

Nieto, María Bibiana ; Montesano, María Inés

*Redes sociales y derecho a la intimidad de los
menores de edad*

XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2016
Facultad de Derecho – UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Nieto, M.B., Montesano, M. I. (2016, octubre). Redes sociales y derecho a la intimidad de los menores de edad [en línea]. *Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana*. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/redes-sociales-derecho-intimidad-nieto.pdf> [Fecha de consulta:]

XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL

Ley Natural y Dignidad Humana

Redes sociales y Derecho a la intimidad de los menores de edad.

Resumen

El derecho a la intimidad es el derecho humano fundamental que permite a la persona mantener ciertos ámbitos de su vida a resguardo de intromisiones arbitrarias de terceros (cfr. art 19 CN, Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, CC y C y leyes especiales).

Actualmente con la difusión del uso de las redes sociales se presentan nuevos desafíos para sus usuarios, en especial los niños. En concreto, con relación al respeto de la intimidad de las personas menores de edad aparecen problemas tales como los denominados “grooming” “sexting”, y “bullying”. Teniendo en cuenta su falta de madurez e inexperiencia para hacer frente a estas lesiones de su intimidad, advertimos la necesidad de generar conciencia sobre la situación de vulnerabilidad de los niños respecto de los derechos implicados, para prevenirlas. Asimismo entendemos que sería conveniente establecer procedimientos que fortalezcan la salvaguarda del derecho a la intimidad de los menores de edad, por ejemplo, mediante la existencia de protocolos de actuación para las instituciones educativas y afines.

Autor

Dra. María Bibiana Nieto

Profesora adjunta de Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil, UCA.

Dra. María Inés Montesano.

Doctora en Ciencias Jurídicas, UCA. Profesora adjunta de Formación del Pensamiento Jurídico Político, Principios de Derecho Privado e Instituciones de Derecho Civil, UCA. Integrantes del Proyecto IUS “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección” (UCA, 2016-2018).

Comisión 6: Dignidad Humana y Constitución

REDES SOCIALES Y DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES DE EDAD.

En este trabajo nos proponemos considerar la incidencia de las redes sociales respecto del derecho a la privacidad de los sujetos menores de edad (niños y adolescentes) y sugerir algunos procedimientos para fortalecer su protección.

1. Redes sociales y derecho a la intimidad. Conceptos, caracteres y protección jurídica

“Una red social es una aplicación *on line* que permite a los usuarios generar un perfil, compartir información y participar en forma espontánea en movimientos sociales”¹. En nuestros días, el uso de las plataformas de comunicación *on line*, crece de manera exponencial. Y junto con los beneficios que reporta, también presenta grandes desafíos. En el concepto de red social se destacan tres elementos: el sociológico: la rapidez de la inter-conexión a través de la red²; el tecnológico: los avances de las comunicaciones, junto al abaratamiento de los dispositivos de conexión; y el jurídico: la cantidad de acciones que se realizan dentro de la red, sin cumplir la normativa básica de protección de datos, intimidad y amparo de la propiedad intelectual.

El derecho a la intimidad es el derecho humano fundamental que permite a las personas mantener ciertos ámbitos de su vida personal y familiar a resguardo de la publicidad y de intromisiones arbitrarias de terceros. Este derecho abarca lo que comúnmente se denomina “vida privada” que incluye lo íntimo, lo personal, lo familiar y algunos aspectos de los ámbitos social y laboral. En nuestro ordenamiento jurídico está protegido fundamentalmente en la Constitución Nacional³, los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional⁴ y el Código Civil y Comercial Unificado⁵. Una prerrogativa constitucional vinculada a este derecho, es la facultad de conocer y rectificar datos personales que terceros tengan en registros o bancos de datos.⁶

¹ INTECO, *Guía Legal sobre redes sociales, menores de edad y privacidad en la red*. Observatorio de la Seguridad de la Información, Área Jurídica de la Seguridad y las Tics, Madrid, España, 2008

² La velocidad con la que desde una computadora o celular podemos comunicarnos, compartir ideas, fotos e información con amigos o gente que está *on line*, hace que con frecuencia falte reflexión sobre las posibles consecuencias presentes y futuras de ese caudal de datos personales que enviamos y queda en el ciberespacio.

³ CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA, Art 18: “... El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y papeles privados...”; Art 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...” En adelante citaremos CN

⁴ Por ejemplo, DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni ataques a su honra o reputación...”; CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Artículo 16: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.”

⁵ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, ARTICULO 51, 52, 53, 1770 y concordantes. En adelante citaremos CCyC.

⁶ CN, art 43, párrafo 3: “ Toda persona podrá interponer esta acción (de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos...”

El derecho a la intimidad, al implicar un ámbito reservado, exento de la mirada y curiosidad de terceros, requerido para asegurar la autonomía de la persona⁷, se vincula directamente con su dignidad, la que se encuentra actualmente protegida por el artículo 51 del CCyC que establece: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Asimismo, el CCyC garantiza la protección frente a las afectaciones a la misma, entre las que está la lesión a la privacidad en el artículo 52 que prescribe: “Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...” Y en el artículo 1770 señala algunas maneras de menoscabar la intimidad, y las posibles acciones que posee el damnificado: “Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación. En el artículo 53 regula el derecho a la imagen determinando que “Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general...” En la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el artículo 10 prescribe: “DERECHO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD FAMILIAR. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.

Una característica del derecho a la intimidad es que cada sujeto la auto-configura. Esto significa que, si bien todas las personas humanas poseen este derecho, su mayor o menor umbral de protección estará determinado por algunos factores como es la actividad profesional que realizan –deportista, político, funcionario público, actor...-; la situación de encontrarse involucrados en asuntos de interés público – ser víctima de un accidente vial o de un delito de acción pública...-; o con su conducta personal respecto al prudente cuidado o exposición indiscriminada de su intimidad⁸.

⁷ “En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. ...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”, Ponzetti de Balbín, I c. Editorial Atlántida, S.A., Cons. 8.

⁸ “En el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público ..., su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. ...”. Ponzetti de Balbín, I contra Editorial Atlántida, S.A., Cons. 9.

Como constatamos en los párrafos anteriores, existe una amplia protección legal del derecho a la intimidad. No obstante ello, advertimos que el uso de las redes sociales en internet, que es un espacio público, pone a prueba la idea tradicional de derecho a la intimidad personal y familiar como ámbito de reserva del individuo respecto de intromisiones arbitrarias de terceros⁹. Esta es la razón por la que su uso trae aparejado problemas y dificultades que evidencian que el derecho vigente resulta insuficiente o inadecuado para garantizar el derecho a la intimidad personal o familiar en general, y la protección de datos de carácter personal.¹⁰

2. Redes sociales y Derecho a la intimidad de los menores de edad. Su problemática.

Tratándose del derecho a la privacidad de las personas menores de edad hay que considerar que el ámbito de reserva personal y familiar se “auto-determinaría” por sujetos que carecen de plena capacidad jurídica de ejercicio. Y además, obran, frecuentemente, con la ligereza propia de quienes no han alcanzado la madurez suficiente -que se adquiere, en general, al llegar a la mayoría de edad- y la que impone el manejo de los medios de comunicación electrónica. Esto genera el interrogante sobre el alcance de su delimitación por la persona menor de edad.

En este sentido, no sólo la “autodeterminación” del ámbito de reserva por el menor de edad, sino también la posibilidad de “disposición” del derecho a la intimidad, en otras palabras, el consentimiento del sujeto menor de edad para disponer de este derecho personalísimo, merece ser analizado con cautela, más allá de la posibilidad de considerar su autonomía progresiva. Y dentro de esta problemática también se plantea la cuestión de la posibilidad de consentir su “disposición” por parte de los representantes legales.¹¹

Además respecto al respeto de la intimidad de las personas menores de edad aparecen problemas que los afectan de modo específico, tales como los denominados “*grooming*” “*sexting*”, y “*bullying*” que no siempre encuentran respuestas adecuadas en el ordenamiento jurídico.

El *grooming* o ciberacoso se incorporó en el Código Penal Argentino, mediante la ley 26904,¹² en el art 131 del Código Penal¹³. El *sexting*¹⁴ o envío de mensajes de texto,

⁹ En esta línea la Constitución española prevé la problemática en su art 18 que garantiza el derecho “... a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen... La ley limitará el uso de la informática para garantizar ... la intimidad personal y familiar de los ciudadanos...”. cfr. Ma Sonsoles Vidal Herrero, *El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar vinculado a la utilización de las TICs por el menor de edad*.

¹⁰ Piénsese por ejemplo, en las acciones subrepticias de quienes usando sus conocimientos científicos y técnicos de computación, irrumpen en sistemas informáticos ajenos para robar claves bancarias y dinero, interceptar información confidencial con el fin de difundirla y causar daños, etc.

¹¹ En este sentido Palmira F. Peláez se pregunta si el consentimiento que los menores dan al utilizar su imagen, puede suponer un consentimiento a la intromisión de estos derechos fundamentales. También se plantea la cuestión de la posibilidad de consentir la intromisión por los representantes legales ya que se trata de un derecho personalísimo. Cfr. Peláez Fernandez, Palmira, *Redes sociales y derecho fundamental a la intimidad*, en http://www2.uned.es/ca-tortosa/Biblioteca_Digital/Biblio/Palmira/Palmira_Red_sociales.pdf (Consultado el 10/10/16)

¹² Sancionada el 13/XI/13 y promulgada el 4/12/13 y publicada en el B.O.: 11/12/2013.

¹³ CODIGO PENAL, Artículo 131.- “Será penado con prisión ... el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una

fotos o videos de contenido sexual por medios electrónicos no tiene legislación específica. Esta modalidad de comunicación de aspectos íntimos, se ha convertido en un problema, y no sólo por los daños emocionales que esta práctica ocasiona, sino también por las posibilidades de exponerse al chantaje y al acoso.¹⁵ Finalmente el *bullying* o acoso escolar encuentra en los medios electrónicos una forma eficaz de persecución sin tregua, el llamado *ciberbullying*, que genera graves daños a la dignidad de la persona en edad escolar. El *bullying* cuenta con la Ley Nacional 26.892 denominada: “Para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas.”¹⁶

Teniendo en cuenta la falta de madurez e inexperiencia de los menores de edad para hacer frente a estas lesiones a su intimidad, y más allá de la responsabilidad penal si cabe, o civil según el sistema general de daños y perjuicios, advertimos la necesidad de generar conciencia sobre la situación de vulnerabilidad de los niños y adolescentes respecto de los derechos implicados con el fin de prevenir estas conductas que dañan a la persona humana menor de edad en su dignidad de manera, en muchos casos, irreparable. A esto se suma que los autores de estos ataques a la dignidad, en numerosos casos, también son menores de edad.

Siendo que la mayor parte de las veces el ámbito físico donde ocurren estas modalidades de lesiones al derecho a la intimidad – en especial el sexting o ciberbullying-, es la escuela, entendemos que sería conveniente la elaboración de protocolos de actuación claros y precisos para aplicar de forma inmediata frente a estas situaciones en las instituciones educativas para minimizar los daños sobre los menores lesionados en su dignidad.

Por otra parte, como señalamos en párrafos anteriores, los autores de las lesiones a la dignidad y los que las sufren, son menores de edad,¹⁷ entendemos que sería conveniente la autorización expresa de los representantes legales respecto del uso de las redes

persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”

¹⁴ A partir del año 2005, entre los adolescentes del mundo se hizo popular una práctica cibernética denominada “sexting”. El término es la contracción de dos vocablos en inglés. “sex” y “texting” ya que en un principio esta práctica se reducía a enviar mensajes de texto con contenido sexual o erótico a través de celulares, sin embargo, con el avance de las tecnologías, ahora el sexting ha incluido el envío, a través de cualquier tipo de tecnología, de material sexual o erótico: fotografías, videos, e –mails, mensajes de texto, etc

¹⁵ Amanda Todd, una chica canadiense de 15 años fue encontrada muerta, apenas un mes después de haber grabado y publicado un video en Youtube en el que denunciaba haber sufrido ciberbullying a raíz de un caso de sexting (había sido engañada para mostrar sus pechos en la webcam a los 12 años; la imagen circuló fuera de su control, perturbando su vida escolar y social los años posteriores). Ver en <https://www.youtube.com/watch?v=Apj5Hge8TOk> (consultado el 10/10/16)

¹⁶ Sancionada el 11/9/2013 y publicada en el B.O. el 1/10/13. Sus objetivos son: “Garantizar el derecho a una convivencia pacífica, integrada y libre de violencia física y psicológica, Orientar la educación hacia criterios que fomenten la cultura de la paz y la ausencia de maltrato físico o psicológico, Promover la elaboración o revisión de las normas de las jurisdicciones sobre convivencia en las instituciones educativas, estableciendo así las bases para que estas últimas elaboren sus propios acuerdos de convivencia y conformen órganos e instancias de participación de los diferentes actores de la comunidad educativa, entre otros.

¹⁷ Cfr. VIDAL HERRERO, Ma Sonsoles, *El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar vinculado a la utilización de las TICs por el menor de edad*, en

file:///C:/Users/pc/Documents/2016/DERECHO/Jornadas%20Derecho%20Natural%202016/32654_TFW-Vidal_Derecho-2014.pdf (consultado 10/10/16)

sociales por personas menores de edad, por ejemplo, a través del uso de una cuenta parental en caso de niños menores de cierta edad a definir.¹⁸ En efecto, las redes sociales implican generar un perfil, compartir información y participar de movimientos sociales. La utilización de estos servicios plantea riesgos para la privacidad de los usuarios y de terceras personas ya que los datos personales son accesibles de forma pública y global menoscabando muchas veces el derecho a la privacidad.

Respecto de la relación jurídica entre el prestador de un servicio de red social y el usuario advertimos que comienza con el consentimiento a un contrato de adhesión que implica una aceptación voluntaria sin deliberaciones previas respecto de los términos y condiciones del sitio y sus políticas de privacidad.

Es preciso tomar conciencia de que por un lado, el incremento en la utilización de las nuevas tecnologías conlleva una revolución en cuanto a las relaciones sociales y un gran cambio en las actitudes y hábitos. A su vez las conductas de un buen número de personas que por ignorancia, ligereza o imprudencia, comparten información personal en el ciberespacio provocan que sus derechos fundamentales como la intimidad, resulten fácilmente vulnerables. Por esa razón, vemos conveniente generar una posibilidad sencilla de solicitud de bloqueo de imágenes o datos personales sensibles, en el caso de afectar a menores de edad a pedido de los mismos o sus representantes legales.¹⁹

3. Conclusiones

Hemos hecho un breve recorrido de los desafíos que presenta el uso de las redes sociales para el derecho a la intimidad de los menores de edad: el *grooming*, el *sexting* y el *ciberbullying*. Y constatamos que, si bien existen ciertas leyes que contemplan algunos aspectos, estamos frente a una problemática jurídica que requiere mayores esfuerzos para reducir la vulnerabilidad de los menores de edad que usan redes sociales. A modo de conclusión, recomendamos algunos procedimientos que consideramos útiles para fortalecer la salvaguarda de este derecho.

En este sentido proponemos:

1. Elaborar protocolos obligatorios de actuación para Instituciones educativas y afines para casos de *sexting* o *ciberbullying*, que involucre a menores de edad.
2. Exigir la autorización expresa de los representantes legales respecto del uso de las redes sociales por personas menores de edad, por ejemplo, a través del uso de una cuenta parental.
3. Generar una posibilidad sencilla de solicitud de bloqueo de imágenes o datos personales sensibles, en el caso de afectar a menores de edad, por pedido de los mismos o sus representantes legales.

¹⁸ En España, por ejemplo, se exige este requisito. En el Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, artículo 13 se dispone: "Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad. 1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores. (...)

¹⁹ Resulta interesante el caso Aguirre, Magdalena I c. Google INC. s/ incidente de medida cautelar comentado por CANESE MENDEZ, Francisco, *Medidas Cautelares e Internet. Libertad de Expresión y Privacidad en La Ley 06/04/2015*. El derecho a la libertad de expresión cede en este caso frente al derecho de la privacidad de una ciudadana que no había consentido la publicación de su estado de salud y además la información carecía de interés público.