reducir los problemas relacionados con la privacidad”*.

La primera medida básica para combatir los peligros de la RED, es la concienciación de su existencia, conocerlos, conocer su origen, conocer su funcionamiento y cómo actúan sus responsables, por lo que será necesario informar y educar a nuestros menores sobre los riesgos que genera compartir con “amigos virtuales” informaciones o contenidos que no se compartirían en el círculo real de los amigos o de la familia, ya que dicha información puede volverse en contra de la propia seguridad, privacidad e incluso contra la economía, si es utilizada de forma inadecuada por esos falsos amigos. Se ha de tratar de minimizar los riesgos y evitar los ataques a la propia privacidad e incluso integridad, que están íntimamente relacionados con la concien-

¹⁴ TRONCOSO REIGADA, A., “Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos. Parte una. Revista de Internet, derecho y política. Octubre 2012.

ciación sobre la propia seguridad, mencionar entre otros: la utilización de antivirus de confianza y su actualización; el mantenimiento de los sistemas operativos de los ordenadores, así como de los programas más sensibles de infección; utilización de cuentas de usuarios con permisos restringidos; elección de contraseñas seguras, usar el sentido común y no “clickear” en cualquier cosa; desconfiar de los enlaces o descargas que nos aparecen en páginas web de poca confianza, no abrir mensajes de usuarios desconocidos; no hacer operaciones bancarias desde ordenadores que no sean de confianza, ser muy cautelosos con la información que se decide compartir en la RED y con quien se comparte, porque lo que se sube a Internet, en Internet queda. A ello se ha de añadir lógicamente la implicación en la protección tanto de los padres y tutores, educadores y docentes, así como los propios prestadores de servicios de RED, agentes sociales, Instituciones, autoridades de control, Fiscalías de menores, y resto de posibles responsables.

No obstante lo anterior, VILASEU SOLANA¹⁵ opina *“considero que no debe abandonarse este terreno pero soy un tanto escéptica respecto de la eficacia de la formación. Por ejemplo, en el caso de España, a pesar de que la población declara sentirse preocupada por la privacidad, parece que esta inquietud se diluye un poco cuando el sujeto accede a un entorno virtual”*¹⁶. Debemos destacar las afirmaciones que realiza MURILLO DE LA CUEVA al decir que *“luego cuenta la reducida conciencia de los riesgos frente a los que esas normas jurídicas quieren ofrecer tutela y el insuficiente conocimiento que de unos y otras tienen todavía los responsables de muchas instituciones públicas y entidades privadas relevantes”*. Por otro lado, este mismo autor, MURILLO DE LA CUEVA, considera que las instituciones jurídicas que deben de dar protección y establecer una serie de normas, no siguen el mismo ritmo de las tecnologías y su desarrollo, ni de las comunicaciones, por tanto, es muy difícil establecer unas normas y protección sobre algo que todavía ellos no conocen¹⁷. En concreto, después de manifestar la preocupación por la privacidad, gran parte de los internautas reconocen que

¹⁵ VILASEU SOLANA, M., “Privacidad, redes sociales y el factor humano”, en la obra coordinada por RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y redes sociales*. Opera cit. Pág. 74.

¹⁶ Así se desprende del Barómetro del CIS de Septiembre de 2009. Estudio un.2812 (http://www.cis.es/cis/opencms/ES/Novedades//Documentación_2812.html).

¹⁷ MURILLO DE LA CUEVA, P.L., capítulo “Observaciones sobre la privacidad del Menor antes las Nuevas tecnologías, instrumentos jurídicos y competencia Judicial” de la obra de PIÑAR MAÑAS, J.L., *redes sociales y Privacidad del menor*. Madrid 2011 Editorial Reus. Pág. 109 y ss.

no leen las políticas de privacidad de las páginas web que visitan o de las redes sociales en las que se dan de alta¹⁸.

Tal y como señala LÓPEZ ORTEGA “*Internet no conoce fronteras, sino que ninguna autoridad, entidad o institución la controla, por lo que nadie gobierna internet*”¹⁹. Es a partir de afirmaciones como ésta, cuando hay que plantearse si existen o no medios de protección y en el caso de que los haya, si son suficientes o insuficientes.

Con independencia de los sistemas que otorgue o no el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos del menor en la RED, consideramos que el problema del uso internet y de las redes sociales surge, fundamentalmente, puesto que la mayoría de los menores no han recibido información ni formación de cómo gestionar sus derechos en la RED, no conocen las normas básicas de funcionamiento de internet, pero tampoco esos adolescentes se detiene un instante a leer las “condiciones de uso” que aparecen en todas las redes sociales una vez que se van a descargar y registrarse, en su caso. Tampoco otorgan un consentimiento informado, verificable, expreso, a pesar de la acción de “*clickear*” y aceptar en consecuencia, los condicionados reguladores de páginas web y redes sociales. La desinformación de los mismos es muy alta, de hecho, los menores ignoran no sólo lo relativo al ejercicio de sus derechos, sino también respecto de sus amigos, ignoran el control y la utilización. Ante las intromisiones ilegítimas en la RED con responsabilidades en el ámbito civil, indicaremos aquellos aspectos más destacables respecto de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los mismos.

3. EL ÁMBITO DE LA TUTELA CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR

3.1 Sobre la tutela civil

Partimos como no puede ser de otra manera de que tanto la fundamentación de la intimidad, que se encuentra en el concepto de la

¹⁸ En el citado Barómetro del CIS, la pregunta 16.f hace referencia a la frecuencia con la que se leen las políticas de privacidad de las páginas de internet que se visitan. El 21,7 % de los usuarios de internet declaran hacerlo *algunas veces*, el 26,2 % declaran que *raramente* y el 35,6% dicen que *nunca* (Téngase en cuenta que esta cuestión se plantea sólo a los encuestados que han declarado haber hecho uso de internet durante los últimos 12 meses, que son el 55,8 % del total de encuestados).

¹⁹ LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en internet”, en *Internet y derecho penal*. Madrid 2001. Pág. 87

«*privacy*» o el derecho a la reserva, como el de la propia imagen, y sus contenidos esenciales respectivos al fundamentarse en la dignidad y libertad del individuo, y por consiguiente en la existencia de un ámbito propio y reservado del individuo frente a la acción y conocimiento de los demás, que conllevan la autodeterminación sobre uno mismo, denominador común de la protección de los citados derechos fundamentales del artículo 18.1 CE. Y es que la intimidad y propia imagen, junto con la protección de datos son derechos que se encuentran sumamente interconectados, esfera del individuo que ha de ser respetada. El derecho a la imagen quedaría así, integrado en el derecho a la vida privada, al igual que ocurre con las conversaciones privadas, correspondencia, secreto de las comunicaciones, etc. Sobre el secreto de las comunicaciones referirnos entre otras a la SPS 921/2009 de 20 de octubre en la que se indica que no se pueden confundir los medios que posibilitan la comunicación, con la comunicación misma.

El reconocimiento de un derecho a la vida privada –*la privacy*– abarca la protección frente a las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en el ámbito reservado de la misma, sea cual sea el tipo de intromisión ilegítima de que se trate y el medio a través del que se produzca, incluido el entorno virtual o se trate de los medios denominados tradicionales de comunicación pública.

De acuerdo con la Ley Orgánica el daño se presume cuando exista intromisión ilegítima, que viene a convertirse en el eje de la regulación legal, en su artículo 9.3, con lo que se establecieron unos límites para constatar tanto la existencia de una posible vulneración como un daño en los derechos que componían su contenido. Y para ello utiliza un sistema indirecto de protección, pero también el más conformado con los sistemas y procedimientos en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales que corresponden a la persona²⁰. El artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, establece que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará limitada por las Leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia» La Ley Orgánica 1/1982, dispone de diversas vías para posibilitar la protección de los particulares frente a posibles daños derivados de vulneraciones previstas en su articulado, que recoge una serie de supuestos atentatorios contra la intimidad, el honor y la propia imagen. Sin embargo, es el artículo 7 de la citada Ley Orgánica, el que realiza la enumeración de las intromisiones ilegítimas, limitándose en sus apartados 5 y 6 de di-

²⁰ REBOLLO DELGADO, L., *Límites a la libertad de comunicación pública*. Madrid 2009. Pág. 178

cho artículo al describir una serie de conductas, cuyo número ha de entenderse que no está cerrado, sin hacer mención a los autores de las mismas, ni a la culpabilidad que se exija para su existencia.

No obstante, se puede llegar a la conclusión de que las líneas fundamentales de la Ley Orgánica 1/1982, no contradicen los principios generales en el ámbito de la eventual responsabilidad civil, por cuanto se observa la existencia tanto de un desarrollo sustantivo como procedimental de los derechos a que afecta, limitándose a su vertiente civil. En efecto, dicha regulación en el ámbito de la jurisdicción civil ordinaria, se encauza a través de lo dispuesto en el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondiendo su enjuiciamiento al juez de instancia predeterminado por la Ley.

La citada LO 1/82 determina en su artículo 2.º, apartado primero el ámbito de protección marcado por las leyes, los usos sociales y los propios actos del interesado, siendo pues a este respecto, necesaria la integración con otras Leyes que regulan estos derechos de forma sectorial, como por ejemplo el Código Penal, la LO 1/1996, así como el hecho de que aunque la regulación de esta materia solo puede ser por Ley Orgánica, algunas C.CAA han procedido efectuar ciertas regulaciones. Por último, en relación a los usos sociales, determina que se habrá de estar a lo que sean conforme vayan existiendo en cada momento en la sociedad, cuestión que en la actualidad no resulta baladí.

Por otra parte, es significativo que en el segundo apartado excluya expresamente de la consideración de intromisión ilegítima las conductas autorizadas expresamente por la Ley o los supuestos de consentimiento del titular. Dicho consentimiento que habrá de ser expreso, podrá ser revocable en cualquier momento, con las indemnizaciones procedentes en tal caso.

Respecto de los menores, en el artículo 3.º, se contemplan minuciosamente los supuestos de consentimiento prestados por menores o incapaces, a efecto de considerar excluidas las intromisiones. El capítulo 2.º comprensivo de los artículos 7 a 9, contemplan los tres derechos fundamentales de la personalidad, estableciendo el elenco de intromisiones ilegítimas, las causas de exclusión de la antijuricidad.

El artículo 9 fija en 5 apartados el contenido y modo de ejercicio de la citada tutela judicial:

A) Los cauces procesales por los que podría recabarse la tutela judicial, aparte de las vías procesales ordinarias, previstas en el art. 249.1 de la LEC, el procedimiento especial y sumario previsto en el artículo 53.2 CE, que está establecido en la Ley 62/78, y determina

que podrá acudirse, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

B) Determina el contenido de la tutela judicial, incluyendo junto a las medidas ordinarias (indemnización de daños), el derecho a replicar, la difusión de la sentencia, las medidas cautelares necesarias. Además de otorgar al juez todas las facultades a adoptar in límite litis para poner fin a la intromisión ilegítima.

C) Contempla la presunción de existencia de perjuicio, cuando se acredite la intromisión ilegítima, y se fijan los criterios para establecer la indemnización.

D) Hace referencia al destino de las indemnizaciones en caso de derechos de personas fallecidas.

E) Fija un plazo de caducidad de 4 años después de que las acciones pudieran ejercitarse.

En la disposición derogatoria, se establece que quedarán derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo previsto en dicha Ley Orgánica, para en las dos disposiciones transitorias, fijarse que extiende la protección de la Ley a las intromisiones que puedan derivarse del uso de la informática, fijándose en la segunda como procedimiento de desarrollo del artículo 53.2 de la CE, el de la Ley Orgánica 62/1978, refiriéndose expresamente a sus secciones II (cuando la intromisión provenga de poderes públicos) y III (cuando esté cometida por particulares), siendo consideradas ambas vías, vías previas al recurso de amparo cuando proceda, respectivamente.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sin embargo, no establece un procedimiento especial para la salvaguarda de esos derechos fundamentales, sino que se remite a la regulación general del juicio ordinario, al señalar en su art. 249.1 *“que se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: 2º las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de Rectificación”*, estableciendo como única especialidad en este mismo artículo, que *“ en estos procesos, será siempre parte el MF y su tramitación tendrá carácter preferente”*.

Conforme a todo lo expuesto, podemos decir que en la actualidad, la garantía de los derechos de la personalidad incluido, el más recientemente reconocido como derecho constitucional de la protección de datos, podrán recabarse de los Tribunales de justicia conforme a las previsiones establecidas en la LO 1/82, de 5 de mayo, bien a través del

cauce procesal ordinario que regula la LEC, en su art. 249.2.^a, bien a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que efectivamente el artículo 53.2 CE, prevé también la posibilidad de recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo de la misma, entre estos últimos, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, además de ante los Tribunales ordinarios, a través del citado procedimiento sumario. De ahí que se pueda hablar incluso de un recurso de amparo impropio, así como del propio.

En consecuencia se puede apreciar cómo existe una doble vía de protección jurisdiccional para la salvaguarda de estos derechos, aunque del tenor del precepto constitucional se desprenda con claridad la preeminencia de la jurisdicción ordinaria frente a la Constitucional, de la manera que la protección de los mismos sólo podrá pretenderse a través del recurso de amparo ante el TC en aquellos supuestos en los que la lesión no fuere reparada por los Tribunales ordinarios, después de haber acudido a ellos. Así lo ha proclamado también el TC entre otras en el Auto de 8 de febrero de 1984.

Si nos referimos al ámbito de protección concreto, y el derecho atacado del titular indicar que se tutelan de forma singularizada en relación con la intimidad considera REBOLLO DELGADO²¹ La LO 1/82, no llega a recoger un concepto de intimidad, pero sí se refiere en su art. 7 al aludir a las diversas posibilidades de intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad, personal, a la vida íntima de las personas, a las manifestaciones o cartas privadas no destinadas a ser conocidas por terceros, a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como a la revelación de datos privados de una persona o familia; con referencia al honor, ante la ausencia de definición expresa del honor, esta orfandad de concepto legal²² ha sido implementado por el TC, como privilegiado intérprete de la CE, quien ha perfilado a través de pronunciamiento el definitivo concepto del honor, concepto que en todo caso participará de una importante indefinición, pues no en vano, se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento²³ que encaja en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados²⁴, lo cual no obsta a la existencia de otros pronunciamiento en que se concreta un poco más el concepto como “el derecho a respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere

²¹ REBOLLO DELGADO, L., *El derecho a la intimidad, opera cit.*

²² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 223/92, FJ 3.º

²³ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 185/89, FJ 4.º

²⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 223/92, FJ 3.º

para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda su titular ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás, siendo el denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho el desmerecimiento en la consideración ajena, tal como dispone el art. 7.7 de la LO 1/82 y de la LO 1/96, como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas. Por último, respecto de la imagen en los apartados 5 y 6 del artículo 7 de la mencionada Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, establece qué se consideran intromisiones ilegítimas, si bien conviene recordar que la citada Ley Orgánica no es taxativa en la enunciación de los supuestos de intromisión ilegítima, sino que se limita únicamente a ejemplificar algunos de ellos, por lo que no estamos ante un *numerus clausus*.

Los explicitados son expuestos en los apartados 5²⁵ y 6 de la citada Ley, fijando las causas justificativas en el art. 8.1 y 2.

²⁵ Que se refiere a la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 y, en el 6 determina la utilización del nombre, la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. La segunda conducta, del apartado 6, se diferencia de la primera, no tanto en cuanto protege la imagen como un derecho derivado de la esfera privada de la persona, sino como un derecho de contenido económico, más cercano a la propiedad intelectual o industrial que al derecho a la intimidad, al proteger el nombre, la voz y la imagen de una persona de la utilización con fines comerciales contra su voluntad. En este caso, no se protege la propia imagen como derecho fundamental, sino como derecho patrimonial. El citado apartado 5, sin embargo fija conductas que afectan al derecho a la imagen, como la que comprende la «mera captación, y la reproducción (aunque la segunda ha de ser considerada más grave que la primera) de la imagen de una persona, tanto en momentos de la vida privada (lo cual afectaría además al derecho a la intimidad) como fuera de ellos (lo cual afectaría solo al derecho a la imagen). La Ley no se refiere sino a aspectos externos de la imagen, y no a lo que se conoce como «imagen pública». artículo 8.1 fija causas justificativas generales cuando indica «no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Para a continuación el artículo 8.2 disponer las causas justificativas relativas a la captación de la imagen, cuando se refiere a: «En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; b) la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social; c) la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria». Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su cargo o notoriedad sean susceptibles de conllevar relevancia pública.

En cuanto a la legitimación para las acciones de protección de estos derechos fundamentales, lo será el sujeto pasivo menor que haya sido objeto de una intromisión ilegítima por ser titular del derecho atacado, ya sea mayor o menor de 14 años, por cuanto según lo expuesto anteriormente, una cosa es la titularidad del derecho que es innato a la persona, y otra su ejercicio, para lo que se aplica todo lo previsto anteriormente respecto de la capacidad de obrar, si bien es relevante según también lo ya indicado, el papel de tutela que adquiere el Ministerio Fiscal en relación con la conculcación de derechos fundamentales de los menores.

4. CONDUCTAS QUE SUPONEN UNA INTROMISIÓN ILÍCITA EN LOS DERECHOS DE LOS MENORES: PELIGROS Y DELITOS A CONSECUENCIA DEL MAL USO DE LAS REDES SOCIALES

4.1 El espacio *on line*

Como hemos venido manteniendo los derechos de la personalidad referidos, son valores absolutos, permanentes e inmutables, y cada persona es soporte y sujeto jurídico de esos derechos, por lo que su efectiva protección ha de venir determinada en primer término, por el celo que en su guarda y custodia manifieste cada persona titular del derecho. Y que la consideración en ocasiones sobre dichos derechos puede provenir de los valores culturales que en la sociedad se manifiesten en cada momento, y de modo especial, por el propio concepto que cada persona tenga al respecto mediante las denominadas pautas de comportamiento que se deducen de su conducta, y de ahí que la problemática vendrá de la “custodia” que sobre dichos derechos efectúan los menores.

Es evidente que la participación en las redes sociales implica una serie de peligros y riesgos para los usuarios y haciendo más hincapié, para los menores de edad, tanto en el momento de darse de alta y registrarse en la RED, compartiendo información, como en el momento de darse de baja siempre y cuando los menores no actúen con la debida diligencia. Una RED social no tiene por qué implicar peligro de inicio, si se usa de manera adecuada, siendo conscientes del uso que le queremos dar, las maneras de actuar ante posibles problemas, el tiempo que debemos invertir en él, etc. Será un peligro para aquellos que no tengan en consideración la afluencia de delitos telemáticos que se pueden generar o quien sabiéndolo actúe sin ser precavido. El principal problema en la de RED se genera con la

forma de actuar que tienen los menores sin tener en cuenta su privacidad o intimidad. En efecto, *“las redes sociales hacen que el ámbito de la intimidad se abra exponencialmente con la consecuencia lógica del aumento del riesgo de atentados contra los derechos de la personalidad, entre otras cosas incrementándose incluso los ilícitos penales”*²⁶. Esto es, cuando no tenemos en cuenta que pueden hacer otras personas con los datos personales, documentos, imágenes, videos que se publican, o con conductas que pueden afectar a nuestra integridad física, moral, a la libertad sexual, la libertad, en el caso de amenazas, coacciones, etc.

La tutela de la vida virtual de los menores de edad es necesaria, por cuanto los mismos durante la niñez y adolescencia todavía no han alcanzado el suficiente juicio, y suele ser habitual que, con o sin consentimiento de padres y/o tutores, accedan, se registren y operen en las redes sociales, sin por otra parte, comunicar habitualmente, la posible existencia de problemas a los padres y/o tutores.

4.2 La tutela jurídico-penal del entorno virtual del menor

Los atentados a los derechos fundamentales a los que nos hemos venido refiriendo están tipificados en el Código Penal en el título X como *delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, título XI como *delitos contra el honor* así como los delitos que se encuentran en el título VIII como *delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, sin obviar la necesaria tutela de la integridad moral, prevista en el artículo 173.1 del C.P.

Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio

Cuando pensamos en la protección penal de la intimidad, la propia imagen y el honor, como consecuencia de lo previsto en el art. 20.4 CE que pone como límite especial al ejercicio de las libertades públicas los derechos fundamentales, los preceptos legales, y especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y la infancia.

Además de la ya mencionada LO 1/82 y la LO 15/99, de Protección de Datos personales, el C.P. en su Título X del Libro II protege dichos

²⁶ GIL ANTÓN, A., *El derecho a la propia imagen del menor en internet*. Madrid 2013. Editorial Dykinson. Pág. 173.

derechos a la intimidad, incluida la intimidad informática, y a la propia imagen mediante la tipificación de las conductas relativas a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, y delitos contra el honor castigando la calumnia y la injuria, en el Título XI.

El bien jurídico protegido en el delito de descubrimiento y revelación de secretos es el derecho individual a la intimidad personal en todas sus manifestaciones: individual, familiar, a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y la informática. La intimidad en el concepto ya ofrecido, va sin duda unida al secreto. Es un concepto subjetivo por lo que el menor será el titular de la misma, y quien habrá de poner los límites y la extensión frente a los terceros, con la facultad de poder excluir su conocimiento, El derecho a esa privacidad incluye el derecho al anonimato en Internet, a “que nos dejen en paz”, impidiendo que esos datos, informaciones personales o imágenes puedan ser difundidos sin la autorización del menor afectado, o si es menor de 14 años de sus padres y/o tutores.

El art. 197²⁷ del CP sanciona varias de dichas conductas siempre que vayan dirigidas dolosamente al descubrimiento y revelación de secretos. La propia imagen como bien protegido, incluye el nombre, la voz, el tratamiento de los aspectos físicos o corporales de una persona, mediante la captación de su imagen o la voz de tal manera, que permitan reconocer la identidad del sujeto. Se castiga no solo la obtención sin el consentimiento de la persona fotografiada o grabada, sino también su publicación o reproducción, tal como determina el apartado 4 del citado precepto. La dirección IP ha sido igualmente reconocida como dato personal por la Jurisprudencia²⁸.

²⁷ Art. 197 C.P. apoderamiento de documentos, incluso electrónicos, interceptación de comunicaciones, utilización ilegal de artificios técnicos de escucha y reproducción de sonido e imagen o de cualquier señal de comunicación. Apoderamiento, utilización o modificación, en perjuicio de tercero, de datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen en soportes informáticos, electrónicos o telemáticos; acceder sin autorización a los datos reservados o alterarlos o utilizarlos en perjuicio de tercero; acceder sin autorización y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, a datos contenidos en un sistema informático o mantenerse dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tiene el legítimo derecho a excluirlo; difundir, revelar o ceder a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas ilícitamente.

El proyecto de CP de 2013, añade un nuevo apartado al artículo 197, 4.bis. en el que castigará “... al que sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

²⁸ STS (Sala de lo Penal-Sección 1.ª) de 17 de abril de 2013, el condenado contactaba con chicas menores de edad a través de páginas de Internet, les solicitaba imá-

Las conductas objeto de tipificación en los 4 primeros apartados del citado 197 C.P. determina que la barrera de protección se amplíe más allá de nuestra propia morada²⁹ y de nuestros datos personales ya que los adelantos técnicos permiten que una parte de nuestra actividad considerada como íntima esté en sistemas informáticos (intimidad informática), nuestro entorno virtual, de ahí la criminalización de las citadas conductas, cuyas penas se agravan en los apartados siguientes en función de que los datos de carácter personal afectados revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima sea un menor o un incapaz (art. 197.6 CP); igualmente resultan agravados si los hechos se realizan con fines lucrativos o si los hechos se comenten en el seno de una organización o grupos criminales (art. 197.8 CP).

El dolo debe abarcar el conocimiento de que se está actuando sin el consentimiento del titular de los derechos, y si es menor de 14 años sin el de los padres y/o tutores, y con la voluntad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, lo que además constituye la finalidad de la actividad. Cabe el dolo eventual. Los hechos que se produzcan de forma fortuita o imprudente son atípicos. Por otra parte, es necesario indicar que para proceder por estos delitos es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal; si es un menor o incapaz, y además de los padres y/o tutores lo podrá hacer el Ministerio Fiscal (art. 201.3 CP). El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5 del apartado 1 del artículo 130 (art. 201.3 CP).

El consentimiento expreso o tácito del sujeto pasivo determina la atipicidad del hecho, pero sobre este particular, habremos de considerar siempre que ello no será relevante si el menor no tuviera 14 años, pues no cabe entender en este supuesto la existencia de consentimiento tácito.

Calumnia e injuria

Por su parte, la protección penal del honor se encuentra regulada en los preceptos 205 a 216 del C.P, así como en el art. 620.2.º del mis-

genes de ellas desnudas y ante la negativa de las chicas bloqueaba las cuentas de correo y se apoderaba de las mismas, de sus datos personales, de sus contactos, fotografías, videos que tenían en sus ordenadores.

²⁹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Protección penal de los derechos fundamentales de los menores usuarios" Capítulo XIV, coautora de *Menores e Internet*. Aranzadi. Madrid 2013. Pág. 384.

mo texto legal, protegiendo todos ellos mediante la tipificación de una variación de conductas, unas más graves que otras, realización de comportamientos todos ellos, tendentes a que no resulte vulnerado el sentimiento de autoestima que tiene la persona en sí misma y su crédito social o reputacional frente a terceros. El honor se relaciona con la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia de su dignidad. La aplicación del Código Penal se reserva para las agresiones más graves configurándolas como delitos de calumnias o injurias o falta de injurias leves.

En el honor está presente la doble vertiente de estimación propia y de fama, siendo así que la comisión del delito se puede articular a través de la palabra, escrito, caricatura, gestos imágenes y actitudes desdeñosas. El legislador ha optado por acudir al mecanismo de la publicidad: injurias con publicidad (art. 209 y 211 CP) y sin publicidad (art. 208 CP) según el modo en que se propaguen, si es por medio de la imprenta, radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante, medio en el que desde luego se encuadrara la RED, y que desde luego en múltiples supuestos se encuentra la vulneración de estos derechos con las libertades de comunicación pública del art. 20.1 de la CE. No obstante, recordar que en estos delitos se requiere el *animus inuiriandi*, o animo especial de injuriar, por lo que únicamente se admite la comisión dolosa, pues si las manifestaciones se llevan a cabo con un ánimo de crítica constructiva o narrativa, no son constitutivas de delito.

Por su parte, este tipo de manifestaciones con ánimo de perjudicar e injuriar, aunque no sean plenamente conscientes los menores en muchos casos, viene produciéndose en la RED entre menores, bien con la intención de “exclusión” del círculo de amigos o conocidos, o incluso ya mediante comportamientos más graves, como es el del acoso escolar. Pero no solamente se agreden con insultos, vejaciones injustas, sino incluso remitiendo videos de imágenes y voz para menospreciar o ridiculizar al menor que ha de quedar fuera del círculo o como ellos lo llaman “marginado”.

Integridad física y moral: comportamientos delictivos en la RED: delitos de ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Sexting, Sex-casting y Sextorsion

Sin perjuicio, de las acciones legales que el ordenamiento jurídico ofrece, ante las situaciones expuestas, no cabe otra aptitud que no sea la de condena, pero para la prevención o/y comprensión adecuada de tales situaciones, son los docentes, educadores y padres los que se

han de implicar en esta labor mediante la correspondiente información y formación en valores, llevando a las escuelas la necesidad también de educar en el uso saludable de Internet, sancionando incluso a los menores que en el ámbito de los compañeros de colegio realicen tales tipos de comportamientos. Y es que algunos de dichos comportamientos por persistentes en el tiempo y por su gravedad, así como el impacto en el desarrollo del menor, pueden generar una lesión al bien jurídico de la integridad moral. En estos casos de menores, en función de la edad de los mismos, quedarán sometidos hasta los 18 años a lo previsto en la Ley Orgánica de Responsabilidad del Menor, y no a las penas y medidas de seguridad previstas en el C.P., sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente por los daños que se hubieren causado sobre la víctima.

Muchas de las citadas conductas de acoso, realmente impactan sobre la protección de la integridad moral del menor, debiendo recordar que el artículo 15 CE prohíbe cualquier comportamiento que suponga un atentado a la integridad moral por medio de tratos inhumanos o degradantes. Dicho bien jurídico se encuentra tutelado en el artículo 173.1 del C.P., protegiendo el mismo, bajo la que subyace la dignidad de la persona, aunque también puedan verse afectados otros bienes como la salud física o psíquica, en estos supuestos de los menores afectados. *“Supone la existencia de un bien jurídico de un valor humano, con autonomía propia independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad, a la libertad y al honor”*.³⁰ A tenor del concepto acuñado por el TEDH se aplica la noción de trato degradante cuando se crea en las víctimas *“sentimientos de terror, angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”*³¹.

En el caso de los atentados a la integridad moral, las TICs resultan un medio idóneo y directo para conseguir el trato degradante grave de una persona a través de la humillación y la vejación pública, creando en la víctima, como decimos, sentimientos de temor y angustia, que por supuesto en el caso de los menores, pueden llegar a ser de tal calibre que terminen quebrantando la percepción que tienen de su propia dignidad, su seguridad, y su integridad psíquica, generando un grave sufrimiento emocional o intelectual. No es necesario que se produzca la lesión de otros bienes, aunque también se pueden produ-

³⁰ STS (Sala de lo Penal-Sección 1.ª) de 3 de marzo de 2009.

³¹ STS (Sala de lo Penal) de 29 de septiembre de 1998, citada frecuentemente por la jurisprudencia.

cir, pues en múltiples ocasiones, las situaciones de acoso se combinan con otras vinculadas a vejaciones, coacciones, amenazas, o incluso a actos más graves a cargo de adultos.

Y este tipo de comportamientos son cada vez más habituales que se den en el ámbito de los menores cuando interactúan en la RED, no siendo inusual que se mantengan determinadas conductas reiteradas en el tiempo, con acumulación de hechos, produciendo en los menores víctimas una lesión suficientemente intensa en su dignidad., y en ocasiones, llegando a generar situaciones dramáticas³².

Pero además en el entorno virtual, conviven no sólo menores, sino adultos depredadores que, bajo identidades falsas o engañosas, recaban datos personales, imágenes, etc., mediante la solicitud en muchas ocasiones de comportamientos exigidos, mediante coacciones, amenazas u otro tipo de solicitudes que, resulten estresantes para los menores, sin entrar en si, además, pueden o no vulnerar otros bienes jurídicos protegidos como el de la libertad e indemnidad sexual.

Continuando con lo expuesto, aún sin tener la trascendencia y relevancia penal de la pornografía infantil, o de la corrupción de menores, lo cierto es que los delitos relacionados con el ciberacoso y contenido sexual-menor cometidos a través de la RED están produciéndose en la actualidad con mayor frecuencia. Nos vamos a referir someramente a algunos de ellos.

a) *Cyberbullying*, ha de ser entendido como una conducta no deseada, puede variar entre comentarios desagradables hasta la violencia física y lleva existiendo mucho tiempo. Siempre se dará el contacto entre dos o más menores de edad, como ya adelantamos. Cuando se utilizan tecnologías de la información y comunicación para acosar a las personas se habla de ciberacoso³³. *“Es un tipo de acoso con finalidad de dominación o venganza, es uno de los casos en los que los autores no son adultos. En este caso, son los propios menores los que atormentan, amenazan, hostigan, humillan o molestan a otro mediante Internet. Las aplicaciones más utilizadas son el correo electrónico, la mensajería instantánea, los chats públicos, foros de discusión, redes*

³² STS (Sala de lo Penal-Sección 1.^a) de 3 de marzo de 2009; Juzgado de menores de Granada (Sección 1.^a) de 15 de julio de 2010: grabación de una paliza, y su difusión incontinente en YouTube causaron en los menores un grave menoscabo de su integridad.

³³ PIÑAR MAÑAS, J.L., *redes sociales y Privacidad del Menor*. Madrid 2011. Editorial Reus. Pág. 157.

*sociales, publicación de vídeos como youtube, fotografías o la difusión de imágenes a través de la telefonía móvil*³⁴.

Tras estudios efectuados en el ámbito de las escuelas se ha descubierto que hasta un 2,1% de los alumnos, lo han sufrido en algún momento de sus vidas, siendo víctima de grabaciones o fotografías u otras formas de acoso. El *ciberbullying* se considera como “aquella conducta en que un adolescente o preadolescente, normalmente menor, es atormentado, amenazado, acosado o humillado y avergonzado por otra persona desde Internet utilizando los medios interactivos, tecnologías digitales y teléfonos móviles”³⁵.

Como adelantábamos, se trata de conductas que se llevan a cabo, normalmente en grupo, contra otro menor o menores con la intención de hacer daño de manera psicológica. Es muy frecuente el hecho de que diferentes menores, mediante blogs, redes sociales o mensajes difundan cotilleos sobre diferentes personas con el ánimo de hacer daño. De esta manera animan al resto de menores a rechazar a las menores acosadas. Este acoso puede traer consecuencias horribles como depresión, falta de autoestima, intimidación o puede llegar incluso al suicidio. El acoso constituye potencialmente un delito de insulto o difamación y puede ser perseguido como tal. Es un comportamiento que constituye un ilícito penal³⁶.

Las consecuencias de estas conductas son en ocasiones dramáticas, recordemos el caso de Amanda Todd, la adolescente canadiense de 15 años de edad víctima de *ciberbullying*, que terminó con el suicidio de la joven en octubre de 2012, tras no poder superar los trastornos psiquiátricos que experimentó después de hacer públicas unas fotos suyas capturadas por un usuario anónimo de Internet durante una sesión de chat con webcam, en la que Amanda mostraba sus senos. La propia Amanda grabó a modo de despedida un video que posteriormente colgó en *Youtube*, donde por medio de tarjetas didácticas describía su sufrimiento. O la historia del joven Tim Ribberink, de 20 años, que terminó igualmente con el suicidio después de haber sufrido *ciberbullying*.

Tanta es la preocupación sobre estos hechos que incluso la Asociación Americana de Psiquiatría presentó en octubre de 2012, un estu-

³⁴ BARRERA IBÁÑEZ, S., *Menores e Internet*. Navarra 2013. Editorial Aranzadi. Pág. 415.

³⁵ PARDO ALBIACH, J., *Cibera coso, la tutela penal de la intimidación, la integridad y libertad sexual en Internet*. Valencia 2010. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 56.

³⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L., obra citada *redes sociales y Privacidad del Menor*. Madrid 2011. Editorial Reus. Pág. 159.

dio en el que se analizaron 41 casos de menores de 13 a 18 años en USA, Canadá, Reino Unido y Australia que cometieron suicidio tras este tipo de conductas, poniendo de manifiesto el incremento de este tipo de casos.

b) *Grooming*: es una forma idéntica al *ciberbullying* pero con una sola diferencia, mientras que el anterior se refiere a temas de acoso y abuso entre menores, el *grooming* conlleva una conducta que se produce por un adulto hacia un menor, habitualmente utilizando medios como la *webcam* o incluso llegando a materializar el encuentro para proceder al abuso de manera física. Estas conductas buscan siempre el mismo fin, aprovecharse de la inocencia o ingenuidad de los niños y su desconocimiento en el ámbito de las Redes. Se producen así, casos en los que personas mayores se hacen pasar por adolescentes para chantajear y extorsionar a menores de edad con fotografías o conversaciones comprometidas. En la mayoría de estas situaciones, es el acosador el que, mediante presión, a través en muchos casos de engaño, o posteriormente mediante coacciones o amenazas, trata de obtener fotografías o videos íntimos con los que después poder chantajear a la víctima menor y así poder mantener contacto virtual y llegado un determinado momento, poder materializar el encuentro.

c) *Child-grooming*: “es uno de estos delitos que relacionado con la pederastia y la pornografía infantil en Internet, en muchas ocasiones constituye la antesala de un abuso sexual. Son acciones deliberadas por parte de un adulto de cara a establecer lazos de amistad con un menor en internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual, posiblemente por medio de abusos”.³⁷ Una vez que el autor obtiene la información necesaria procede al ciberacoso y la extorsión para poder, en un futuro, llegar a mantener contacto físico con la menor y así abusar sexualmente de ella, esto es así puesto que los autores de los abusos se aprovechan del desconocimiento y curiosidad que poseen los menores en temas sexuales además de ser los propios autores quienes para inspirar confianza, quienes envían la primera fotografía comprometida.

d) Este tipo de comportamientos, resulta además agravado cuando el acosado es un menor de 13 años, encontrándose dicha conducta tipificada en el Código Penal tras su reforma, disponiendo el artículo 183 bis: “El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor

³⁷ BARRERA IBÁÑEZ, S., *Menores e Internet*. Navarra 2013. Editorial Aranzadi, Pág. 414.

de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Hemos de decir que una vez que los acosadores poseen las fotos o vídeos comprometidos, en la mayoría de los casos existirá tanto coacción como intimidación para que el menor realice lo que el acosador le pide. Según fuentes de la Policía Nacional, el perfil de los autores de estos delitos siempre suele ser el mismo. Hombres con apariencia normal, que poseen trabajo y sin pareja o familia, que pasan la mayor parte del tiempo frente al ordenador tratando de buscar la manera para contactar con diferentes niños y así asegurarse de que con alguno va a poder mantener contacto virtual, para así poder llegar más adelante al contacto físico. El perfil de las mujeres no es habitual en este tipo de delitos, entendemos que puede ser por el sentimiento que existe entre las mujeres y los niños³⁸.

e) *Sexting*: “consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o videos) de tipo sexual, producidos por el propio menor-remitente, utilizando para ello el teléfono móvil (*sexting*) u otro dispositivo (*sex-casting*) a través de e-mail, redes sociales o cualquier otro canal que permitan las nuevas tecnologías”³⁹. La finalidad habitual del *sexting* es, mediante las fotos que extraen que los propios menores se hacen, la difusión de las mismas que normalmente acababan en manos de gente que comercia e intercambia con ellas.

Se podría intuir cierta analogía con ciertos comportamientos relacionados con la *pornografía infantil* puesto que muchas páginas de pornografía infantil también recurren a fotos que los propios menores se hacen ellos mismos. Es en resumen, un contenido de carácter sexual realizado de manera voluntaria, por cuanto se va remitiendo a diferentes personas y, tendrá como fin convertirse en una imagen comercial, es decir, un archivo que ha sido ampliamente difundido a través de Internet, por publicidad o por envío, por correo electrónico, por mensajería instantánea, por blogs y mediante otros sitios web

³⁸ BARRERA IBÁÑEZ, S., *La lucha policial en Internet contra las Redes pederastas*. Centro de Formación del Cuerpo Nacional de Policía, Ávila 2011.

³⁹ BARRERA IBÁÑEZ, S., *Menores e Internet*. Navarra 2013. Editorial Aranzadi, Pág. 416.

para así poder obtener algún tipo de beneficio económico del mismo. No obstante, lo cierto es que al tratarse de una conducta voluntaria del menor, que remite dichas fotografías, salvo que sea menor de 14 años, entraña dificultades, no sólo la identificación del culpable, por cuanto no es tarea exenta de complejidad técnica determinar quién difunde la foto ya que la propia foto se la hace el propio menor, como su enjuiciamiento y la existencia de evidencias y elementos probatorios del ilícito.

f) *Sex-casting*: “es una forma de explotación sexual en la cual una persona es chantajeada con una imagen o vídeo de sí misma desnuda o realizando actos sexuales, que generalmente ha sido previamente compartida mediante sexting. La víctima es coaccionada para tener relaciones sexuales con alguien, entregar más imágenes eróticas o pornográficas, dinero o alguna otra contrapartida, bajo la amenaza de difundir las imágenes originales a través de terminales móviles o la RED si no accede a las exigencias del chantajista”⁴⁰. Este tipo de acoso, en ocasiones puede ser identificado mediante las propias direcciones IP, para la determinación del culpable, siendo así que además se trata del propio menor el que se ha hecho las fotografías, si poseemos a un único acosador que trata de chantajearle con ellas para fines sexuales mediante una cita.

En definitiva, en esta labor ardua de identificación de acciones delictivas se pueden diferenciar dos tipos de conducta: las que realizan los menores de manera consciente y voluntaria siendo ellos los que se prestan a enviar o introducir en la RED datos personales, familiares, fotografías, mantener conversaciones comprometidas, etc. como puede ser el *sexting*, o que sea un desconocido el que se encargue de manera furtiva de recabar información y fotografías sobre esa persona, para así después ponerla en un compromiso sometiéndola a chantajes y extorsiones como pueden ser el resto de conductas que hemos explicado.

Otro riesgo habitual en la RED para los menores, vinculados o no con conductas de las indicadas anteriormente, son las denominadas suplantaciones de identidad. En el ámbito de las mismas, se diferencian algunos comportamientos antijurídicos, y otros que no lo son⁴¹. Las situaciones que no se consideran delitos son aquellas en las que la suplantación consiste en la creación de un perfil falso donde no se utiliza ningún tipo de información personal del usuario que está siendo suplantado, como puede ser una fotografía. No constituyendo un

⁴⁰ BARRERA IBÁÑEZ, S., *Menores...opera cit.* Pág. 417.

⁴¹ BARRERA IBÁÑEZ, S., *Menores e Internet*. Navarra 2013. Editorial Aranzadi. Pág. 420.

delito, la actuación posible será la notificación de esta situación a la RED social implicada para que elimine el perfil falso de su página. No obstante, sí son acciones tipificadas como delictuales las de suplantación de identidad, cuando con la creación del perfil falso, efectivamente se utilicen datos personales como imágenes u otros datos personales del suplantado, es decir la usurpación de su identidad; al igual que en el caso del robo de contraseñas con suplantación de la identidad del menor al que se le ha robado la contraseña.

El mundo virtual es muy amplio y tecnológicamente complejo, en el que los menores carecen de medios y conocimientos para abordar las situaciones que en ocasiones se puedan producir en el mismo, y consecuencia de que el menor puede ser objeto de coacciones o amenazas por parte del acosador, en la mayoría de los casos no se atreven a contar los episodios que están viviendo en sus casas ni en las escuelas⁴².

Es más, tras varias encuestas de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), hemos podido observar que cuando un menor se dispone a denunciar la situación que está viviendo, ya lleva varios meses sufriendo el ciberacoso en silencio según BARRERA IBÁÑEZ. *“Producida la denuncia, la dificultad de identificar al autor estará en función del grado de contacto que haya mantenido con la víctima y de los conocimientos informáticos del mismo. Si se han producido contactos personales, la víctima podrá aportar numerosos datos que faciliten la identificación, sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, este contacto directo no se produce, por lo que se deberá realizar una investigación técnica sobre los datos que aporta la víctima, con las dificultades que dicha averiguación y prueba puede entrañar. Generalmente los datos iniciales de los que se dispone son cuentas de correo electrónico y nicks o apodos de cuentas en distintas redes sociales o chats a las que la víctima ha remitido fotografías o a través de las cuales ambos han mantenido contacto”*⁴³.

Y es que el *modus operandi*⁴⁴ de los acosadores internautas siempre suele ser el mismo: comienza dándose de alta en Redes de chat públicas con *nicks* o *apodos* llamativos para los menores, con el fin de comenzar a entablar conversación con algún menor que tenga un

⁴² STS (Sala de lo Penal-Sección 1.ª) de 17 de abril de 2013, la menor estaba atemorizada y no era capaz de comentarlo en su casa, contando excusas cuando llegaba tarde y su madre la reprendía.

⁴³ BARRERA IBÁÑEZ, S., coautora del Capítulo XV “Investigación criminal de los delitos cometidos contra menores en ella RED” *Menores e Internet*. Aranzadi Navarra 2013, Pág. 427.

⁴⁴ GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Cibera coso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia, 2010. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 145.

apodo parecido. Cuando ya el acosador ha elegido su víctima comienza a chatear con ella para así poder ganarse su confianza. Una vez que posee esa confianza por parte del ingenuo menor le comienza a insinuar para que ponga la *webcam* y poder conocerse virtualmente, comenzar a enviarse fotos, fotos insinuantes, le pide que pose de manera insinuante... así conseguirá que el menor enseñe alguna parte íntima de su cuerpo o foto íntima y, a partir de aquí el acosador desvela su verdadera identidad y comienza a extorsionar al menor amenazándole con enviarle esas fotos al colegio, sus amigos, padres, etc.⁴⁵

Para finalizar, y a título ejemplificativo, a continuación hacemos referencia a algunas Sentencias muy recientes recaídas en causas sobre este tipo de acciones delictivas con relación a menores y el entorno virtual, que han desembocado en actos delictuales punibles:

– Sentencia reciente del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2013, que si bien en relación con el concurso de normas y concurso de delitos, que se plantea en relación con los delitos de amenazas del artículo 169.1 C.P. y contra la integridad moral del artículo 173.1 C.P., y en la que se refiere precisamente al concepto de integridad moral. Determina la citada sentencia que el artículo 169 del CP no agota el desvalor de la conducta imputada, dado que el acusado no sólo se había limitado a tener contacto con la víctima, una niña de menor de 13 años, sino que *“se la exigió que a diario le enviara videos de un minuto de duración y más tarde de 5 minutos, obligándola a estar delante del ordenador hasta las cuatro de la madrugada. Desde el mes de febrero de 2008, por miedo a ser humillada públicamente, xxx realizó varios videos y fotos de carácter sexual que envió a la dirección..., teniendo que enviar uno cada semana, a lo que había accedido el acusado ante el ruego efectuado por la víctima, ya que llegaba tarde a casa y era reprendida por su madre. El último video lo envió xxx el 26.4.2008. A consecuencia de estos hechos, xxx ha sufrido un trastorno adaptativo con síntomas de ansiedad, llegando a cambiar de domicilio por el miedo a ser localizada por el acusado. El acusado había conseguido ya su objetivo, y pese a ello, intensificó el daño a una adolescente que, como se describe en el factum, llegó prácticamente a ver condicionada su vida rutinaria, con quebranto de su rendimiento escolar, como consecuencia de las sevicias a las que se veía obligada para satisfacer los requerimientos del acusado. Y esta acción desde luego, no queda abarcada con el delito de amenazas. Aun reconociendo las dificultades que encierra la fijación del concepto de integridad moral, la jurisprudencia se ha pronunciado en*

⁴⁵ BARRERA IBÁÑEZ, S., *Menores e Internet*. Navarra 2013. Editorial Aranzadi.. Pág. 467.

diversas ocasiones, en relación con el art. 173.1 C.P., señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y exigiendo que el autor inflija un trato degradante, y por este habrá de entenderse según sentencia del T.S. 1122/1998, de 29 de septiembre, aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar, en su caso, la resistencia física o moral(STS 1061/2009, de 26 de octubre)”.

– Sentencia de la Audiencia Provincial 465/2013 de 3 octubre, en relación con la conducta consistente en “*la realización de tocamientos a una niña de 11 años en reiteradas ocasiones con la que había contactado previamente en varias ocasiones por redes sociales de internet y telefónicamente, requiriéndole actos de contenido sexual y realizando el acusado actos de exhibición obscena ante la niña*”⁴⁶. Los hechos enjuiciados conciernen a un adulto acosador que entabló conocimiento a través de la RED social Tuenti a la menor de 11 años. Este hombre en múltiples ocasiones trató de solicitar a la menor, vía telefónica y virtual, la ejecución de actos de contenido sexual, así como actos de exhibición obscena ante la menor; solicitando que se desnudasen simultáneamente. Los hechos quedaron probados ante la Audiencia Provincial y el acosador fue condenado por los delitos continuados de abusos sexuales, delito continuado de provocación sexual, delito continuado de amenazas y delito de lesiones.

– Sentencia de la Audiencia Provincial 722/2013 de 24 octubre donde se produce “*relación consentida con menor de 12 años, que conoció a través de redes sociales: ella le dijo que tenía menos de 14 años, añadiendo que para registrarse y ser aceptada en <tuenti> ha de hacerse constar, como mínimo, la edad de 14 años*”⁴⁷. En este caso el acosador, con similar *modus operandi*, contactó vía RED social Tuenti con la menor de edad. A partir de ese momento, comenzaron a mantener contacto virtual consentido por parte de los dos y quedaron en verse en diversas ocasiones. A diferencia del supuesto anterior, en este caso el acosador no conocía que la edad de la menor era de 12 años, y no de 14, ya que ésta le había engañado. Llegaron a mantener relaciones completas dando lugar a un embarazo problemático. En este caso el tribunal falló a favor del supuesto acosador ya que tras los hechos probados, no se interpretó la existencia del ánimo libidinoso.

⁴⁶ SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL 465/2013 DE 3 OCTUBRE.

⁴⁷ SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL 722/2013 DE 24 OCTUBRE.

CONCLUSIONES FINALES

La *identidad digital* es la que se desprende de aquella información, imágenes, textos, videos, etc. que publicamos sobre nosotros mismos o que encontramos en cualquier espacio de Internet y que puede ser fragmentada o dispersa. Esa identidad es necesario sea identificada, por cuanto es concebida como un pilar básico de la interacción social, ya que de hecho es indudable que construimos nuestras identidades mediante la interacción social, que se acrecienta en el caso de los menores. En ese proceso podemos llegar a jugar con nuestra propia identidad, y probar incluso con otras nuevas, una cuestión que abduce a los menores. El hecho es que los menores pertenezca a un colectivo especialmente vulnerable, vierten una información que es mayor tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde un punto de vista cualitativo, pues el carácter de persona en formación los hace especialmente proclives a conducirse con cierta despreocupación, llevados por la inmediatez de comunicación y el espacio de libertad que otorgan las Redes o, más precisamente, guiados por una cierta tendencia a no considerar su proyección de futuro, ni a contemplar acontecimientos que vayan más allá de lo inmediato o del medio plazo, así como a despreciar o minusvalorar los riesgos. A tenor de las cifras extraídas del Instituto Nacional de Estadística, de la encuesta de 2011, sobre el grado de implantación de Internet en España entre los menores, en el *Estudio sobre El equipamiento y Uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en los Hogares*, se constata que 9 de cada 10 usuarios de Internet con edades entre 16 y 24 años participan en las redes sociales; que la proporción del uso de la tecnologías de la información por la población infantil, entre 10 a 15 años, es en general muy elevada; que el uso de los ordenadores y dispositivos de acceso a internet es prácticamente universal alcanzando el 95,6%, y que la participación en redes sociales alcanza el 52,3% de los usuarios de Internet, que llega hasta un 87%, cifras éstas que no hacen, sino reafirmar la prioridad de la tutela de los derechos fundamentales de los menores en las Redes, no sólo en lo relativo a la propia privacidad sino igualmente ante los peligros de conductas antijurídicas.

El ordenamiento jurídico como se ha indicado a lo largo de esta obra de investigación, contiene mecanismos para la tutela de los derechos de la personalidad del menor, tanto en el ámbito civil, como en el constitucional y en el orden penal, sin obviar la relevante participación que está llamado a realizar el Ministerio Fiscal, en este ámbito

de los derechos fundamentales de los menores, tal como se expresa en la Circular 2/2006, de 15 de febrero, sobre el Fiscal y la protección del Derecho al honor, a la propia imagen e intimidad de los menores de edad⁴⁸, cumplimentadas por las subsiguientes 8/2011 y 9/2011.

Pero entendemos que no es suficiente la tutela que otorga el ordenamiento jurídico, ni resuelve la problemática el debido enjuiciamiento, de las conductas intromisivas o delictivas, por parte de Jueces y Magistrados, sino que se requiere una actuación conjunta de todos los agentes operantes en la Sociedad: padres, docentes, educadores, prestadores de servicios de RED, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Autoridades nacionales e internacionales. En efecto, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado hoy en día investigan y persiguen muchas situaciones de vulneración de derechos, o de comportamientos de ciberacoso mediante “la localización, identificación y aseguramiento de esas evidencias que construirán la prueba de indicios. La inspección del material y equipos intervenidos y el posterior estudio y análisis de los datos de tráfico obtenidos, vincularán a un usuario con el hecho delictivo”⁴⁹.

De ahí que entendamos con TRONCOSO REIGADA, que ante actuaciones antijurídicas o intromisivas en la privacidad de los menores, de forma amplia, es necesario tener en cuenta que “*con independencia de que en estos supuestos los usuarios podrían tener responsabilidad civil, como consecuencia de esa vulneración a dichos derechos fundamentales, también las redes sociales tendrían responsabilidad al ser titulares del medio donde se publica dicha información, especialmente cuando no sean diligentes en la cancelación de la misma, si se hubiere sido solicitado previamente por el perjudicado*”⁵⁰.

Los peligros y riesgos consecuencia del uso masivo que los jóvenes, adolescentes y niños hacen de las redes sociales y de sus espacios virtuales, que como hemos indicado tiene su propia traducción en números, ha de generar “una acción común de todos”.

⁴⁸ Esta instrucción se refiere a estas cuestiones en el punto 13 “Internet y los derechos al honor, intimidad y la propia imagen del menor”, para poder así llegar a la conclusión que “el art. 4.2 de la Ley Orgánica de Protección de Menores prevé la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y a la propia imagen en los casos que en la intromisión se produzca a través de un medio de comunicación”.

⁴⁹ BARRERA IBÁÑEZ, S., Obra citada Pág. 429.

⁵⁰ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia 2010. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 1709.

La sociedad en general, con la implicación de la Administración Pública, los prestadores de los servicios de las redes sociales así como los padres, educadores y docentes, en general, han de contribuir a esa labor de concienciación a los menores, y no tan menores, sobre los peligros tanto físicos como psicológicos que estas entrañan y las consecuencias que de ello se pueden derivar. Solo así se logrará que el ejercicio de los derechos fundamentales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, se encuentren realmente tutelados en la vida virtual. Y es que como indica YUNQUEROS GARCÍA perteneciente, a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado⁵¹, y es “que a mayor educación, existe menor violencia, una prueba de ello, es observar el perfil educativo del menor infractor, y su cambio conductual al realizarse una intervención educativa con él, y apreciar significativos cambios en todas las facetas de su vida. Por ello, no es baladí la existencia de estudios varios sobre la necesidad de una mayor educación entre los menores en la RED⁵².”

Por último, recordemos que de acuerdo con los estudios realizados por el Grupo de Investigación de la Universidad Internacional de la Rioja, GI5, dirigido por el prof. IBÁÑEZ-MARTÍN,⁵³ en el proyecto de investigación que se viene abordando durante los años 2013/2015, entre otros múltiples aspectos, sobre la necesidad de la educación en valores a los menores en el ámbito de la RED, cuestiones éstas en las que se pudo profundizar en el Simposio celebrado el 29 de septiembre de 2014, entorno a “la capacidad de las TICs para promover aprendizajes ético-cívicos, y en el que se ha mostrado una gran preocupación por la tutela de los derechos de los menores en estos ámbitos”. En efecto, las investigaciones presentadas en conferencias, ponencias invitadas y mesas de contribuciones, presenciales y virtuales, fueron diversas y complementarias entre sí, lo que permitió una visión integral del tema tratado⁵⁴.

⁵¹ YUNQUEROS GARCÍA, Coautoría *Menores, Jóvenes y justicia. Entre la práctica y la reflexión sobre la educación y la violencia*. Dykinson. Madrid 2013. Edición electrónica.

⁵² NIETO MORALES, C., “Estudio sobre los menores de edad que por diferentes circunstancias se encuentran inmersos en un proceso judicial, de entre 14 y 17 años, al amparo de la LORPM, y que han presentado fracaso escolar, y no poseen formación, ni laboral ni prelaboral.” Revista. R.E.D.S. núm. 3 septiembre. diciembre 2013.

⁵³ GRUPO DE INVESTIGACIÓN GI5 de la UNIR, sobre el “El Saber cómo acción”, del que soy investigador integrante.

⁵⁴ F.^a de la Educación «Aprendizaje Ético-Cívico en Entornos Virtuales», Congreso Internacional de la Rioja 29.9.2014 organizado desde la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR), que ha posibilitado profundizar en la reflexión sobre la capacidad de las TICs para promover aprendizajes ético-cívicos, con la necesaria tutela.

En definitiva, con independencia de la concreta aplicación de los valores en la educación en los entornos virtuales, es necesario que todos conjuntamente padres, educadores, docentes y Autoridades se involucren en un uso adecuado de Internet, pues si la ubicuidad del conocimiento que este medio determina entraña grandes ventajas y beneficios para escuelas y alumnos, también requiere de reglas y pautas educativas para la formación en valores respecto al uso adecuado del entorno virtual.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO G.E. y ZAPATA, M.F., *Ciber criminalidad y Derecho Penal*. Madrid 2006.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho de obligaciones*. Volumen II. Madrid 1980.
- *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*. Madrid 1984.
 - *Derecho Civil I. Volumen I*. Barcelona 1996.
- ALCÓN YUSTAS, M.^a F. con MONTALVO JAASKELAINEN, F., *Los menores en el proceso judicial*. Madrid 2011.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional Español*. León 1996.
- El derecho a la propia imagen. Madrid 1997.
- BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., “Informática y delito. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías”, en: *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, obra coordinada por MORILLAS, L. Madrid 2009.
- BONILLA SÁNCHEZ, J.J., *Personas y derechos de la personalidad*. Colección jurídica general. Monografías. Madrid 2010.
- BRANDEIS, L. y WARREN, S., “The right to the privacy” Vol. IV, núm. 5 de la Harvard Law Review. Págs. 193-219. Traducción al castellano de PENDÁS, B. y BASELGA, P. Publicada bajo el título *Derecho a la Intimidad*. Madrid 1995.
- CASTELLS MANUEL, M. *La galaxia de Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Barcelona 2001.
- *La Sociedad RED (The Rise of Network Society). La era de la información*. Vol. I. Barcelona 1996.

- CASTIÑEIRA PALOU, M.T., “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” en: *Lecciones de Derecho penal parte especial*, obra dirigida por SILVA, J.M. Madrid 2009.
- CONTRERAS NAVIDAD, S., *La protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*. Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional. Pamplona 2012.
- DE GREGORIO, C.G., en la obra coordinada por PIÑAR MAÑAS, J.L., *redes sociales y privacidad del menor*. Madrid 2011.
- DE LAMA AYMÁ, A., *La Protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Valencia 2006.
- FERNÁNDEZ SANTIADO, A. y CASTRO FUERTES, M., “Comentarios al Art. 197 del Código Penal”, en: *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*. Factum Libri 2009.
- GARCÍA GONZALEZ, J., *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia 2010.
- GIL ANTÓN, A. M.^a, “¿Privacidad del Menor en Internet? “me gusta” ¡¡¡Todas las imágenes de mis amigos” a mi alcance con un simple click¡¡¡””. Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías. Aranzadi. Madrid 2015.
- *El derecho a la propia imagen del menor en Internet*. Dykinson. Madrid 2013.
- Capítulo “Tutela de la intimidad, honor y propia imagen del menor en Internet II”, del Libro *Menores e Internet*. Aranzadi. Madrid 2013.
- IBÁÑEZ-MARTÍN, J. A., “Estudio sobre retos ético-pedagógicos en entornos virtuales. Análisis de la realidad y propuestas educativas”. UNIR. Madrid 2013.
- MARCO MARCO, J.J., en la obra coordinada por GARCIA GONZALEZ, J., *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*. Valencia 2010.
- MAROTO CALATAYUD con ADÁN NIETO, en la obra colectiva dirigida por RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y redes sociales*. Pamplona 2010.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. y LOMBARTE RALLO, A. (Coord.); *Derecho y redes sociales*. Navarra 2010.

- MARTOS DIAZ, N., “redes sociales y privacidad”, Revista digital datos personales Opinión de Expertos. Org. AEPD de 31 de enero de 2010, núm. 43. Madrid 2010.
- MORILLO FERNÁNDEZ, J. (Coord.) y GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual*. Valencia 2010.
- ORTIZ LÓPEZ, P., en la obra coordinada por RALLO LOMBARTE y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Derecho y redes sociales*. Pamplona 2010.
- PANIZA FULLANA, A.; “El alcance de la responsabilidad de los prestadores de la sociedad de la información”. Aranzadi Civil núm. 4 / 2010 (Comentario). Pamplona 2010.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., *redes sociales y Privacidad del menor. Obra colectiva*. Madrid 2011.
- REBOLLO DELGADO, L. *Introducción al Derecho I. (Derecho Público)* (con PARIS RODRÍGUEZ, R.). Madrid 2004.
- “Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de noviembre de 2003”. Revista de datos personales, núm. 9 de mayo de 2004.
 - *El Derecho fundamental a la intimidad*. Madrid 2005.
 - *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Madrid 2008.
 - *Límites a la libertad de comunicación pública*. Madrid 2008.
 - Con SERRANO PEREZ, M.^a M., *Introducción a la protección de datos*. Madrid 2008.
 - Obra coord. por TORRES DEL MORAL, A., *Libertades Informativas*. Madrid 2009.
 - *Derecho Constitucional I*. Dykinson. Madrid 2011
 - Capítulo “Tutela de la intimidad, honor y propia imagen del menor en Internet I”, del Libro *Menores e Internet*. Aranzadi. Madrid 2013.
 - *Manual de Protección de Datos*. Dykinson. Madrid 2014.
- RODOTÁ, S., en la obra colectiva dirigida por PIÑAR MAÑAS, J.L., *redes sociales y Privacidad del menor*. Madrid 2011.
- RUIZ, RUIZ, J.M., “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”. *Revista Telemática de filosofía del derecho*, núm. 10. Madrid 2007.

TRONCOSO REIGADA, A. *Estudios sobre Administraciones Públicas y Protección de datos personales* (coord.). Madrid 2004.

- *Estudios sobre Comunidades Autónomas y Protección de datos personales* (coord.). Madrid 2006.
- *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*. Valencia 2010.

VILASEU SOLANA, M. (Coordinadores RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.), *Derecho y redes sociales*. Navarra 2010.

INFORME JURÍDICO DE LA AEPD 93/2008 sobre “Formas de otorgar el consentimiento mediante Web. Consentimiento tácito”.

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2/2006; 8/2011 Y 9/2011

DIRECCIONES DE INTERNET

- <http://guiajuvenil.com/instituto/que>
- <http://www.Inteco.es>
- http://www.princyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolucion_social en pdf.
- <http://www.ipsosinsight.com/>.
- <http://www.agpd.es/portalweb/canalciudadano/menores/index-ides-idphp.php>.
- <http://picasaweb.google.es/y> <http://wwe.flickr.com/>.
- <http://curia.europa.es/>.
- <http://ec.europa.eu/justice-home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2009-eu.htm>.
- http://www.priv.gc.ca/cf-cd/2009/2009_008_0716_e.cfm.
- <http://www.edutopia.org./digital-generation>.
- <http://www.iijusticia.org.memo.htm>.
- <http://mikemeikle.com/wp-content/uploads/2011/02/Cisco-Annual-Security-Report.2010.pkf>.

