# La protección de los derechos individuales

POR **ARTURO CANALDA**

A pesar de que Internet, como claro exponente de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), comienza su andadura en la década de 1960, su auge, su trayectoria progresivamente acelerada y su elevada penetración en nuestra sociedad comienza a dejarse sentir con cierta intensidad a mediados de la década de 1990, fechas en las que, asimismo, se empiezan a tejer los mimbres de la institución del Defensor del Menor, que surge en la Comunidad de Madrid de la mano de la aprobación de la Ley de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en el año 1995. Poco después, en julio de 1996, otra Ley autonómica detallaría su ámbito de competencias, funciones y procedimiento para servir a la sociedad como garante de los derechos de los más pequeños.

## Primeros compromisos

Sin embargo, hace bastante más tiempo que comenzaron a reconocerse derechos individuales a los menores de edad por parte del ordenamiento jurídico. Los nuevos tiempos plantean nuevas necesidades y nuevos retos. Es a partir del siglo XX cuando las personas menores de edad han sido objeto de una significativa mayor protección, como consecuencia de las dos guerras mundiales donde resultaron ser los seres humanos más perjudicados, debido a su condición de inferioridad, iniciándose un desarrollo normativo internacional que será progresivamente ratificado e incorporado al marco legal de cada uno de los Estados miembros de la comunidad internacional.

Una de las primeras defensoras de los derechos de los niños fue Eglentyne Jebb quien, tras la Gran Guerra, en el año 1922, redactó la Magna Carta del Niño, que fue adoptada por la Unión Internacional para el Socorro de la Infancia y después, en 1924, por la Sociedad de Naciones con el nombre de Declaración de Ginebra o Tabla de los Derechos del Niño. En ella se hace especial referencia al compromiso de la humanidad para con el niño, excluyendo toda discriminación por razón de raza, nacionalidad o creencia religiosa.

A estos primeros instrumentos siguieron la Carta de la Infancia, elaborada después de la Segunda Guerra Mundial por la Liga Internacional para la Educación Nueva en Londres, además de distintas modificaciones a la referida Declaración de Ginebra. Más tarde, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las



Fundación Telefónica
Telefónica

Naciones Unidas en diciembre de 1948, incluiría implícitamente las libertades y derechos de los niños hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos del Niño adoptada por Naciones Unidas en 1959.

Herramientas de eficacia jurídica

Si bien los anteriores trabajos normativos deben ser, en justicia, considerados grandes logros en el progresivo avance y alcance de los derechos humanos, las Declaraciones de los derechos del niño, aprobadas primero por la Sociedad de Naciones y, más tarde, por las Naciones Unidas, no pasaron de constituir meras expresiones de buena voluntad y no auténticos tratados con fuerza legal. Esto significó que, aunque los Estados podían estar de acuerdo con lo que cada Declaración exponía con respecto a los derechos de los niños, no estaban jurídicamente obligados a garantizar su vigencia.

Como consecuencia de la falta de eficacia jurídica de la Declaración de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante la celebración de su 44ª Sesión, adoptó, el 20 de noviembre de 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que supuso la culminación de casi 70 años de esfuerzos destinados a obtener un reconocimiento internacional plenamente efectivo de las necesidades especiales y la vulnerabilidad de los niños en cuanto seres humanos. En este sentido, no huelga decir que la Convención va más allá de la Declaración de los Derechos del Niño, en cuanto que hace jurídicamente responsable de las acciones y omisiones respecto de los niños a los Estados que la ratifican.

La Convención recoge, así, los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y los completa, cubriendo los vacíos existentes y creando un instrumento internacional obligatorio por el que los Estados que la ratifican se comprometen formalmente a respetar los derechos y deberes enunciados, pasando a formar parte del derecho interno de los países. Además, los Estados Partes tienen la obligación de informar sobre su cumplimiento, por lo que se obliga a los países a cumplir y organizar la aplicación de sus preceptos en beneficio de la población infantil propia de su ámbito territorial. La omisión de los mandatos de la Convención convierte a los Estados Partes en responsables jurídicos ante la comunidad internacional.

## Convención sobre los Derechos del Niño

Podría decirse, por tanto, que esta norma es el primer tratado universal y multilateral, que, en términos generales, estableció el reconocimiento internacional de los derechos del niño como ser humano -es decir, como sujeto activo de derechos- y no como mero objeto pasivo de un derecho a ser protegido. En este sentido, la Convención reconoce tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales de la población infantil, siguiendo el mismo esquema empleado en diversos tratados internacionales y en algunos ordenamientos constitucionales.

Dentro del conjunto de normas que conforman la Convención sobre los Derechos del Niño, pueden clasificarse los derechos reconocidos en cuatro grupos temáticos:

– Derechos de supervivencia, sin los cuales peligra la existencia de un niño o una niña: son los



Fundación Telefónica

derechos que les permiten cubrir sus necesidades vitales fundamentales, como la vida, la nutrición o la salud.

– Derechos de desarrollo, que permiten a la población infantil alcanzar su mayor potencial como ser humano especial. Ejemplos, entre otros, son el derecho a la educación, el derecho a las actividades culturales y el derecho al acceso a la información.

– Derechos de protección. La condición del menor implica indefensión y vulnerabilidad, consecuencia de su falta de madurez física y mental; por lo tanto, los menores requieren de una protección especial para que estén salvaguardados de todas las formas de abuso, abandono o explotación.

– Derechos de participación: conjunto de derechos mediante los cuales la población infantil puede asumir un papel activo dentro de sus comunidades, a través de la expresión de sus opiniones, pensamiento o sentimientos.

**La figura del Defensor del Menor**

El ámbito de las TIC no puede escapar del reconocimiento y garantía de los derechos de las personas menores de edad. Este 'nuevo mundo' virtual presenta muchísimas ventajas: es una herramienta educativa de primer orden, iguala clases sociales, facilita la comunicación, permite un impresionante acceso a la información… Pero también presenta un lado menos amable y se aprecia, así, que nuestros menores pueden estar bien atendidos en el mundo real, pero, en muchas ocasiones, muy solos en el mundo virtual.

El binomio constituido por los menores de edad y las TIC ha constituido, prácticamente desde su creación, una verdadera línea estratégica de actuación del Defensor del Menor y es un ámbito de actuación del que dicha institución no puede ni debe sustraerse.

Como antes se apuntaba, según Ley, en la Comunidad de Madrid corresponde al Defensor del Menor la defensa de los derechos de las personas menores de edad mediante la supervisión y orientación de las Administraciones Públicas y de entidades privadas que presten sus servicios a aquéllas. En este sentido, el Defensor del Menor, al igual que los Ombudsman, ejerce una especie de magistratura de la persuasión que tiene como objetivo primordial no vencer, sino convencer.

Otra función esencial que el poder legislativo ha querido encomendar al Defensor del Menor es la de conocer la forma en la que los menores ejercen sus derechos -y sus correspondientes deberes- y la medida en que la comunidad los conoce y respeta. El Defensor del Menor también cuenta entre sus cometidos la realización de propuestas de carácter normativo.

Desde las funciones generales encomendadas, cabe señalar algunas de carácter mas concreto en el ámbito de las TIC. Así, se han realizado recientemente, en este sentido, varias propuestas de modificación del Código Penal, de las que algunas de ellas tienen que ver con los delitos en Internet, sobre todo respecto de aquellos en los que el menor es víctima. Otra



Fundación Telefónica
Telefónica

recomendación realizada ha abordado la conveniencia de que el Estado firmase el Convenio del Consejo de Europa, llamado también Convenio de Lanzarote, para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, desiderátum que se vio materializado el pasado mes de marzo de 2009.

El Defensor del Menor, con colaboraciones externas, viene publicando anualmente estudios e investigaciones, entre los que se encuentran varios trabajos referidos a las cuestiones que aquí tratan: Menores e Internet, Menores y Telefonía Móvil, El Agente Encubierto en Internet, etc.

Por otra parte, se mantienen frecuentes reuniones de coordinación con expertos del ámbito de la protección a la infancia y de las telecomunicaciones -sobre todo en materia de TIC- y también con representantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como son las brigadas y unidades de delitos tecnológico2s de la Policía y la Guardia Civil. También se han alcanzado importantes acuerdos y convenios de colaboración con la industria de Internet: fabricantes de software y hardware, operadores de telefonía móvil, representantes de portales y redes sociales, etc. Ejemplo de ello es la firma de un Convenio el 28 de febrero de 2007 y creación de la correspondiente Comisión de Seguimiento, que mantiene reuniones periódicas con diversos agentes sociales y jurídicos y con Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para coordinar planteamientos y realizar estrategias comunes en este ámbito.

Desde la perspectiva de la garantía de los derechos de los menores en el ámbito de las TIC, es posible trazar varios ‘puntos de cruce’ toda vez que, como en cualquier otro ámbito, el terreno de las telecomunicaciones, en mayor o menor medida está transitado por los derechos de la infancia.

**El derecho a la protección de los menores**

En relación con el derecho a la protección de los menores, debe destacarse en primer lugar su configuración poliédrica, pues dicha protección debe operar en diferentes ámbitos, como la integridad física y libertad sexual, la intimidad, el honor y propia imagen y también la llamada protección sociocultural, que observa al menor como destinatario de los contenidos y de la información. Así, el Código Penal protege con especial intensidad la integridad física y libertad e indemnidad sexuales de los menores.

La pornografía infantil es, después de las estafas, el delito más cometido a través de la Red. A pesar de que la pornografía infantil es preexistente a Internet, a través de ésta se ha visto potenciada. Pedófilos y pederastas encuentran sensación de impunidad y de grupo al actuar en la Red, lo que parece facilitar la comisión de este tipo de conductas delictivas.

El término ‘pornografía’ presenta una dificultad inicial de concreción, ya que es concepto muy subjetivo. Por esta razón se hace necesario acudir a definiciones como la que establece el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía ( 1); o bien a la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil ( 2). El Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, dedica el artículo 189 a la pornografía infantil.



Fundación Telefónica
Telefónica

Guardando cierta conexión con lo anterior, otro tipo de delitos cometidos a través de las TIC que encuentran a los menores de edad como víctimas podrían ser los delitos de exhibicionismo, previsión contemplada por los artículos 185 y 186 del texto penal.

La forma en la que el Derecho amplía su ámbito de influencia y protección avanza paulatinamente, rellenando lagunas donde se producían faltas de previsión normativa o vacíos legales. Ilustran todo ello las últimas reformas del Código Penal, que han tipificado el delito de tenencia de pornografía infantil (el delito consistente en elaborar o difundir material pornográfico en el que, aun no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada) y aumentado las penas atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima. Este avance se aprecia también en el estudio de reformas normativas, como es, por ejemplo, la consideración como delito de la apología del abuso sexual infantil o la actuación del agente encubierto en Internet.

**Derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen**

En materia de derecho a la intimidad, honor y propia imagen de los menores, tanto Internet como otras TIC deben observar las mismas restricciones que corresponden a la difusión de información de menores, por ejemplo, a los medios de comunicación social.

Recientemente, con el auge de las llamadas redes sociales y la posibilidad de albergar en la Red fotografías y vídeos, se ha apreciado un aumento de posibles vulneraciones de este derecho, elevado al rango de fundamental por nuestra Constitución.

**Protección sociocultural**

La llamada ‘protección sociocultural’ es un término legal que hace referencia a la protección a la que tienen derecho los menores respecto de contenidos que puedan suponer daños en su correcto desarrollo y no sean apropiados para su concreto grado de madurez. Nos referimos con ello a aquellos contenidos cargados de violencia, pornografía o provocación que en muchas ocasiones es posible encontrar en el ciberespacio.

Se trata de contenidos que, sin que puedan llegar a ser considerados como delitos, supondrían un importante menoscabo en el desarrollo de los menores de edad. Existen varias referencias legales a estos aspectos, entre otras la denominación de protección sociocultural prevista en la Ley 5/1995, de 28 de marzo, de garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid.

El problema que presentan estos contenidos es que su prevención y abordaje resultan muy dificultosos. En el concreto ámbito de las TIC es posible citar, entre otros, las llamadas páginas ‘pro-ana’ (proanorexia) y ‘pro-mía’ (probulimia), los contenidos pornográficos o aquellos que revisten una extrema dureza por su violencia o crueldad.

Mediante la firma de acuerdos se han intentado reforzar los compromisos con la industria de Internet, especialmente con los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) para proceder a una



Fundación Telefónica

retirada ágil de dichos contenidos nocivos. Una cuestión de esencial importancia que atañe a la protección sociocultural de los menores es la adopción de compromisos de autorregulación de proveedores de servicio, velando por que los contenidos que ofrecen sean lo más adecuados y lo menos nocivos posible.

## Una labor de todos

La protección del menor requiere, en todo caso, de la implicación de los padres y educadores. Se hace necesario apelar a la adecuada supervisión que deben ejercer las familias y los educadores para prevenir el acceso a este tipo de contenidos, dadas las graves repercusiones que pueden revestir; si bien, al mismo tiempo, debe constituir un compromiso de primer orden por parte de instituciones, Administraciones, industria y otros operadores jurídicos y sociales el dotarlas de los medios necesarios para que puedan llevar a cabo este ejercicio de responsabilidad.

## Notas

[1] «La representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».

[2] «Cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada, o imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada».

## Bibliografía

Mause, L. de (1974), *The history of childhood*. Nueva York: Psichohistory Press. Versión española: (1991). *Historia de la infancia*. Madrid: Alianza Universidad.

Martínez Roig, A. & Paúl Ochotorena, J. de (1993), *Maltrato y abandono en la Infancia*. Barcelona: Martínez Roca.



Fundación Telefónica
Telefónica