

CIBERVIOLENCIA DE GÉNERO: ¿UNA MERA TRANSGRESIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD?

Roser Almenar Rodríguez, Universidad de Valencia

1. Introducción.

La cuarta revolución industrial, que ha llegado de la mano de las nuevas tecnologías digitales, no es otra que la cibernética. El uso generalizado de Internet y la gran popularidad de las redes sociales han convertido el mundo digital en un factor determinante para ambos el bienestar económico y social, de manera que el acceso al mismo se valora cada vez más como un derecho humano fundamental que debería ser otorgado universalmente.

Sin embargo, este escenario de incipientes derechos digitales, ya reconocidos en nuestro país mediante la recién presentada *Carta de Derechos Digitales*, también nos plantea dudas respecto a la otra cara de la moneda. Si bien es cierto que Internet goza de numerosos beneficios, no cabe omitir sus considerables desventajas: el anonimato fácilmente disponible debido a la expansión del uso de dispositivos digitales, que permite llevar a cabo abusos sin necesidad de estar físicamente presente para ello, y cuya comisión, asimismo, no requiere del abusador que posea una capacitación técnica¹, entre otras, hacen del uso de las nuevas tecnologías una alarmante realidad que puede llegar a materializarse en lo que se conoce como violencia cibernética (o ciberviolencia).

Lo que resulta aún más preocupante de esta violencia digital, si cabe, son los sujetos a los que mayormente afecta. De acuerdo con estudios existentes, las mujeres y las niñas sufren ciberviolencia en una proporción muy superior al género masculino, y el siguiente ejemplo es prueba de ello: en una encuesta realizada en Alemania a más de 9000 usuarios de internet de entre 10 y 50 años de edad, se determinó que la probabilidad de que las mujeres hubieran sido víctimas de violencia online era significativamente mayor a la de los hombres². Es por ello que denominamos a este fenómeno “ciberviolencia de género”, en base al devastador porcentaje que atañe al género femenino.

No obstante, el hecho de que varias de las manifestaciones de la violencia cibernética constituyan una vulneración de la privacidad inherente a las conversaciones personales que mantienen las propias víctimas nos lleva a reflexionar sobre la siguiente pregunta: ¿es la

¹ FASCENDINI, F. y FIALOVÁ, K., *Voices from Digital Spaces: Technology Related Violence Against Women*, Association for Progressive Communications, 2011, p. 26-27.

² INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, EIGE's Publications, 2017, p. 1.

ciberviolencia de género una mera transgresión del derecho al secreto de las comunicaciones protegido en el artículo 18.3 de la Constitución?

2. El derecho a la privacidad en el orden constitucional español.

El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar – también conocido como derecho a la privacidad – se encuentra regulado en el artículo 18 de la Constitución española, siguiendo, de este modo, el articulado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³, que consagra este derecho en su artículo 12 («Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación»). De igual manera, cabe entender este precepto en relación con el mandato previsto en el artículo 10 de la propia Constitución, cuyo primer apartado fundamenta los derechos y libertades de los ciudadanos en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, y cuyo segundo señala que estos deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales⁴.

Y así recoge constitucionalmente el artículo 18 el derecho a la privacidad, al declarar que:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Debido a su estrecha relación con el tema que se presenta, prestaremos especial atención al tercer párrafo, que enuncia el derecho al secreto de las comunicaciones.

De acuerdo con JIMÉNEZ CAMPO, el concepto de «secreto de las comunicaciones» es rigurosamente formal en el texto constitucional⁵, «en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado»⁶. En primer lugar, este precepto prohíbe la

³ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016 (XXXII), p. 414.

⁴ *Ibid.*

⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto 1987, p. 41.

⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7º).

intervención de las comunicaciones a través de la imposición del secreto⁷, excepto en supuestos de intervención judicial, de modo que se protege el «derecho a comunicarse» en libertad y sin injerencias en aquellos procesos comunicativos que se llevan a cabo mediante los medios técnicos enumerados⁸ – entre las que se destacan «en especial» las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. Según ha señalado el Tribunal Constitucional: «rectamente entendido, el derecho fundamental [al secreto de las comunicaciones] consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas»⁹. Existe, por tanto, una «presunción iuris et de iure de que lo comunicado es secreto»¹⁰.

Es más, esta garantía formal del derecho al secreto de las comunicaciones se exige respecto de los terceros ajenos al acto mismo de la comunicación, y no a los participantes de este, a quienes, para REBOLLO DELGADO, únicamente se les podría imponer un «deber de reserva» de carácter material, en virtud del primer apartado del artículo 18 que consagra el derecho a la intimidad¹¹. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 114/1984: «Sobre los comunicantes no pesa tal deber (de secreto), sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, un posible ‘deber de reserva’ que – de existir – tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así, del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución)». Por consiguiente, PARDO FALCÓN afirma que entre comunicantes no existen conversaciones *secretas*, sino, más bien, *íntimas*¹².

A continuación, es necesario aludir a la noción constitucional de «comunicación», pues como indica JIMÉNEZ CAMPO, en su determinación se centra la del elemento material del objeto del derecho¹³. Así, el Tribunal Constitucional ha perfilado el «contenido esencial» del derecho al secreto de las comunicaciones de la siguiente manera: «la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación. Pues bien, si el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)

⁷ OCÓN GARCÍA, J., «El TEDH y la delimitación del secreto de las comunicaciones: un caso de recepción revisable», *Anales de Derecho*, supl. AdD especial: El TEDH en su sesenta aniversario, Murcia, 2020, p. 8.

⁸ OCÓN GARCÍA, J., *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos* [Tesis de Doctorado, Universidad de La Rioja], Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2020, p. 16.

⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7º).

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ REBOLLO DELGADO, L., «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2000, p. 360.

¹² PARDO FALCÓN, J., «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 34, Enero-Abril 1992, p. 174.

¹³ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto 1987, p. 42.

constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que son “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE), las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquéllas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos»¹⁴.

Asimismo, «la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada (STC 70/2002) y con independencia de que el contenido del mensaje transmitido o intentado transmitir – conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc. – pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado (STC 114/1984)¹⁵», de ahí que el contenido de la comunicación no se considere un condicionante respecto a la concesión del secreto, del mismo modo que no influye el hecho de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la «privacidad»¹⁶. El objeto de tutela es el proceso, no el contenido.

En cuanto a los medios protegidos, en primera instancia, las comunicaciones deben realizarse «a través de determinados medios o canales cerrados»¹⁷, en atención a lo cual quedan excluidas las comunicaciones dirigidas a un número indeterminado o abierto de personas¹⁸ – como ocurre, por ejemplo, con los medios de comunicación de masas como la radio y la televisión. De igual manera, no se protege bajo este derecho la conversación directa entre dos personas – que, sin embargo, como apunta DÍAZ REVORIO, podría estar protegida por el derecho a la intimidad¹⁹. Por otra parte, es necesario advertir que «la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional»²⁰. Así, forman parte del objeto protegido todos los medios de comunicación conocidos hasta el momento en que se aprobó el texto constitucional, al igual que aquellos que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro²¹ y que se sustentan en las nuevas tecnologías, entre los que podemos destacar el correo electrónico, la videoconferencia y las aplicaciones de mensajería instantánea (*WhatsApp, Telegram, Instagram*).

¹⁴ STC 281/2006, de 9 de octubre (FJ. 3º).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto 1987, p. 41.

¹⁷ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ. 4º).

¹⁸ OCÓN GARCÍA, J., «El TEDH y la delimitación del secreto de las comunicaciones: un caso de recepción revisable», *Anales de Derecho*, supl. AdD especial: El TEDH en su sesenta aniversario, Murcia, 2020, p. 10.

¹⁹ DÍAZ REVORIO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 59, 2006, p. 163.

²⁰ STC 281/2006, de 9 de octubre (FJ. 3º).

²¹ DÍAZ REVORIO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 59, 2006, p. 162.

Por último, cabe hacer una breve mención a los dos principales medios por los cuales puede conculcarse el derecho al secreto de las comunicaciones, siendo estos: la interceptación en sentido estricto – esto es, por medio de una captación del proceso de comunicación, o una aprehensión física del soporte del mensaje – y, segundo, el simple conocimiento antijurídico del mensaje comunicado – apertura de la correspondencia ajena, por ejemplo²².

3. Análisis jurisprudencial y reflexiones en torno al caso Buturugă v. Romania ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.1. Antecedentes del caso²³.

Gina Aurelia Buturugă, ciudadana de nacionalidad rumana, presentó en diciembre de 2013 una denuncia contra su marido, alegando que había sido víctima de reiterados episodios de violencia física (violencia de género) y amenazas de muerte, para lo que presentó un certificado forense que acreditaba sus lesiones físicas. En su acusación, la recurrente expresó que él la había querido tirar por el balcón “para que pareciera un suicidio” y que, además, también la amenazó con que la mataría con un hacha. Al mes siguiente, en enero de 2014, la Sra. Buturugă presentó una segunda denuncia en la que afirmaba haber sido golpeada y recibido nuevas amenazas por parte de su marido con el objetivo de inducirla a retirar su primera denuncia. Sin embargo, las autoridades policiales la persuadieron para que no prosiguiera con la misma, debido a la “levedad” de las lesiones.

A finales de mes, la pareja se divorció y, en marzo de ese mismo año, la Sra. Buturugă solicitó un registro electrónico del ordenador familiar, alegando que su ex marido había consultado ilícitamente sus cuentas electrónicas – incluida su cuenta de Facebook – y había hecho copia de sus conversaciones privadas, documentos y fotografías. El Tribunal de Primera Instancia rumano falló concederle una medida de protección de seis meses por los hechos/actos denunciados en diciembre del año anterior. No obstante, el denunciado no cumplió con dicha medida y, pese a haber informado de este hecho a las autoridades rumanas, no se llevó a cabo ninguna acción al respecto.

En septiembre de 2014, la Sra. Buturugă interpuso una tercera denuncia por violación del secreto de su correspondencia, y el 17 de febrero de 2015, la fiscalía archivó el caso por considerar que, aunque su exmarido la había amenazado de muerte, su comportamiento no había sido lo suficientemente grave como para ser calificado de delito. También, decidió desestimar por extemporánea la denuncia de la Sra. Buturugă relativa a la conculcación de su derecho al secreto de su correspondencia, sobre lo cual la fiscalía, además, expresó que la

²² STC 114/1984, de 29 de noviembre (FJ. 7°).

²³ Asunto Buturugă v. Romania, ECHR 56867/15 (2020).

información que podría haberse obtenido de dicho *hackeo* no tenía relación con las denuncias de amenazas y violencia de género formuladas contra el acusado.

Ante estos hechos, la Sra. Buturugă recurrió sin éxito la decisión en segunda instancia, pues el Tribunal en cuestión confirmó las conclusiones de la fiscalía y dictaminó que el material obtenido ilegalmente por su ex marido ya era público cuando él lo sustrajo, por lo que el caso se cerró sin dar trámite de audiencia. Agotada las vías ordinarias y extraordinarias de su país, la Sra. Buturugă interpuso denuncia contra el Estado rumano ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en noviembre de 2015, argumentando que la investigación penal realizada había sido ineficaz – y, por consiguiente, que su seguridad personal no había sido debidamente garantizada –, y que las autoridades rumanas se habían negado a examinar su denuncia sobre la violación de su correspondencia. Así pues, basó su pretensión en una transgresión de los artículos 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, y de la correspondencia) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, el TEDH dictó sentencia el 11 de febrero de 2020, condenando al Estado de Rumanía a pagar a la Sra. Buturugă la suma de 10.000 euros en concepto de daño moral y 457 euros por condena en costas.

3.1. Consideraciones sobre el fallo del Tribunal.

En base a estos hechos y en relación con la supuesta vulneración del artículo 3 del Convenio, el Tribunal consideró en particular que las autoridades nacionales no habían dado una respuesta adecuada a la gravedad de los hechos denunciados por la recurrente, pues no habían planteado la cuestión de la violencia de género al abordar la investigación penal, ni habían tenido en cuenta las características específicas de esta misma reconocidas en el Convenio de Estambul de 2011. Por otra parte, respecto a la supuesta transgresión del artículo 8 del Convenio, el Tribunal también estimó que la investigación de los actos de violencia fue defectuosa y que no se tomó en consideración el fondo de la denuncia relativa a la violación del secreto de la correspondencia, que estaba estrechamente relacionada con las acusaciones de violencia de género. Por ello, se determinó que las autoridades habían sido «excesivamente formalistas» al descartar cualquier relación con la violencia de género que la Sra. Buturugă ya había denunciado previamente.

Una apreciación *prima facie* que podemos hacer de este proceso es que nos encontramos ante un caso de violencia de género que incluye, como una de sus manifestaciones, la violencia online sobre la recurrente, ya que alega que “su ex marido había consultado ilícitamente sus cuentas electrónicas – incluida su cuenta de Facebook –, y que había realizado copias de sus conversaciones privadas, documentos y fotografías”. A este respecto, el Tribunal realiza una

adecuada valoración del problema, al identificarlo de este modo y aceptar “los argumentos de la Sra. Buturugá en el sentido de que actos como vigilar, acceder o guardar ilícitamente la correspondencia de la pareja podrían ser tenidos en cuenta por las autoridades internas a la hora de investigar los casos de violencia de género”. Sin embargo, el enfoque que adopta el Tribunal no llega a ser todo lo preciso que debiera y, por lo tanto, carece de la perspectiva de género que sin duda requiere esta cuestión.

En primer lugar, el Tribunal aborda el aspecto de la ciberviolencia como una “vulneración de la confidencialidad de la correspondencia de la demandante”, y en consecuencia lo examina bajo el artículo 8 del CEDH, lo que supone un problema en tanto que la violencia de género también denunciada por la recurrente se valora por separado en virtud del artículo 3 del mismo Convenio, que reconoce el derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos y degradantes. El Tribunal, por tanto, no puede identificar la violencia cibernética del caso como una dimensión más de la violencia de género ejercida por el ex marido de la recurrente, y al mismo tiempo juzgar ambos asuntos individualmente, ya que, de este modo, no está abordando estos actos de ciberviolencia eficazmente, sino al contrario: resulta incoherente afirmar que la violencia online sufrida por la recurrente se debe tomar en consideración en el momento de investigar casos de violencia de género, dando a entender que se considera uno de los aspectos derivados de la misma, y acto seguido referirse a la transgresión del secreto de la correspondencia como “estrechamente vinculada” a la denuncia de violencia física.

Si bien es cierto que el Convenio no contiene ninguna prohibición explícita de la ciberviolencia como tal, resulta imperativo que al menos esta cuestión se enfoque de la manera más idónea posible. Hablar de este tipo específico de violencia de género en términos tan genéricos como “violación de la confidencialidad de la correspondencia” resulta ambiguo e ignora la verdadera naturaleza del mismo, lo que, no obstante, demuestra que aún no están claros ni la noción ni el marco de protección de la ciberviolencia contra las mujeres y las niñas.

En consecuencia, cabe señalar que examinar el delito de ciberviolencia bajo el artículo 8 del Convenio no es la elección más oportuna, ya que la violencia online contra las mujeres ha de ser considerada como otra expresión de la violencia de género pero en el ámbito digital, y por tanto requiere ser evaluada bajo el artículo 3, al igual que la violencia de género en sí misma, dado que ambas constituyen un “trato inhumano y degradante”: la ciberviolencia contra las mujeres y las niñas se considera una continuación de la violencia basada en género (VBG) perpetrada en el mundo físico. Por ello, si la violencia de género está protegida por el artículo 3 del Convenio que consagra la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, parece razonable argumentar que la violencia cibernética también debería estar comprendida dentro de este precepto.

4. Conclusiones.

El objeto amparado por el artículo 8 del CEDH resulta coincidente con el del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, y como indica la Sentencia 281/2006, de 9 de octubre: «La delimitación del objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE ha de partir de su propio tenor literal y *del de los textos de los convenios sobre derechos humanos en los que España es parte, que, de conformidad con el art. 10.2 CE, sirven de pauta en la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución*» (FJ 3º, cursiva de la autora), entre los que innegablemente se encuentra el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por consiguiente, una correcta interpretación de los derechos humanos y su ámbito de aplicación en determinados supuestos que surgen progresivamente en razón de las nuevas tecnologías incide, no únicamente en el campo europeo de los derechos humanos, sino además, específicamente, en la interpretación de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos nacionales, que están obligados por su máxima ley a interpretar esos mismos derechos a la luz de aquella realizada por el magistrado europeo. De modo que, si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos categoriza el delito de ciberviolencia como una “violación de la confidencialidad de la correspondencia”, la justicia española, tomando como referencia esta sentencia previa, puede juzgar las diferentes manifestaciones de este delito como una vulneración del artículo 18.3 de la Constitución, cuando, en base a su verdadera naturaleza violenta, debería valorarse como una transgresión al derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, consagrado en el artículo 15 de la Constitución española.

Así, queda expuesto que tanto Internet como las redes sociales, más concretamente, constituyen una creciente amenaza para los derechos digitales de las mujeres y las niñas, los cuales son fundamentales para contribuir a la existencia de un Internet abierto y seguro para todo el mundo.

5. Jurisprudencia.

5.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Sentencia del 11 de febrero de 2020, asunto Buturugă v. Romania (ECHR 56867/15, 2020).

5.2. Tribunal Constitucional.

- STC 114/1984, de 29 de noviembre.
- STC 281/2006, de 9 de octubre.

– STC 170/2013, de 7 de octubre.

Bibliografía

DÍAZ REVORIO, F. J., «El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 59, 2006.

FASCENDINI, F. y FIALOVÁ, K., *Voices from Digital Spaces: Technology Related Violence Against Women*, Association for Progressive Communications, 2011.

INSTITUTO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO, *La ciberviolencia contra mujeres y niñas*, EIGE's Publications, 2017.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Núm. 20, Mayo-Agosto 1987.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016 (XXXII).

OCÓN GARCÍA, J., «El TEDH y la delimitación del secreto de las comunicaciones: un caso de recepción revisable», *Anales de Derecho*, supl. AdD especial: El TEDH en su sesenta aniversario, Murcia, 2020.

OCÓN GARCÍA, J., *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ante nuevos escenarios tecnológicos* [Tesis de Doctorado, Universidad de La Rioja], Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2020.

PARDO FALCÓN, J., «Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Núm. 34, Enero-Abril 1992.

REBOLLO DELGADO, L., «El secreto de las comunicaciones: problemas actuales», *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, 2000.