

Dossier jurídico  
**Derecho Civil**  
**Derecho Penal**

## Menores y entorno digital



**tirant**  
**PRIME**

## Dossier jurídico **Menores y entorno digital**

### **INTRODUCCIÓN**

El pasado 4 de junio el Gobierno aprobó el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. La norma tiene por objetivo garantizar los derechos de los menores en el ámbito digital, lo que comprende la protección de sus datos personales y el acceso a contenidos adecuados para su edad.

El anteproyecto de ley establece medidas para el sector público y para las empresas tecnológicas introduciendo modificaciones legales, entre ellas el Código Penal.

En relación con las obligaciones para las empresas del sector tecnológico, el Anteproyecto dispone que los fabricantes deberán asegurar que los dispositivos digitales cuenten con sistemas de control parental activados por defecto y con un etiquetado informativo sobre sus riesgos.

Además, la norma prohíbe, con carácter general, el acceso de las personas menores de edad a mecanismos aleatorios de recompensa en videojuegos y plataformas (*loot boxes*), y obliga tanto a las plataformas de intercambio de vídeos a establecer enlaces a los canales de denuncias como a los *influencers* a avisar de forma inequívoca, siempre que el contenido que están difundiendo sea potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, mental o moral de niños, niñas y adolescentes.

Desde la perspectiva penal, considerando que la tecnología ha facilitado modalidades delictivas desconocidas, el Anteproyecto de Ley tipifica como delitos los *deepfakes* pornográficos, es decir, la difusión, sin autorización, de imágenes o audio generado por inteligencia artificial o cualquier otra tecnología.

La norma también regula el alejamiento *online*, introduce el denominado *grooming* (engaño *online* a menores) como circunstancia agravante en diferentes delitos contra la libertad sexual de menores, y refuerza la tipificación de la difusión de material pornográfico a los menores, para evitar algunas conductas impunes. Y

también eleva de 14 a 16 años la edad mínima a la que se puede dar consentimiento al tratamiento de datos personales.

No obstante los avances que introduzca la futura Ley Orgánica, en la actualidad existe una amplia normativa nacional, europea e internacional que tiene por objetivo regular y garantizar el adecuado uso de los entornos digitales cuando de menores se trata.

Por ello en el presente documento realizaremos una exposición relacionando la diferente normativa que existe en la actualidad aplicable en España y algunas declaraciones judiciales dictadas en aplicación de esa normativa.

## **LEGISLACIÓN NACIONAL**

La legislación nacional que protege a los menores del entorno digital está constituida fundamentalmente por las siguientes normas que atienden la protección de los menores desde diferentes perspectivas:

### **Protección general de los menores. -**

- **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. TOL301.481**

Artículo 21. Acogimiento residencial.

- 1. En relación con los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las siguientes obligaciones básicas:
- n) **Establecerán medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales**

- **Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia TOL8.451.569**

Artículo 3. Fines.

Las disposiciones de esta ley persiguen los siguientes fines:

- a) Garantizar la implementación de medidas de sensibilización para el rechazo y eliminación de todo tipo de violencia sobre la infancia y la adolescencia, dotando a los poderes públicos, a los

niños, niñas y adolescentes y a las familias, de **instrumentos eficaces en todos los ámbitos, de las redes sociales e Internet**, especialmente en el familiar, educativo, sanitario, de los servicios sociales, del ámbito judicial, de las nuevas tecnologías, del deporte y el ocio, de la Administración de Justicia y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Como podemos apreciar la norma recoge obligaciones de las entidades públicas y de los servicios y centros dónde se encuentran acogidos los menores consistente en el establecimiento de medidas educativas y de supervisión en relación con el acceso que puedan hacer estos menores a las tecnologías de la información y de la comunicación así como a las redes sociales.

### **Protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. -**

- **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen TOL585.549**

Artículo tercero

Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es un derecho fundamental (art. 18 CE), irrenunciable pero susceptible de consentimiento por su titular.

### **Protección de datos. -**

- **Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales TOL6.933.570**

Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad.

1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su **consentimiento cuando sea mayor de catorce años.**

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.

Artículo 84. Protección de los menores en Internet.

1. Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad **hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información** a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.

2. **La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal**, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Artículo 92. Protección de datos de los menores en Internet.

Los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades en las que participen menores de edad garantizarán la protección del interés superior del menor y sus derechos fundamentales, especialmente el derecho a la protección de datos personales, en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

**Cuando dicha publicación o difusión fuera a tener lugar a través de servicios de redes sociales o servicios equivalentes deberán contar con el consentimiento del menor o sus representantes legales**, conforme a lo prescrito en el artículo 7 de esta ley orgánica.

Artículo 97. Políticas de impulso de los derechos digitales.

2. Asimismo se aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales

- **Resoluciones de la Agencia Española de Protección de datos (AEPD)**

La AEPD ha resuelto numerosos expedientes en los que están relacionados los menores y la utilización las redes sociales, internet, sistemas de mensajería, etcétera.

- Resolución Expediente N.º: EXP202308617 TOL9.936.476
- Resolución Expediente N.º: EXP202209078 TOL9.675.716
- Resolución Expediente N.º: EXP202102527 TOL9.657.047
- Resolución Expediente N.º: EXP202207521 TOL9.675.719
- Resolución Expediente N.º: EXP202313833 TOL9.958.032
- Resolución Expediente N.º: EXP202207881 TOL9.668.181
- Resolución Expediente N.º: PS/00554/2022 TOL9.675.440
- Resolución Expediente N.º: EXP202212877 TOL9.897.668

- **Publicaciones de la Agencia Española de Protección de datos (AEPD). –**

Decálogo de principios. Verificación de edad y protección de personas menores de edad ante contenidos inadecuados (Diciembre 2023)

<https://www.aepd.es/guias/decalogo-principios-verificacion-edad-proteccion-menores.pdf>

Menores, salud digital y privacidad. Estrategia y líneas de acción (Enero 2024) <https://www.aepd.es/guias/estrategia-menores-aepd-lineas-accion.pdf>

**Sociedad de la información. -**

- **Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. TOL291.243**

### Artículo 3. Publicidad ilícita.

Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Asimismo, **se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad**, o fomento estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución.

Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

b) **La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.** No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

- **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. TOL164.416**

Artículo 18. Códigos de conducta.

(...)

Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias

## CÓDIGO PENAL

### Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal TOL223.185

Artículo 143 bis.

**La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad** o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las **medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior**, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Artículo 156 ter.

**La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión de personas menores de edad** o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Artículo 183.

**1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 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.

**2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor,** será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 189

(...)

8. Los jueces y tribunales **ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil** o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.

Artículo 361 bis.

**La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación** de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, **entre personas menores de edad** o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, **el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios** cuyo uso sea susceptible de generar

riesgo para la salud de las personas será castigado con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

## LEGISLACIÓN COMUNITARIA

- **Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE) TOL9.264.851**

Artículo 14. Condiciones generales

1. Los prestadores de servicios intermediarios incluirán en sus condiciones generales información sobre cualquier restricción que impongan en relación con el uso de su servicio respecto de la información proporcionada por los destinatarios del servicio. Esta información deberá incluir datos sobre cualesquiera políticas, procedimientos, medidas y herramientas empleadas para moderar los contenidos, incluidas la toma de decisiones mediante algoritmos y la revisión humana, así como sobre las normas de procedimiento de su sistema interno de gestión de reclamaciones. Se expondrá en lenguaje claro, sencillo, inteligible, accesible al usuario e inequívoco, y se hará pública en un formato fácilmente accesible y legible por máquina.

2. Los prestadores de servicios intermediarios informarán a los destinatarios del servicio de cualquier cambio significativo en las condiciones generales.

**3. Cuando un servicio intermediario esté dirigido principalmente a menores o sea utilizado predominantemente por ellos, el prestador de dicho servicio intermediario explicará las condiciones y cualesquiera restricciones del uso del servicio de manera que los menores lo puedan comprender.**

Artículo 28. Protección de los menores en línea

1. Los prestadores de plataformas en línea accesibles a los menores establecerán medidas adecuadas y proporcionadas **para garantizar un elevado nivel de privacidad, seguridad y protección de los menores en su servicio.**
2. Los prestadores de plataformas en línea no presentarán anuncios en su interfaz basados en la elaboración de perfiles, tal como se define en el artículo 4, punto 4, del Reglamento (UE) 2016/679, mediante la utilización de datos personales del destinatario del servicio cuando sean conscientes con una seguridad razonable de que el destinatario del servicio es un menor.
3. El cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo no obligará a los prestadores de plataformas en línea a tratar datos personales adicionales a fin de evaluar si el destinatario del servicio es un menor.
4. La Comisión, previa consulta a la Junta, podrá proporcionar directrices para guiar a los prestadores de plataformas en línea en la aplicación del apartado 1.

#### Artículo 34. Evaluación de riesgos

1. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño detectarán, analizarán y evaluarán con diligencia cualquier riesgo sistémico en la Unión que se derive del diseño o del funcionamiento de su servicio y los sistemas relacionados con este, incluidos los sistemas algorítmicos, o del uso que se haga de sus servicios.

Llevarán a cabo las evaluaciones de riesgos a más tardar en la fecha de aplicación a que se refiere el artículo 33, apartado 6, párrafo segundo, y al menos una vez al año a partir de entonces, y en cualquier caso antes de desplegar funcionalidades que puedan tener un impacto crítico en los riesgos detectados con arreglo al presente artículo. Esta evaluación de riesgos será específica de sus servicios y proporcionada a los riesgos sistémicos, teniendo en cuenta su gravedad y probabilidad, e incluirá los siguientes riesgos sistémicos:

- a) la difusión de contenido ilícito a través de sus servicios;
- b) cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular los relativos a la dignidad humana amparada por el artículo 1 de la Carta, al respeto de la vida privada y familiar amparada por el artículo 7 de la Carta, a la protección de los datos de carácter personal amparada por el artículo 8 de la Carta, a la libertad de expresión

e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, amparada por el artículo 11 de la Carta, a la no discriminación amparada por el artículo 21 de la Carta, a los derechos del niño amparados por el artículo 24 de la Carta y a un nivel elevado de protección de los consumidores, amparado por el artículo 38 de la Carta;

c) cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública;

d) **cualquier efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.**

Artículo 35. Reducción de riesgos

1. Los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aplicarán medidas de reducción de riesgos razonables, proporcionadas y efectivas, adaptadas a los riesgos sistémicos específicos detectados de conformidad con el artículo 34, teniendo especialmente en cuenta las consecuencias de dichas medidas sobre los derechos fundamentales. Dichas medidas podrán incluir, cuando proceda:

(...)

j) **la adopción de medidas específicas para proteger los derechos de los menores, incluidas herramientas de comprobación de la edad y de control parental, herramientas destinadas a ayudar a los menores a señalar abusos u obtener ayuda, según corresponda;**

- **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) TOL5.703.078**
- **Reglamento (UE) 2024/1307 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1232 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva**

**2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea. Texto pertinente a efectos del EEE.**

## **OTROS DOCUMENTOS. -**

- Informe de la UNESCO: «La tecnología en los términos de ellas» <https://www.unesco.org/es/articulos/un-nuevo-informe-de-la-unesco-advierte-que-las-redes-sociales-afectan-al-bienestar-el-aprendizaje-y> Descarga del informe en inglés <https://www.unesco.org/gem-report/en/2024genderreport>
- Informe de UNICEF «Los niños y niñas de la brecha digital en España» acceso a la noticia y descarga del informe. <https://www.unicef.es/publicacion/estado-mundial-de-la-infancia-2018-los-ninos-y-ninas-de-la-brecha-digital>
- Estudio IAB Spain «estudio de redes sociales» acceso al informe: <https://iabspain.es/estudio/estudio-de-redes-sociales-2022/>
- Propuesta de Pacto de Estado para proteger a los menores de edad en internet y las redes sociales. Acceso a la propuesta: <https://digitalforeurope.eu/pacto-menores-online>

## **JURISPRUDENCIA.-**

### **Jurisdicción Penal**

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 25/10/2023 (TOL9.879.345)

Tercero.- Delito de grooming: El art. 183 ter CP (actualmente regulado en el art. 183 CP) castiga al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Así, conforme a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo nº 158/2019 de 26 de marzo y el auto nº 558/2020 de 2 de julio, el citado tipo penal exige no solo el contacto con el menor a través de los medios que expresa el tipo sino la realización de actos materiales encaminados al acercamiento, sin que exija la ejecución de actos de naturaleza sexual que afecten a la indemnidad sexual del menor, que, en caso de existir, serían sancionados de forma independiente.

En este sentido la STS nº 376/2023, de 18 de mayo, señala: Toda propuesta de mantenimiento de relaciones sexuales a un menor de 16 años, cuando se verifica por redes sociales o valiéndose de cualquier otro medio telemático que haga posible un encuentro sexual mediante la comunicación bidireccional, colma las exigencias del tipo. Con otras palabras, la inequívoca invitación a mantener relaciones sexuales, una vez entablado el contacto digital con el menor de edad, implica llevar a cabo "...actos materiales encaminados al acercamiento", pues el acercamiento y la misma realidad de ese encuentro no exigen necesariamente el contacto físico entre agresor y víctima.

Sentencias del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 24/02/2015, (TOL4.776.958)

Error de tipo que considera invencible lo que determinaría que solo podría serle de aplicación lo dispuesto ene. art. 187, ya que el tipo penal del grooming solo se encuentra previsto para menores de 13 años y tampoco el párrafo 2 del art. 187 con respecto a la pena indicada para los menores de 13 años.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al **bien jurídico** es requisito que el contactado sea un menor de 13 años. Es referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP "De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, y con las previsiones del art. 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita

la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niños (art. 182.2). Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 13 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

Respecto a la **conducta típica** habrá que distinguir entre **elementos objetivos y subjetivos**.

En cuanto a los **elementos objetivos** la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere **un contacto** con un menor de 13 años, por otra **proponer un encuentro**, y por ultimo, **la realización de actos materiales encaminados al acercamiento**.

-**El contacto** tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

Sentencias del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 26/03/2019  
(TOL7.205.136)

En cuanto al delito del artículo 183 ter.1, (antes 183 bis), el llamado grooming, el tipo solamente requiere el contacto con el menor a través de las nuevas tecnologías, la proposición de un encuentro con el mismo para cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189, y que la propuesta venga acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, sin que exija la ejecución de actos de naturaleza sexual

que afecten a la indemnidad sexual del menor, que, en caso de existir, serían sancionados de forma independiente.

Es claro que es necesario que quede debidamente acreditado lo que el sujeto activo pretende, pues debe tratarse de actos que, de realizarse, atentarían a la indemnidad sexual del menor (o, en su caso, a la libertad sexual del mayor de 16 años, en la redacción actual). Pero si así ocurre, deben diferenciarse los casos en los que el sujeto pasivo llegue realmente a ejecutar actos sobre su propio cuerpo de aquellos en los que se niegue a ejecutarlos, o, aun cuando acepte, no los ejecute finalmente.

Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 18/05/2023 (TOL9.589.228)

Sobre todo, partiendo de la idea de que los actos de contenido sexual pueden llegar a tener un formato distinto del convencional y desarrollarse en un escenario telemático que no rebaja, desde luego, la intensidad del injusto. Toda propuesta de mantenimiento de relaciones sexuales a un menor de 16 años, cuando se verifica por redes sociales o valiéndose de cualquier otro medio telemático que haga posible un encuentro sexual mediante la comunicación bidireccional, colma las exigencias del tipo. Con otras palabras, la inequívoca invitación a mantener relaciones sexuales, una vez entablado el contacto digital con el menor de edad, implica llevar a cabo "...actos materiales encaminados al acercamiento", pues el acercamiento y la misma realidad de ese encuentro no exigen necesariamente el contacto físico entre agresor y víctima. Las redes sociales convierten la distancia física en presencia telemática. Y una vez aceptado el ofrecimiento de interactuar sexualmente, el encuentro es ya una realidad, por más que se desarrolle en un espacio digital en el que las repercusiones y efectos pueden llegar a ser incluso más perturbadores, ofensivos y duraderos para el menor.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 17/03/2023 (TOL9.514.229)

El delito requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1º) La posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía, junto al dato de la aparición de menores dentro de un escenario sexual, que es el objeto de su protección, a través de convenios internacionales sobre esta materia

particularmente la protección del niño a nivel internacional; en el caso que nos ocupa se distingue nítidamente a menores de edad en un marco de prácticas de sexo oral mediante la introducción de sus miembros genitales en la boca o caricias manuales de los mismos;

2º) El destino del material para el uso personal de quien lo almacena, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción, o difusión, o alguna de las modalidades de producir, distribuir vender o facilitar estas actividades por cualquier medio o la mera posesión para esos fines;

3º) El elemento subjetivo constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (sentencia n.º. 49/22 de esta sala, de 14 de febrero de 2022, que se hace eco de la sentencia n.º 3/19 de 28 de octubre de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla).

## **JURISDICCIÓN CIVIL**

### **Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 03/05/2023. TOL9.654.192)**

Son válidos los actos que realice uno de los progenitores conforme al uso social (art. 156.1 CC), como es la publicación en redes sociales de imágenes o fotografías de la vida cotidiana de las personas y sus familias, sin nada destacable que pueda entenderse perjudicial o negativo. Lo que no se puede es utilizar la imagen del menor si ese uso es contrario a sus intereses, lo que no es admisible ni con el consentimiento de ambos progenitores. Pero no es el caso.

Es por ello que, en el presente supuesto, la única cuestión controvertida es si, aún en estas circunstancias, también era necesario el previo consentimiento de la otra progenitora que, como se ha exteriorizado en este proceso, es contraria a tales publicaciones.

No consta que existiera una expresa o tácita oposición con anterioridad. Es por ello por lo que no puede considerarse contraria a derecho la publicación llevada a cabo en las circunstancias en que se produjo, al entenderse que, sin vulnerar el derecho a la intimidad o propia imagen de los menores, puede incardinarse en actuaciones hoy conformes al uso social, que permite pueda llevar a cabo uno de los progenitores (art. 156.1 CC). En este sentido, puede citarse al reciente STS nùm. 249/2023, de 14 de febrero.

Ahora bien, una vez surgido el desacuerdo, se hace necesario -lamentablemente- seguir judicializando la vida familiar y acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria en que se enmarca el art. 156.3

CC, para que, la autoridad judicial, después de oír a ambos progenitores y a los hijos si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuir la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Es decir, el resultado no será prohibir por la autoridad judicial las publicaciones aquí cuestionadas, sino atribuir a uno de los progenitores la facultad de decidir, por lo que no puede estimarse la pretensión ejercitada por la parte apelante.

**Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 24/04/2024. (TOL10.002.008)**

Para la solución del conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad de los menores:

i) Que, en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (art. 3) se refuerzan en la LPJM (art. 4).

ii) Que el reconocimiento de una protección específica a los derechos de la personalidad de los menores se establece también en el ámbito internacional.

iii) Y que esta protección reforzada ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala, en el sentido de que, si bien todas las personas tienen derecho a ser respetadas en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define por tratarse de personas en formación más vulnerables, por tanto, a los ataques a sus derechos.

Por tanto, atendida la doctrina anterior, para decidir sobre la corrección del juicio de ponderación llevado a cabo por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, es necesario determinar si el reportaje litigioso tenía relevancia pública y si la afectación que haya podido sufrir la esfera personal de los menores resulta justificada por el ejercicio legítimo de la libertad de información, debiendo ponderarse el alcance y trascendencia de la publicación de sus nombres, considerado el criterio de protección reforzada de los derechos de la personalidad de los menores de edad que resulta tanto de la legislación interna como de los instrumentos internacionales ratificados por España.

**Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 24/04/2024. (TOL10.000.168)**

El derecho a la propia imagen consiste en el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y pretende tutelar la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, a fin de impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) perseguida por quien la capta o difunde, por lo que abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, no debiendo confundirse con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo, esto es, la "imagen pública", la consideración pública, la reputación o la idea que los demás tienen de uno mismo.

Dice la recurrente, aludiendo a la posibilidad o no de identificar al menor, que es necesario poner de manifiesto el criterio del juzgador de instancia al considerar necesario el pixelado de la fotografía, ya que la publicación de la imagen de aquel junto con el titular de la misma permite su identificación "dentro del contexto de su familia".

Ocurre, sin embargo, que dicho criterio está contradicho por el del tribunal de apelación tanto por lo que dice como por lo que no dice. Por lo que dice, ya que lo que afirma la Audiencia Provincial es que "en la fotografía el menor se encuentra en una posición en la que no es posible apreciar sus rasgos físicos aunque no esté la imagen pixelada". Y por lo que no dice, dado que no afirma en ningún momento que la imagen de aquel permita su identificación aunque sea únicamente por las personas de su círculo más próximo o íntimo. No explicando tampoco la recurrente, ciñéndose a la imagen del menor, que es lo que habría aportado su pixelado, cuando los rasgos físicos de aquel no se aprecian en ella, de cara a su reconocimiento o no, incluso "dentro del contexto de su familia".

## **CONSULTAS. -**

- Supuesto de hecho: Buenas tardes, un cliente me formula la siguiente duda: ¿qué responsabilidad puede tener un establecimiento de hostelería que permite que sus clientes utilicen gratuitamente la red Wifi del establecimiento, si alguno de ellos, utilizando su propio terminal, y aprovechándose de esta circunstancia, comete un delito (comete un abuso sexual, lo graba y lo publica en una red social, por ejemplo)?. TOL9.977.245

- Supuesto de hecho: La pregunta es al respecto de la publicación de fotografías tomadas en local de ocio nocturno a las personas presentes al respecto de la publicación de las mismas en redes sociales sin contar con documento expreso de consentimiento para el mismo.  
¿Es posible la publicación de las mismas a los efectos de que los fotografiados puedan descargar las mismas desde un perfil de acceso público en redes sociales sin contravenir la obligación de consentimiento expreso de dicha publicación? TOL9.621.013
- Supuesto de hecho: El art. 189.2. del Código Penal castiga con pena de prisión de 5 a 9 años, las conductas relacionadas con la pornografía infantil, cuando, entre otras circunstancias, e) el material pornográfico fuere de notoria importancia. Al ser una agravante relativamente nueva, cuesta encontrar un criterio claro en la Jurisprudencia, entendiéndose por claro el que dé unas pautas acerca de cuando el material es de notoria importancia. Me interesa saber, cuando es de notoria importancia, a partir de qué número de archivos, fotos, videos, etc. Si existe un número a partir del cual pueda hablarse de notoria importancia, con la dificultad añadida de que los implicados en este tipo de asuntos (difusión, distribución....) suelen manejar bastantes archivos con las facilidades que brindan las distintas redes sociales y aplicaciones actuales, más allá de los tradicionales programas que se utilizaban hace unos años. Es muy importante tener unos criterios claros por la gravedad de las penas. TOL8.879.782
- Supuesto de hecho: Represento al padre de un menor de edad. Tienen custodia compartida y la madre ahora ha instado una modificación de medidas solicitando la custodia monoparental. Mi pregunta es si puedo utilizar como prueba documental, unos vídeos que la parte adversa (yo represento al progenitor del menor de edad) va colgando por las redes sociales mediante la red social TIC TOC, videos en los que salen la madre y el hijo, como prueba de que la madre está educando al hijo de forma inapropiada. La madre se dedica a hacer vídeos con el menor de edad común sin el consentimiento del padre del menor. Mi pregunta es si yo puedo utilizar esos vídeos como prueba en contra de la propia madre ante el juzgado de familia (en los videos salen la madre -contraria- y el hijo común menor de edad). TOL8.048.622

## **Doctrina.-**

**TOL9.421.835**

Título: Los Derechos de los Menores y las Redes Sociales

Coordinadores: Nieves Moralejo Imbernon

Título epígrafe: II. **El acceso de los menores a las redes sociales**

**TOL9.421.834**

Título: Los Derechos de los Menores y las Redes Sociales

Coordinadores: Nieves Moralejo Imbernon

Título epígrafe: III. **El derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor en las redes sociales**

**TOL9.421.833**

Título: Los Derechos de los Menores y las Redes Sociales

Coordinadores: Nieves Moralejo Imbernon

Título epígrafe: IV. **La protección de los datos personales del menor en las redes sociales**

**TOL8.451.635**

Título: **El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de derecho privado**

Autores: María Dolores Moreno Marín

Coordinadores: Blanca Martín Novo, Jonatan Cruz Ángeles, Dir. Manuel Paniagua Zurera, Manuel Novo Foncubierta

**TOL10.018.087**

Título: El delito de corrupción de menores (189.1.a) del Código Penal.

Cuestiones penales, procesales y criminológicas

Coordinadores: José Francisco Ortiz Navarro

Título epígrafe: **IV. Análisis de las conductas del art. 189.1 A) del Código Penal**

**TOL10.018.088**

Título: El delito de corrupción de menores (189.1.a) del Código Penal.

Cuestiones penales, procesales y criminológicas

Coordinadores: José Francisco Ortiz Navarro

Título epígrafe: III. **Cuestiones penales generales**

**BIBLIOTECA VIRTUAL. -**

-Fernández Hernández, A., & CUERDA ARNAU, M. L. (2016). Menores y Redes Sociales. Tirant Lo Blanch.

<https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491197812>

- Moralejo Imbernón, N. (2023). Los Derechos de los Menores y las Redes Sociales. Incluye Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo. Tirant lo Blanch.

<https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411305402>

- Sarrión Esteve, J., Pérez Miras, A., Durán Ruiz, F. J., Aguilar Calahorro, A., Navarro Ortega, A., Llorca Díez, Á., Ruiz del Olmo, F. J., Martínez-Cabeza Jiménez, J., Aránzazu San Ginés Ruiz, GARCÍA PRESAS, I., Sánchez Barrilao, J. F., Valentina Faggiani, Bombillar Sáenz, F. M., Ortega Pérez, N., José Borja Arjona Martín, Orza Linares, R. M., María Belén Martín Castro, Martínez-Rodrigo, E., & Bustos Díaz, J. (2018). Desafíos de la protección de menores en la sociedad digital. Tirant lo Blanch.

<https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788491697541>

- Mendoza Calderón, S. (2022). Criminalidad juvenil en la era digital. Tirant lo Blanch.

<https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413972183>

-Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red. María Luisa Cuerda Arnau, Antonio Fernández Hernández | Fecha : 06/2016

- García González, J. (2010). Ciberacoso : la tutela penal de la intimidad , la integridad y la libertad sexual en Internet. Tirant Lo Blanch.

<https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788499858081>

## **FORMULARIOS.-**

Autorización para el uso de derechos de imagen de un menor de edad. TOL9.996.084

Denuncia por delito de acoso sexual a menor de 16 años por medio de internet. TOL6.325.533

Denuncia verbal ante el juzgado de guardia por delito de acoso mediante internet de menores. TOL2.465.833



tirant

PRIME