FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

upna Universidad Pública de Navarra

Facultad de Ciencias Jurídicas Zientzia Juridikoen Fakultatea Nafarroako Unibertsitate Publikoa

ZIENTZIA JURIDIKOEN FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE MÁSTER / MASTER AMAIERAKO LANA

LA TUTELA DEL MENOR EN LAS REDES SOCIALES

JULEN ROS INDURÁIN

DIRECTORA/ZUZENDARIA
ELISABETTA MAZZILLI

PAMPLONA / IRUÑEA

22 de enero de 2021

Resumen:

Las redes sociales han irrumpido en nuestra sociedad como la principal fuente de comunicación y difusión de contenido. En este contexto, la relación, conexión y proximidad que sienten los menores con dichas plataformas es mayor que la de cualquier otro colectivo. A pesar de las múltiples oportunidades que presentan, la falta de madurez, de conciencia y de experiencia de aquellos hace que su actuación no se guíe por la prevención y prudencia que debería, provocando que su exposición a los riesgos y la probabilidad de que sus derechos se vean vulnerados aumenten considerablemente. Por ello, el Legislador debe ser capaz de ofrecer mecanismos de tutela civil y penal que tengan en cuenta la especificidad de la infancia y su marcada vulnerabilidad. Así se ha procurado, pero todavía queda adaptar el marco normativo tradicional a los problemas que la era digital plantea y cubrir las lagunas existentes.

Palabras clave:

Menores. Redes sociales. Protección. Personalidad. Datos.

Abstract**:**

Social networks have burst into our society as the main source of communication and dissemination of content. In this context, the relationship, connection and proximity that minors feel with these platforms is greater than that of any other collective. Despite the many opportunities they present, their lack of maturity, awareness and experience means that their actions are not guided by the prevention and prudence that they should, causing the increase of their exposure to risks and of the likelihood that their rights will be infringed. Therefore, the legislator must be able to offer civil and criminal protection mechanisms that take into account the specificity of childhood and their marked vulnerability. Efforts have been made, but it still remains to adapt the traditional regulatory framework to the challenges of the digital age and to fill the existing gaps.

Key words:

Minors. Social networks. Protection. Personality. Data.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN……..... 7

1. El fenómeno de las redes sociales en la era de los nativos digitales…… 8

1.1. Origen y evolución…… 8

1.2. Edad de acceso y uso de las redes sociales por los menores……... 11

2. La tutela de los derechos de la personalidad en las redes sociales..……... 19

2.1. Construcción jurídica y caracteres comunes……..... 19

2.2. El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor en las redes…… 22

2.2.1. Introducción…….. 22

2.2.2. Desarrollo conceptual desde una perspectiva jurisprudencial….. 24

2.2.3. Tutela jurídico-civil: buscando la hiperprotección en la Ley Orgánica 1/1982 y en la Ley Orgánica 1/1996……... 28

3. Protección jurídico-penal y el modelo de responsabilidad de los menores en la Ley Orgánica 5/2000……. 40

3.1. El incremento de la cibercriminalidad a raíz del desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación……... 40

3.2. Tipificación en el Código Penal de las conductas que mayor riesgo representan…….. 41

3.2.1 *Child grooming*…….. 41

3.2.2. Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos…… 44

3.2.3. Cláusula de exoneración del artículo 183 quater…….. 47

3.2.4. Análisis del apartado 7 del artículo 197…… 49

3.2.5. Sextorsión……. 51

3.2.6. *Cyberstalking*…… 52

3.2.7. Usurpación del estado civil ante la no previsión de la suplantación de identidad…… 55

3.2.8. *Cyberbullying*……... 57

3.3. Responsabilidad penal de los menores desde la prevención especial positiva……..... 58

4. Derecho a la protección de datos personales y derecho al olvido digital……... 62

4.1. Derecho a la protección de datos personales y regulación del consentimiento del menor para el tratamiento de los mismos en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la Ley Orgánica 3/2018…….. 62

4.2. Consagración del derecho al olvido para controlar la trazabilidad de la vida digital…….. 69

5. Conclusiones……... 76

6. Bibliografía…… 81

INTRODUCCIÓN:

El Siglo XXI se caracteriza por la omnipresencia de las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación en múltiples aspectos de la vida individual y colectiva, constituyendo un enorme cauce de desarrollo de la condición humana en todas sus esferas y provocando el advenimiento de lo que ha venido a llamarse "Sociedad de la Información". En efecto, son ellas, y en particular las redes sociales, que gozan de 29 millones de usuarios activos en España, las que nos han conducido a una verdadera revolución en el modo de comunicarnos y las que han reformulado el estado actual de las relaciones interpersonales.

En este contexto, la relación y conexión que sienten los menores con los múltiples dispositivos propios de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación es enorme, de forma que tienden a compartir en las redes sociales sus propias vivencias en forma de comentarios, vídeos, fotografías y datos personales de todo tipo y a interactuar con otros internautas en mayor cantidad que cualquier otra franja poblacional.

Sin embargo, como parten de una madurez, desarrollo y formación escasas, su desempeño en las plataformas sociales suele estar caracterizado por una peligrosa falta de cautela y de prevención, que provoca que sus datos queden expuestos y accesibles a terceros y que puedan sufrir tanto intromisiones ilegítimas en sus derechos a la personalidad como ataques a su libertad o indemnidad sexual, entre otros derechos. Ante esa falta de conciencia, la solución no puede pasar por restringirles el uso de las redes, sino por establecer y/o reforzar mecanismos de tutela civil y penal ante la producción de situaciones de riesgo o de comportamientos antijurídicos, garantizando su eficaz ejercicio. Así, siendo conscientes de que no es fácil proteger a personas carentes de experiencia y que no son capaces de medir las consecuencias de sus propios actos o de apreciar los efectos nocivos que puede provocar una herramienta de comunicación, en este trabajo analizaremos los instrumentos protectores que tiene dispuestos el ordenamiento jurídico, calibrando si son o no suficientes y si tienen en cuenta la especificidad de la infancia y su acentuada vulnerabilidad.

1- El fenómeno de las redes sociales en la era de los nativos digitales.

1.1. Origen y evolución.

Hace no mucho tiempo, utilizábamos el adjetivo postindustrial[1] para describir la sociedad en la que vivíamos. Hoy en día, sin embargo, ese calificativo se ha quedado obsoleto y la expresión más ajustada para contextualizar las nuevas relaciones contemporáneas surgidas debido a los avances tecnológicos y a los múltiples cambios culturales que se han ido produciendo como consecuencia de los mismos es la de la "Sociedad de la Información". Y es que, si algo distingue al Siglo XXI y muy especialmente a esta última década no es solo el ingente volumen de datos que se produce y circula de forma masiva, sino también la posibilidad de acceder a ellos y de utilizarlos para generar nuevo contenido, con todos los beneficios y riesgos que ello implica. Sin duda, entre los factores que deben destacarse como propiciadores de la llegada de esta nueva era están las tecnologías de las comunicaciones y la informática, que demuestran su importancia como agentes del estado actual de las relaciones sociales y como origen de las nuevas transformaciones que seguirán afectando al modelo de convivencia.

Internet es uno de esos espacios que de un modo vertiginoso se está extendiendo constantemente siguiendo pautas de progresión geométrica. Supone un medio comunicativo multidireccional abierto a todo tipo de inquietudes y contenidos y posibilita la existencia, gracias a la difusión de la informática en general y de los ordenadores personales en particular, de las llamadas "autopistas de la información"[2]. En este sentido, es un medio en sí mismo que se traduce en cultura, aprendizaje, información, ocio, libertad, comercio y nuevos sistemas de comunicación al servicio de la mayoría[3].

---

[1] A título ejemplificativo, BELL, D. en "*The coming of the Post-Industrial Society"*. Recogido por GUZMÁN MARTÍNEZ, G., *Sociedad Postindustrial: su historia y características*, disponible en psicologiaymente.com/cultura/sociedad-postindustrial.

[2] MURILLO DE LA CUEVA, P.L. "Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del Proceso", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 37, nº 109, enero – abril 2014, disponible en scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000100003.

[3] De quien pertenece al primer mundo o a una sociedad desarrollada, fundamentalmente urbana, donde el nivel de bienestar, evolución tecnológica y progreso se acentúa con mayor intensidad que en de aquellos países no desarrollados o del tercer mundo.

Por contextualizar, los menores de nuestra sociedad aprenden antes a usar un ordenador que a atarse los cordones o a andar en bicicleta. Tanto es así, que según un estudio realizado por AVG Internet *Security*[4], el 25% de los niños entre dos y cinco años es capaz de abrir y utilizar un navegador web sin la supervisión de un adulto, mientras que otro 20%, pese a que necesita ayuda para hacerlo por primera vez, una vez lo hace es capaz de navegar sin ningún tipo de ayuda. No cabe duda, pues, de que, empezando por los más pequeños, estamos consolidando una estructura social basada en la sociedad red, donde los cambios que contemplamos se producen a una velocidad cada vez más acelerada y el impacto tecnológico es de tal intensidad que condiciona y afecta directa y decisivamente a nuestros modos de vida, a las relaciones humanas y a las coordenadas en las que nos movemos.

Ante este avance del mundo *on line*, era evidente que antes o después iban a surgir plataformas en las que compartir textos, vídeos, fotografías y datos personales con todo tipo de fines. De este modo, a pesar de que ya en 1971 se produjera el primer intercambio de mails entre dos ordenadores[5] y de que en 1978 se popularizaran los software llamados *Bulletin Board Systems*[6], que permitían a los usuarios conectarse a través de líneas telefónicas con otros participantes para consultar cuestiones de diversa índole[7], el surgimiento de las redes sociales, no su éxito, llegó en el año 1994, cuando David Bohnett y John Rezner fundaron GeoCities con la intención de que sus usuarios creasen sus propias páginas web para posteriormente organizarlas según diferentes contenidos y temáticas; se trataba, por lo tanto, de un servicio de alojamiento de páginas web que permitía la interactuación interpersonal a través de chats, foros y semejantes[8].

A partir de ese momento, el crecimiento de las propias redes y de su número de internautas ha sido imparable hasta llegar a los 3.805 millones de usuarios en todo el

---

[4] Publicado por Business Wire y consultado en europapress.es/protaltic/sector/noticia-ninos-aprenden-antes-usar-smartphone-atarse-cordones-20110121133833.html.

[5] Idea altruista de Ray Tomlinson. FRÍAS BARROSO, Z., SERRANO CALLE, S., MARTÍN NÚÑEZ, J.L., GONZÁLEZ VALDERRAMA, C. y PÉREZ MARTÍNEZ, J. "Evolución del ecosistema Internet. Periodos en la transformación de la red de redes", en PÉREZ MARTÍNEZ, J., FRÍAS BARROSO, Z. y URUEÑA LÓPEZ, A. (Edi.), *La evolución de Internet en España: del Tesys a la economía digital*, Edita Red.es., pág. 17. Disponible en https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/50%20A%C3%B1os%20de%20la%20Red%20de%20Redes.pdf.

[6] En castellano, Sistema de Tablón de Anuncios.

[7] Consultado en testdevelocidad.es/2017/04/10/bulletin-board-system-bbs/.

[8] Consultado en mundodiario.com/articulo/sociedad/geocities-facebook-evolucion-redes-sociales/20160719144150063481.html y ecured.cu/GeoCities.

mundo a fecha 25 de septiembre de 2020[9], lo que supone un aumento de más del 9% con respecto al año anterior y un 83% respecto a hace cinco años, cuando la cifra era de 2.078 millones. En España somos ya 29 millones los que las usamos de forma activa, siendo que lo hacemos predominantemente para usos sociales.

Pero, ¿tenemos un concepto jurídico de lo que significan e implican realmente las redes sociales? Sí, y para explicarlo debemos acudir al artículo 29 de la ya derogada Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[10], que crea el denominado Grupo de Trabajo 29, de carácter consultivo e independiente y compuesto por autoridades en protección de datos designadas por cada Estado miembro, por un representante de la autoridad o autoridades creadas por las instituciones y organismos comunitarios[11] y por un representante de la Comisión Europea[12]. Dicho Grupo, que desde la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/670 ha sido sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos[13], fue quién en su Dictamen 5/2009[14] definió las redes sociales como "plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes", calificándolas, por lo tanto, como servicios de la sociedad de la información[15].

[9] Consultado en epdata.es/datos/usuarios-redes-sociales-espana-estudio-iab/382.
[10] Diario Oficial nº L 281 de 23/11/1995 p. 0031 – 0050. Disponible en eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN.
[11] El llamado Supervisor Europeo de Protección de Datos se encarga de velar porque las instituciones y organismos de la Unión Europea respeten la intimidad de los ciudadanos en el tratamiento de sus datos personales. Información sobre el mismo disponible en europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-data-protection-supervisor_es y edps.europa.eu/edps-homepage_en?lang=es.
[12] Realiza funciones de secretariado.
[13] Artículo 94 del Reglamento (UE) 2016/670, 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).
[14] Disponible en apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf.
[15] Según el artículo 1 de la Directiva 2015/1535, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, se entiende por servicio de la sociedad de la información todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia – servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente –, por vía electrónica – servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético – y a petición individual de un destinatario de servicios – un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual –.

En este sentido, el propio grupo hizo hincapié en que los servicios de redes sociales comparten tres características comunes: la primera, que los usuarios deben proporcionar datos personales para generar su perfil personal; la segunda, que las redes proporcionan herramientas para que los usuarios puedan poner su propio contenido en línea; y la tercera, que funcionan gracias a la utilización de herramientas que proporcionan una lista de contactos para que cada usuario pueda interactuar con sus propios "amigos".

1.2. Edad de acceso y uso de las redes sociales por los menores.

Internet en general y las redes sociales en particular han irrumpido en nuestra sociedad como el medio más poderoso de socialización, en tanto que, como venimos expresando, constituye un instrumento consultivo, educativo, formativo y de ocio y entretenimiento con el que dotar de plena efectividad la libertad de expresión y el derecho a la comunicación. Así, además de para el intercambio de información, opiniones y experiencias, la red ha de verse como una oportunidad para el desarrollo económico y social y como una herramienta clave para la defensa de los derechos humanos en condiciones de igualdad y equidad[16].

Sin embargo, la relación, proximidad y conexión que sienten los menores con las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y más concretamente con las redes sociales, es radicalmente distinta a la que perciben los adultos por diversas razones. La primera a destacar es que los menores asumen las redes como algo innato, han crecido con ellas y su adaptación a los nuevos dispositivos es tremendamente ágil debido a la facilidad que tienen en asimilar el manejo del medio. Así, tienen una habilidad primorosa en todo lo atinente al lenguaje y al entorno digital, siendo que las herramientas tecnológicas ocupan un lugar central en sus vidas y dependen de ellas para todo tipo de cuestiones cotidianas; para relacionarse, sí, pero también para estudiar[17], informarse o divertirse.

[16] El día 6 de febrero de 2004 UNICEF celebró el Día Internacional para una Internet Segura y su oficina española presentó un amplio decálogo de derechos de los niños en internet. Disponible en ciberderechos-infancia.net/e-derechos-unicef.html.

[17] Estos alumnos, que funcionan mejor y rinden más cuando trabajan en Red, están mucho más predispuestos a utilizar la tecnología en actividades de estudios y aprendizaje que lo que los centros y procesos educativos tradicionales les pueden ofrecer. Así, se plantea una brecha digital y generacional que implica que los docentes, que saben menos de tecnología que sus propios estudiantes, están empleando una "lengua" obsoleta para instruir a una generación que controla perfectamente dicha lengua.

De este modo, no haber conocido una era sin tener una conexión constante con el resto del mundo y desconocer como era la vida relacional sin Internet fue lo que llevó al experto educador Marc Presnky[18] a acuñar el término de "nativos digitales" para describirles en contraposición a los que denominó "inmigrantes digitales", en referencia a aquellas personas de mediana edad que se han visto obligadas a adaptarse a la tecnología en una sociedad tecnificada, que han vivido y participado en dos realidades diferentes, la comunicación tradicional y la moderna, y que precisan de mayor reflexión para la toma de decisiones[19].

La segunda de las razones es la tendencia natural de los menores a compartir información sobre su propia vida, frente a la conducta opuesta de los adultos a preservarla. Ello supone que, pese a tener ciertas nociones básicas de seguridad y ser conocedores, al menos en parte, de los peligros de la red, descuiden ciertos aspectos y que, en ocasiones, minimicen las consecuencias de los efectos nocivos que las redes sociales pueden representar. En este sentido, no podemos olvidar que su falta de experiencia en los distintos órdenes de la vida hace que su capacidad de evaluación y de reacción crítica no sea total, porque una cosa es navegar y otra muy distinta estar formado para protegerse y hacer un uso adecuado de las tecnologías.

Consecuentemente, resulta comprensible el alto grado de preocupación de los padres en relación con el uso que sus hijos hacen de Internet y de las redes sociales, donde suben fotos, vídeos o información, comparten sus vivencias e interactúan públicamente con otros internautas, quedando dichos datos expuestos y accesibles a cualquier usuario, con el riesgo que, tal y como veremos en el apartado correspondiente, eso conlleva en personas que se han acostumbrado a vivir dentro de las propias plataformas debido a la veloz e ininterrumpida difusión de la tecnología digital, y máxime cuando según un estudio realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación sobre hábitos seguros en el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres tan solo el 14,9% de los padres encuestados y

[18] A este respecto, PRENSKY, M. *Digital Natives, Digital Immigrants*. Traducción de la Institución Educativa SEK. Disponible en https://marcprensky.com/writing/Prensky-NATIVOS%20E%20INMIGRANTES%20DIGITALES%20(SEK).pdf.

[19] Los jóvenes suelen querer resultados inmediatos y como las opciones son ilimitadas, si el tema no les interesa pasan de página.

el 15,7% de los propios hijos manifestaron haber navegado siempre o casi siempre acompañados por un adulto[20].

Por lo tanto, llegados a este punto la pregunta es clara: ¿Con qué edad acceden los menores a las redes sociales? Y es que, teniendo en cuenta que la experiencia a esas edades sí que supone un grado, resulta fundamental analizar la edad prevista por la normativa europea y estatal, ver la establecida por algunas redes sociales, estudiar si realmente se cumple y trabajar en soluciones si no es así.

De esta forma, comenzaremos con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, que en el apartado 1 de su artículo 8, relativo a las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, manifiesta que "cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó". Además, habilita a los estados miembros a "establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años".

Precisamente, haciendo uso de la autorización otorgada por el Parlamento Europeo y el Consejo a los Estados Miembros, en España la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, fijó en el apartado 1 de su artículo 7, relativo al consentimiento de los menores de edad, que "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" y en su apartado 2 que "el tratamiento de los datos de los menores de

[20] El análisis cuantitativo contempló la aplicación de 1.250 encuestas, 625 a menores de entre 10 y 16 años, y 625 a uno de sus tutores legales: padre o madre. En concreto, los datos mencionados vienen recogidos en la página 38 del estudio. Disponible en faros.hsjdbcn.org/sites/default/files/298.1-estudio_habitos_seguros_menores_y_econfianza_padres_versionfinal_accesible.pdf.

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".

Pasando a un plano más práctico, vemos como reparando en algunas de las redes más utilizadas por los menores, en España Instagram[21], Snapchat[22] y Twitter[23] requieren que los usuarios tengan una edad mínima de 13 años para crear una cuenta, Facebook[24] y YouTube[25] 14 y WhatsApp 16[26]. Decimos en España porque dependiendo de en qué jurisdicción nos encontremos este número podrá variar y ser superior, pero, en cualquier caso, creemos que todas las redes deben actualizar sus términos y condiciones de uso y cumplir con la normativa vigente en cada territorio, de forma que en España la edad mínima para acceder a todas ellas debería ser de 14 años y no de 13, como sucede en algunas.

Sin embargo, está más que comprobado que el requisito de la edad no siempre se cumple. Más allá de entrar en cifras como que un 47% de los menores españoles abre su primer perfil en redes sociales antes de los 14 años[27] o que el 71% de los menores, o sea, de 6 a 9 años, y el 88% de los adolescentes, de 10 a 18, sean usuarios de internet[28], debemos preguntarnos por qué se permite que el único obstáculo con el que se encuentra una persona que, no cumpliendo con la edad mínima, pretenda registrarse en una red social sea tener que calcular una fecha de nacimiento anterior a la suya que supere la edad exigida por la plataforma. Si se hace eso y se introduce un nombre, un apellido, una dirección de correo electrónico y una contraseña, el menor pasará automáticamente, sin

---

[21] Consultado en es-la.facebook.com/help/instagram/478745558852511.

[22] Consultado en commonsensemedia.org/español/blog/guía-para-padres-sobre-snapchat#edad.

[23] Consultado en trecebits.com/2019/05/15/twitter-lockout/.

[24] En algunas jurisdicciones, la red social indica que el límite de edad puede ser superior. Consultado en es.es.facebook.com/help/157793540954833.

[25] Consultado en is4k.es/blog/cambios-recientes-en-los-terminos-de-youtube#:-:text=¿A%20qué%20edad%20se%20puede,puede%20iniciar%20sesión%20en%20YouTube.

[26] Consultado en faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/mínimum-age-to-use-whatsapp/?lang=es.

[27] Consultado en marketingdirecto.com/digital-general/social-media-marketing/un-47-de-los-menores-espanoles-abre-su-primer-perfil-en-redes-sociales-antes-de-los-14-anos.

[28] Consultado en lavozdegalicia.es/noticia/tecnología/2009/11/23/mayoría-ninos-adolescentes-espanoles-navegan-solos-internet/00031258982628556510250.htm#:-:text=El%20estudio%20pone%20también%20de,se%20sitúa%20en%20el%2088%25.

esfuerzo ni dificultad, a ser usuario de la red en cuestión sin que exista ningún tipo de control.

Por lo tanto, vemos como el problema no es la edad – trece, catorce o dieciséis –, sino la manera de verificar que el usuario que se registra tiene la edad que afirma tener. Antes de nada, hay que tener claro que de acuerdo con el artículo 8.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, "el responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible", de forma que nuestras principales recomendaciones deben dirigirse al responsable del servicio, que es en quien recae el deber de verificar la edad.

Dicho esto, ¿cómo comprobar la edad de los nuevos usuarios? Sin duda, pensamos que la solución más eficaz sería que el uso del E-Identity Document o del DNI electrónico se generalizase. No obstante, al ser una herramienta que todavía no está arraigada a nuestra sociedad y mucho menos a nuestros menores y adolescentes, consideramos que una alternativa temporal interesante podría ser la empleada en su día por la red social Tuenti, quien en su afán de depurar todos aquellos perfiles de menores de 14 años, presentó en la Agencia Española de Protección de Datos un proceso consistente en enviar solicitudes a personas sospechosas de no cumplir con el requisito de la edad para que aportaran una fotocopia de su Documento Nacional de Identidad o pasaporte en un plazo inferior a 92 horas, en las que se advertía que en caso de no recibir una respuesta, el perfil sería borrado. El resultado no pudo ser más concluyente, en tanto que en un porcentaje superior al 90%, los menores sospechosos no aportaron la documentación solicitada y su perfil fue inmediatamente eliminado[29].

Así pues, creemos que esta iniciativa podría ser perfectamente extrapolable al resto de plataformas sociales con el único fin de garantizar la protección jurídica y personal de aquellas personas más vulnerables, reforzándose de este modo los sistemas de verificación y comprobación de forma notable. Paralelamente, también podrían ser soluciones efectivas el uso de certificados reconocidos de firma electrónica, por un lado,

[29] Consultado en europapress.es/epsocial/rsc/noticia-rsc-tuenti-presenta-aepd-medidas-adoptadas-elimiar-red-social-menores-14-anos-20090706185302.html.

o el de aplicaciones que detectasen el tipo de sitio web visitado y los servicios más demandados con el fin de delimitar de forma aproximada la edad del usuario, por otro.

En cualquier caso, más allá de las medidas comentadas, es importante también que los progenitores, que tienen la obligación de velar por sus hijos ex artículo 154.3.1º del Código Civil, ejerzan sus labores de asistencia y mediación activa y pasivamente. En relación con ello, los tribunales[30] se han venido pronunciando sobre su posible colisión con el derecho a la intimidad de los menores, consagrado en el artículo 4.1 de la Ley de Protección del Menor 1/1996, de 15 de enero y en relación con el cual el artículo 4.5 del mismo texto legal dispone que "los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros", concluyendo que, en tanto estamos hablando de sus propios progenitores y no de cualquier otro particular, no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control, puesto que su inhibición contrariaría los deberes que le asigna la legislación civil. Siempre desde y hacia el interés superior del menor.

Por lo tanto, se entiende que, conforme a las circunstancias del supuesto, están obligados a actuar si ven comportamientos extraños o irregulares, y tanto es así, que en el año 2010 el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Las Palmas condenó al padre de un menor que publicó en la red social Tuenti una foto ofensiva de una niña grancanaria a indemnizar a ésta con 5.000 euros al considerar que no había dado a su hijo una educación orientada al correcto uso de las nuevas tecnologías ni le había prevenido en el uso inadecuado de las mismas[31]. En definitiva, por haber omitido los deberes de vigilancia y control de su hijo. Poniendo el acento en la función tuitiva de quien es titular de la patria potestad, también el Tribunal Supremo en su Sentencia 864/2015, de 10 de diciembre, recogió que no se había vulnerado el derecho a la intimidad de una hija al acceder a la cuenta abierta por ella en una red social sin contar con su consentimiento ante signos

[30] Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre, en su Fundamento Jurídico Quinto. Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/910ca00c9b21791c/20160219.

[31] Disponible en canarias7.es/hemeroteca/condenan_al_padre_por_lo_que_colgo_el_hijo_en_y-8216-tuentiy-8217-_-GVCSN190611?ref=https%3A%2F%2Fwww.canarias7.es%2Fhemeroteca%2Fcondenan_al_padre_por_lo_que_colgo_el_hijo_en_y-8216-tuentiy-8217-_-GVCSN190611.

claros de que pudiera estar siendo víctima de una actividad delictiva no agotada, sino viva.

Además, a las propias redes sociales y plataformas colaborativas también deben dirigirse una serie de propuestas y recomendaciones. Para ello, siguiendo las propuestas realizadas por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación[32], consideramos que los servicios deben adecuarse a la normativa europea y nacional para, conociendo las implicaciones jurídico-tecnológicas de determinadas prácticas, acercarse a la protección de sus usuarios aumentando también el grado de concienciación respecto de la necesidad de incrementar las medidas de seguridad por parte de los mismos.

De cara a conseguirlo, es fundamental aumentar el grado de transparencia y la facilidad de acceso a las condiciones del servicio[33], exponiéndose la información relativa a los derechos y obligaciones de cada usuario en un lenguaje claro y comprensible, incluyendo la información relativa al destino de sus datos personales y de la información publicada en el perfil y sin realizar alteraciones transcendentes en las políticas de privacidad y las condiciones de usos, salvo en casos necesarios en los que deberá mediar siempre una previa comunicación a los interesados para ofrecerles la posibilidad de darse de baja del servicio. En este punto, pensamos que deben desarrollarse espacios dentro de la web dedicados a ofrecer a los usuarios información relativa a las medidas de seguridad, combinándose los mismos con la puesta en marcha de acciones de sensibilización y la realización de programas de formación[34] y concienciación entre los menores en colaboración con las autoridades públicas y las instituciones escolares.

Bajo esa misma premisa de bienestar y seguridad, debe también garantizarse a los usuarios el control absoluto del tratamiento de sus datos e información publicada en la red poniendo a su entera disposición aquellas herramientas tecnológicas disponibles que vayan encaminadas a hacer efectivos sus derechos de forma automática, sencilla y rápida.

---

[32] En su informe "Estudio sobre la privacidad de los datos y la seguridad de la información en las redes sociales online". Disponible en uv.es/limprot/boletin9/inteco.pdf.

[33] Sería interesante que las redes sociales destacasen en sus páginas un apartado que, ofreciendo acceso directo desde la página principal, se dirigiese a informar a los usuarios cuáles son las condiciones del servicio y los efectos que cada acción realizada dentro de la propia plataforma conlleva a través de preguntas frecuentes o de contenidos multimedia.

[34] Entre ellos se deberían incluir los que fueran exclusivamente dirigidos a incrementar el nivel de conocimiento de las medidas no conocidas y el nivel de utilización de las medidas conocidas pero no implementadas todavía.

Pasando a un plano más práctico, se tiene que poder limitar la posibilidad de etiquetado dentro de la red[35] y retirar contenidos en los que aparezca algún dato o información personal suya, implementándose además sistemas de denuncias eficaces y eficientes que les permitan bloquear el acceso a sus contenidos por parte de cualquier otro usuario de la red o denunciar el contenido de terceras personas cuando no se adapte a las condiciones del servicio[36].

Qué decir tiene también la importancia de asegurar la seguridad tecnológica de las plataformas, puesto que basándose estos servicios en grandes bases de datos que contienen todo tipo de datos personales de los usuarios que las utilizan, es esencial que la red sea segura frente a eventuales ataques de terceros o, como mínimo, reduzca la posibilidad de éxito de estos. De la misma forma, y es algo que cada vez se va extendiendo más, se tienen que integrar sistemas que detecten el nivel de seguridad de las contraseñas elegidas por los usuarios en el momento de registro[37], indicándole su grado de seguridad y el mínimo exigible.

Por último, a las Administraciones Públicas, aparte de reclamarles la puesta en marcha de campañas de concienciación sobre los riesgos de la difusión de datos personales en las redes sociales y la llevanza de programas formativos y difusores en los que se aborden desde el punto de vista práctico aspectos tecnológicos, jurídicos y sociológicos relativos a la seguridad, también debe pedírseles, como garantes que son de los derechos de los usuarios de Internet, que, desde la neutralidad tecnológica[38], ofrezcan una interpretación clara de la normativa vigente y que promuevan la elaboración de informes y dictámenes periódicos en los que actualicen el estado de la Sociedad de la Información y de los servicios de Internet.

[35] Es decir, cualquier persona etiquetada con su nombre debe poder automáticamente aceptar o rechazar la solicitud, en cuyo caso se impediría la publicación y tratamiento de datos no autorizados.
[36] Puede ser por diversas razones entre las que se encuentran incitación al odio, cometer abusos o ser perjudicial, ser sospechoso o spam, expresar intenciones de suicidio o autolesiones, acoso, violencia, ventas no autorizadas o ser un contenido protegido por derechos de autor que están siendo utilizados o publicados sin su autorización.
[37] Los menores de edad pueden tender a contraseñas más simples y fáciles de memorizar, por lo que en este sector es más importante que en ningún otro.
[38] Los aspectos regulados deben cubrir las diferentes situaciones particulares que se produzcan con independencia de las características tecnológicas con las que se cuente.

2. La tutela de los derechos de la personalidad en las redes sociales.

2.1. Construcción jurídica y caracteres comunes.

Para el Derecho, la persona no es exclusivamente el titular de derechos y obligaciones o el sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas, sino que debe ser contemplada también como sujeto de especial protección en todo aquello que apareje el desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento. O dicho de otra forma, el reconocimiento de la personalidad a todo ser humano debe llevar necesariamente consigo la protección de los valores o bienes de la persona de carácter más inmediato y esencial.

Debido a la insuficiente protección que brindaban el Derecho Penal y el Derecho Constitucional frente a agresiones no suficientemente graves como para provocar la respuesta de la jurisdicción penal, o procedentes de sujetos respecto de los cuales la respuesta constitucional no es por completo efectiva, desde la segunda mitad del Siglo XIX y sobre todo a partir del XX el Derecho Civil se incorporó a la más inmediata defensa del ser humano a través de los llamados derechos de la personalidad[39]. En efecto, los derechos de la personalidad, que vienen siendo titularidades jurídicas cuya clara referencia es, valga la redundancia, la personalidad misma, pueden definirse como derechos subjetivos derivados de la naturaleza humana y de la dignidad inherente a la persona, dirigidos a proteger la esfera más inmediatamente personal del ser humano, tanto en su vertiente física (derechos a la vida y a la integridad física), como espiritual (derechos al honor, a la intimidad y a la imagen).[40]

La nota más distintiva de los derechos de la personalidad es precisamente esa vinculación a la esfera más personal del ser humano, es decir, están ligados a la esencia misma del individuo al contemplar todas y cada una de sus facetas. Partiendo de esa consideración, la Doctrina ha reflejado los caracteres comunes a estos derechos. En primer lugar, y siguiendo el camino marcado por el artículo 10 de la Constitución

[39] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Lecciones de Derecho Civil: Parte General y Derecho de la Persona*. Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010, págs. 189 y 190.
[40] SILLERO CROVETTO, B. "El sujeto de derecho: La persona física", en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Manual Básico de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 53.

Española[41], su inherencia al ser humano[42], su adquisición por el mero hecho de existir y su inseparabilidad de la persona a la que pertenecen, lo que conlleva a su vez que estemos ante derechos innatos, originarios, no transmisibles, inexpropiables, inembargables, imprescriptibles[43] y respecto de los cuales no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria[44].

Además, cabría subrayar que, aunque no son ilimitados[45], son derechos absolutos, oponibles frente a particulares o poderes públicos indistintamente. También son derechos extrapatrimoniales, en tanto los bienes protegidos son esencialmente personales y carecen per sé de contenido patrimonial, aunque ello no impida que uno de los mecanismos más característicos de reacción frente a la vulneración de estos derechos desde el punto de vista civil sea la reclamación por parte del titular lesionado de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio causado. Por último, son derechos indisponibles e irrenunciables. Es decir, el titular del bien jurídico protegido no puede disponer por completo del mismo ni desde el punto de vista jurídico ni para transmitirlo globalmente a otra persona ni para extinguirlo por medio de renuncia.

Avanzando hacia la clasificación que queremos realizar, lo cierto es que es cuestión doctrinalmente discutida cuáles son los concretos derechos de la personalidad. Y es que, siendo plenamente conscientes que podemos estar pecando de exceso o defecto porque el área de la personalidad de la persona evoluciona constantemente y la historia nos ha demostrado que su consideración ha sido gradual debido a la realidad cambiante de cada momento, ¿qué derechos de la personalidad hay?, ¿cuáles son a su vez derechos fundamentales? Pues bien, los derechos de la personalidad previstos en nuestro texto

---

[41] La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son *inherentes*, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social.

[42] Como menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1998, de 2 de diciembre, son derechos *"personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo"*.

[43] La falta de ejercicio no conlleva su extinción.

[44] Prevista en el artículo 1111 del Código Civil, "*los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona*".

[45] En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 1120/2008, de 19 de noviembre, recuerda que *"la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, ofrece una garantía de los derechos fundamentales a los que se refiere, partiendo de la base de que, como todos los derechos de la persona, no tienen un contenido ilimitado, sino que su colisión con otros derechos, como el de la información o el de la libertad de expresión, debe ser tratada caso por caso, atendiendo a la adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en juego"*.

constitucional son los siguientes: Derecho a la vida y a la integridad física y moral[46]; Derecho a la libertad ideológica y religiosa[47]; Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen[48]; Derecho a la protección de datos de carácter personal[49]; Derecho a la libertad de expresión e información[50]; Derecho de reunión[51]; Derecho de asociación[52]; Derecho de participación[53]; Derecho a la identidad o al nombre[5455].

Dicho lo cual, debemos ser capaces de trasladar los derechos de la personalidad a sede de Derecho de menores, puesto que su reconocimiento como sujetos de pleno derecho los hace titulares de los mismos. En este sentido, es reseñable el artículo 162 del Código Civil, que expresa que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados", exceptuándose "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo". Por lo tanto, estamos ante una excepción que queda notablemente marcada por el carácter personalísimo de los derechos de la personalidad, cuyos caracteres y cualidades provocan que únicamente sus titulares puedan ejercerlos y solo cuando los menores no tengan capacidad o madurez suficiente serán los responsables parentales quienes asuman tal decisión como consecuencia del deber de cuidado que entronca la patria potestad[56]. En cualquier caso, vemos como no hay una remisión a otro precepto que defina estos derechos y/o que presente una relación de los mismos, de forma que no habiéndose producido el tratamiento de estos derechos en textos civilistas, nos remitimos a lo dicho en párrafos anteriores.

[46] Artículo 15 de la Constitución Española.
[47] Artículo 16 de la Constitución Española.
[48] Artículo 18.1 de la Constitución Española.
[49] Artículo 18.4 de la Constitución Española-
[50] Artículo 20.1 de la Constitución Española.
[51] Artículo 21 de la Constitución Española.
[52] Artículo 22 de la Constitución Española.
[53] Artículo 23 de la Constitución Española.
[54] Único de los mencionados que no está consagrado en nuestro texto constitucional.
[55] Esta enumeración no significa que estemos ante un *numerus clausus* de derechos de la personalidad, sino que, apoyándonos en la vía hermenéutica dispuesta en el artículo 10 de la Constitución Española, y en el hecho de que el propio reconocimiento jurídico de los derechos de la personalidad exige formulaciones abiertas, debemos dejar patente su naturaleza de *numerus apertus*.
[56] Pese al reconocimiento que hace el Código Civil de que los menores no emancipados pueden ejercer sus derechos personalísimos, la norma prevé que los padres puedan intervenir en este ejercicio en virtud de "sus deberes de cuidado y asistencia", de forma que podrían tomar parte frente a una intromisión consentida por el menor en materia de sus derechos al honor, intimidad y propia imagen.

No obstante, merece la pena comentar que todos los derechos de la personalidad que hemos mencionado hasta ahora sí que vienen perfectamente contemplados en un instrumento tan importante para los menores como es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de septiembre de 1989 y que en España entró en vigor el 5 de enero de 1991[57]. Como se recoge en su introducción, los derechos de la infancia están plenamente estipulados en esta Convención, que además de reconocer que los seres humanos menores de 18 años son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, refuerza el reconocimiento de la dignidad humana fundamental de la infancia así como la necesidad de garantizar su protección y desarrollo[58].

A partir de aquí, en el siguiente apartado desarrollaremos aquellos derechos que, viniendo referidos a la esfera espiritual de los derechos de la personalidad, es más probable que sean vulnerados en el uso que los menores hagan de las redes sociales.

2.2. El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor en las redes sociales.

2.2.1. Introducción.

Hablábamos en el primer capítulo que llevamos años consolidando una sociedad red o una sociedad tecnológica, donde las redes promueven las relaciones sociales al permitir a los individuos generar perfiles personales en una aplicación online, compartir sus datos con otras personas y hacer pública esa información. Sin embargo, no puede obviarse tampoco que aparte de las ventajas que nos ofrecen estas herramientas, su interacción masiva nos está situando en mayor o menor medida en la sociedad del riesgo, por cuanto que pueden entrañar múltiples situaciones que no siempre están bajo control, entre las que cobran una especial relevancia la posibilidad de conculcación de los

[57] Disponible en boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312.

[58] Los artículos en los que vienen establecidos los derechos de la personalidad son el 6, el 7, el 8, el 12, el 13, el 14, el 16, el 15 y el 17. En este texto, a diferencia de en la Constitución, si que viene recogido el derecho de identidad: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre", "los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

derechos a la privacidad de los menores, esto es, del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen[59], bien individualmente considerados o bien de forma conjunta, siendo que este riesgo se multiplica entre ese sector joven y adolescente por responder a un perfil de usuario indiscriminado y que es menos consciente y maduro para advertir los peligros que le rodean y responder ante ellos.

En consecuencia, debe quedar claro que no todos los impactos y consecuencias que se producen del uso de Internet y de las redes sociales son positivos, pues la tecnología, al tiempo que da seguridad a algunos, produce inseguridad a muchos más. Y es que, estas plataformas, constituyéndose a una velocidad vertiginosa en lugares de comunicación multidireccionales abiertos a todos, han provocado la desaparición de casi todas las barreras físicas y temporales que impedían o dificultaban el acceso por terceros al conocimiento de la vida ajena y el nacimiento de medios para captar, almacenar, elaborar y transmitir datos, que hacen posible la intromisión ilegítima o no consentida en la vida privada de los individuos y el acopio de todo tipo de información relativa a una persona y su utilización sin el consentimiento ni control de la misma. A este respecto, pensamos que la privacidad está cada vez más expuesta y que en ocasiones ni siquiera se exige un comportamiento intencionado por parte del usuario para hacerlo, sino que el rastro que va dejando al moverse por la red en tiempo real subiendo fotografías, vídeos, opiniones o "me gustas" pueden resultar muy reveladores para terceros que quieran obtener datos relativos a la vida privada, gustos o preferencias de niños, adolescentes y adultos. En este sentido, resulta destacable que casi 1 de cada 10 usuarios, el 9,1%, al buscar su nombre en Internet encuentra fotografías o vídeos etiquetados con su nombre[60].

De lo expuesto, es lógico que surja el debate sobre la privacidad e Internet y que exista una honda preocupación a nivel global sobre el uso que los menores hacen de las redes sociales. Frente a aquellas opiniones que se inclinan por limitar el uso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación a este sector, nosotros, aparte de lo comentado en el primer capítulo, pensamos en poner a disposición de los usuarios herramientas jurídicas para la protección de su propia privacidad, máxime siendo una

[59] También a la protección de los datos personales, que lo trataremos en otro apartado.
[60] GIL ANTÓN, A., en el Proyecto de Investigación "Promoción del aprendizaje ético-cívico en Internet. Política, familia y escuela", financiado por el "II Plan Propio de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Universidad Internacional de La Rioja", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 36/2014, parte Cuestiones. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

franja de edad especialmente sensible que requiere unas garantías alternativas y reforzadas que le protejan frente a los riesgos.

No obstante, pese al diagnóstico claro de que no se puede aspirar a la seguridad si no es a través de un servicio respetuoso con la privacidad de sus usuarios, la realidad es que el mundo online ni está ni puede estar totalmente reglado porque avanza a una velocidad notablemente superior a la del ordenamiento jurídico. Aun así, hoy en día el ciudadano medio no es consciente todavía de los mecanismos que otorga el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales vulnerados en la Red, y el usuario, sobre todo si es menor, desconoce hasta qué punto proporciona datos personales de todo tipo.

2.2.2. Desarrollo conceptual desde una perspectiva jurisprudencial.

Como venimos comentando, el origen y el fundamento de estos derechos se halla en el artículo 10 de la Constitución Española por ser garantes del pilar básico sobre el que se asienta todo ordenamiento social como es la dignidad humana, mientras que su concreta regulación se ubica en el artículo 18 del mismo texto legal. Pese a que no vienen definidos o conceptuados por la Carta Magna, podemos decir que, estando diferenciados en sus propios contenidos esenciales, estos derechos de la personalidad no constituyen un derecho tricéfalo, sino que son autónomos y gozan de independencia, de forma que ni conforman un solo derecho con varios aspectos, es decir, un *ius in se ipsum*[61], ni puede ninguno de ellos quedar subsumido en los demás.

Así pues, debido al carácter declarativo de los principios que informan el Estado social y democrático de Derecho, su contenido programático ha sido desarrollado mediante leyes orgánicas que van concretando los distintos derechos y principios inspiradores de este orden social. En concreto, estos tres derechos de la personalidad vienen regulados en la 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[62]. No obstante,

[61] Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 774/2006, de 13 de julio. Disponible en poderjudicial.es/search/indexAN.jsp.
[62] Disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196&p=20100623&tn=1#asegundo.

tampoco se fijan definiciones, por lo que resulta necesaria una integración para que el conocimiento se complete con la Jurisprudencia.

En cuanto al derecho al honor, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional siempre han mantenido[63] que estamos ante un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas. Así, hay una cuestión que permanece inalterable, y es la de que el honor, que está configurado como uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana, comprende un sentido subjetivo y un sentido objetivo. Aquél constituye el sentimiento del propio individuo en su consideración personal, la inmanencia[64], mientras que éste supone la trascendencia o exteriorización, representada por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad, o sea, nuestra fama, reputación social o buen nombre[65]. Ambos sentidos se deben complementar y nadie puede encerrarse en su sentido subjetivo, prescindiendo del objetivo[66].

Sin embargo, no es un derecho que se considere absoluto, puesto que cuando entra en colisión con otros derechos, también fundamentales[67], no siempre prevalecerá sobre estos. En efecto, hablamos de los derechos a la libertad de información y de expresión, que son esenciales para el funcionamiento de determinadas redes sociales y respecto de los cuales la Sentencia del Tribunal Supremo 765/2008, de 22 de julio[68], evocó la célebre

[63] Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo 1096/2008, de 11 de noviembre, disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d691b161956c648f/20081204, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1999, de 11 de octubre, publicada en el BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1999, disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3922.

[64] Equivalente a íntima convicción, autoestima, consideración que uno tiene de sí mismo.

[65] Se pueden desglosar dos ámbitos, uno externo, en el cual se concibe el derecho al honor como la imagen que los demás tienen del titular del derecho, y otro interno, desde el cual el propio individuo va a tener una percepción y una consideración de sí mismo.

[66] Sentencia del Tribunal Supremo 740/2008, de 22 de julio en su Fundamento Jurídico Segundo. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2a1e3ad05fe74de/20080807.

[67] El artículo 20.1 de la Constitución Española en sus apartados a) y d) establece que se reconoce y protege el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción" y "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión". Disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229.

[68] Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/56e3f94bca7f8869/20081016.

frase de la jurisprudencia norteamericana "todo lo que se añade al campo del libelo, se quita del campo del debate libre"[69].

En este punto, decir que esta ponderación no solo deberá realizarse con el derecho al honor, sino también con el de la intimidad y con el de la propia imagen. Para ello, tomando el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo 378/2000, de 14 de abril[70], lo más conveniente para enjuiciar cada caso concreto será centrarse en aquellas sentencias que se hayan pronunciado sobre aspectos concretos que guarden relación con el que sea el objeto de nuestro examen y, sobre todo, estudiar cada caso según sus propias peculiaridades, atendiendo no solo a la objetividad de los hechos concurrentes, sino también a las circunstancias de la persona que se considere ofendida, su edad, etc.

En lo atinente al derecho a la intimidad, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional[71] apreciamos que tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares[72]. De este modo, el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida, siendo que el artículo 18.1 de la Constitución Española no va a garantizar una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla. Todo ello porque la intimidad, que como estricto derecho de defensa tiene incardinación directa en la dignidad[73] humana y en el libre desarrollo de su personalidad y se halla estrechamente ligada a la libertad y a la igualdad, es un elemento de *desconexión social* que debe permitir

[69] La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la de información porque no comprende, como ésta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Sentencia del Tribunal Supremo 482/2015, de 22 de septiembre, en su Fundamento Jurídico Cuarto. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/affdf0490cea2aaa/20151002.

[70] En su Fundamento Jurídico Segundo. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e67cfe9be9a71d1d/20030704.

[71] Sentencia 134/1999, de 15 de julio, publicada en el BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999 y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1999/134.

[72] De acuerdo con el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014, de 27 de enero, este derecho impone a terceros "el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno". Publicado en BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2014, y disponible en hjtribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23767.

[73] Entendida por el Tribunal Constitucional como "valor espiritual inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás". Fundamento Jurídico Octavo de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril, publicado en BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985, y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433.

a la persona vivir en un entorno que favorezca el desenvolvimiento y la perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social.

Acabando con este derecho, sí queremos resaltar que, al referirse al derecho a la intimidad, el legítimo interés de los menores a la protección de datos relativos a su vida personal o familiar se erige para el Tribunal Constitucional como uno de los límites infranqueables al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz[74]. En este mismo sentido, también el Tribunal Supremo, en la Sentencia 402/2014, de 15 de julio[75], ha interpretado que el derecho a la intimidad es "mucho más estricto" cuando se trata de menores, siendo que resulta "incuestionable" que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar.

En lo concerniente al derecho a la propia imagen, subrayar que, como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril[76], garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. Así, la imagen constituye el signo más inequívoco de identificación de una persona y tiene dos proyecciones significativas[77]: la primera alcanza de forma introspectiva al propio individuo y al concepto de sí mismo y tiene dos ámbitos sustanciales, uno físico o corporal y otro mental o psíquico; mientras que la segunda, por el contrario, es externa, hacia fuera, con respecto a los demás, y procura reservar una imagen acorde con lo que nosotros pensamos o entendemos de nosotros mismos.

Finalmente, comentar que debido al carácter autónomo de estos tres derechos, destacable es la circunstancia de que existan vulneraciones de uno de los derechos y no

[74] Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio, y Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2003, de 30 de junio. Publicadas en los BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1999, y núm. 181, de 30 de julio de 2003, y disponibles en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3876 y hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4902.
[75] Disponible en poderjuidicial.es/search/AN/openDocument/ede68cd57a573ad4/20140724.
[76] Publicada en BOE núm. 129, de 31 de mayo de 1994, y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2634.
[77] GIL ANTÓN, A.M. "El menor y la tutela de su entorno virtual y la ley de reforma del Código Penal", en *Revista de Derecho Uned*, núm. 16, 2015, pág. 284.

de otros por unos mismos actos invasivos concurrentes[78], por ejemplo: mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos, de la misma forma que también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada pero no entrañen una intromisión en su intimidad, y finalmente puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurrirá en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada.

2.2.3. Tutela jurídico-civil: buscando la hiperprotección en la Ley Orgánica 1/1982 y en la Ley Orgánica 1/1996.

En el ámbito de los menores, el ejercicio de derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la propia imagen debe tener como filtro el reconocimiento de la especificidad de la infancia, marcada por su especial vulnerabilidad y por su consiguiente exigencia de protección. De este modo, se plantea un interesante binomio que conecta la infancia con la protección[79]. Esta vinculación se remonta al año 1856, cuando Stuart Mill desmarcó a los menores de su creencia de que no se podía limitar la libertad de los individuos so pretexto de su propia libertad. Y ello porque estimó que la plena vigencia del derecho a la libertad no abarca a los seres humanos que no han alcanzado madurez, en tanto están todavía en una situación que exige que sean cuidados por otros, debiendo ser protegidos no solo contra los daños exteriores, sino también frente a sus propios actos[80].

Así, la doctrina ha reconocido la necesidad de brindar a los menores una protección específica y especializada respecto al ejercicio de sus derechos fundamentales debido a las necesidades propias que acarrea su condición, o, dicho de otra forma, su falta

[78] Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio, publicada en BOE núm. 178, de 26 de julio de 2001, y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4452.
[79] DÍAZ CORTES, L.M. *El sexting secundario entre menores: Bien jurídico y respuesta penal*. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
[80] STUART MILL, J. *Sobre la Libertad*. Freeditorial, pág. 9. Disponible en freeditorial.com/es/books/sobre-la-libertad.

de madurez física e intelectual[81]. Por ende, atendiendo a su vulnerabilidad y dependencia de otros seres humanos, los ordenamientos nacionales e internacionales han establecido mecanismos específicos de protección a favor de los menores.

Antes de entrar a fondo en la normativa interna, comenzaremos haciendo una breve referencia a los instrumentos internacionales que, indubitadamente, han tenido influencia en aquélla en la medida que la situación jurídica del menor ha sido objeto de atención constante en ese ámbito espacial desde el siglo pasado, siendo que su vulnerabilidad ha sido motivo determinante de una toma de conciencia colectiva dirigida a su eficaz protección en diversos ámbitos. Siguiendo un orden cronológico, vemos como en 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales[82] fijó en su artículo 10.3 que los Estados partes debían "adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición". Posteriormente, el 20 de noviembre del año 1989, la Convención de los Derechos del Niño proscribió de forma explícita las intromisiones en el honor, la intimidad y la imagen del menor, señalando que "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 o reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

En este mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/1992[83], por la que se aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño, estableció que "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor" y que "todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad". Con mayor concreción todavía, el artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia – "Reglas de Beijing" – adoptadas por la Asamblea General en su resolución núm. 40/33, de 28 de noviembre de 1985, indica

[81] MANGAS MARTÍN, A. "La protección internacional de los derechos del niño", en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 4, diciembre 1998. Disponible en eprints.ucm.es/31197/1/1998%20internac%20Infancia%20Bol%20Eur%20A%20Mangas.pdf.

[82] Disponible en ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx. El Instrumento de Ratificación de España de dicho Pacto de Nueva York fue publicado en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, y está disponible en boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734.

[83] Publicada en D.O.C.E. nº C 241, de 21 de septiembre de 1992, y disponible en bienestaryproteccioninfantil.es/imágenes/tablaContenidos03SubSec/carta_europ_derechos_inf.pdf.

que "para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad" y que "en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente"[84].

En el derecho positivo español, esta normativa internacional no pasa desapercibida, sino que es la propia Constitución Española la que, en su artículo 39.4, establece que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Y en cierto modo, también el apartado 2 del mismo precepto y el artículo 48 desempeñan un papel de salvaguarda de los menores, al ordenar que "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos" y que "los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural", respectivamente.

Recordando el artículo 18.4 de la Carta Magna[85], dónde se garantizaba el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, vemos como en el artículo 4 la 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[86], se recoge lo mismo, pero individualizándolo en los menores y mencionando dos derechos más de la siguiente forma: "Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones".

Francamente, llama la atención la necesidad de ese reconocimiento expreso a los menores de edad de la titularidad de tales derechos, puesto que con el que se realiza de forma general en la Constitución parecería ser suficiente, en tanto que nadie ha pensado que de la protección y reconocimiento de estos derechos estuviesen excluidos los mismos. Sin embargo, descartando que el propósito del legislador sea ocioso o superfluo[87], la

[84] Disponible en cidh.org/niñez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf.
[85] También el artículo 20.4 del mismo texto legal, que establece que las libertades previstas en su apartado 1 tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
[86] Disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069.
[87] CARRIÓN, S. "En torno a los derechos y deberes del menor", en COBACHO GÓMEZ, J.A. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dir), *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en Españ*a, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, página 244.

explicación la empezamos a encontrar en la Exposición de Motivos nº 2 del preámbulo de la propia Ley Orgánica 1/1996, donde se menciona que "del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos, combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de su edad, los menores merecen".

En este punto, debemos cambiar de norma y pasar a analizar la 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, instrumento fundamental que en su artículo primero garantiza la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de intromisiones ilegítimas, siendo que el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo noveno de esta Ley y que serán aplicables en cualquier caso los criterios de la misma para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito[88].

Es también en esta Ley Orgánica 1/1982[89] donde se dispone que la protección civil de estos derechos fundamentales quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Así, los criterios de delimitación del ámbito protegido son tres, siendo los dos primeros de carácter objetivo y el tercero de índole subjetiva. Empezando con el primero, es decir, el legal, está constituido fundamentalmente por la propia Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pero también por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y que haremos referencia más adelante, por la mencionada Ley Orgánica 1/1996 en lo que a menores respecta y por la Ley Orgánica 4/1997, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

[88] Gracias a la modificación operada en el apartado 2 del artículo primero de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, quien opte por el ejercicio de la acción civil no se expone ya a una declaración de incompetencia de jurisdicción, y quien opte por la acción penal, salvo que se reserve también la posibilidad de exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. Si obtiene condena penal, obtendrá también la indemnización de los daños y perjuicios de acuerdo con los criterios del artículo noveno de la Ley Orgánica 1/1982.

[89] En su artículo segundo.

Continuando con el segundo de los criterios, o sea, los usos sociales, se concluye que se hace depender el alcance de la protección y la determinación de las conductas lesivas, de las convicciones sociales imperantes al respecto. Se trata, pues, de no considerar jurídicamente lesivo aquello que no es considerado lesivo socialmente, o de adecuar la protección a lo que socialmente se considera digno de ella. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha aludido en varias ocasiones a este criterio delimitador haciendo referencias a las "normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento"[90] o a "estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad"[91].

Acabando con el tercero, relativo al "ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona para sí misma o su familia", queremos subrayar que la actuación del individuo puede afectar directamente al propio derecho cuya protección se pretende. De todas formas, y relacionándolo con el objeto de nuestro trabajo, este criterio viene experimentando una progresiva transformación como consecuencia de la generalización del uso de redes sociales en Internet, puesto que tal y como están organizadas estas plataformas, son los usuarios, menores y no menores, quienes mediante sus propios actos configuran su esfera de privacidad legalmente protegida. Así, quien sube fotos o hace unas determinadas manifestaciones en las redes sociales y las hace accesibles a todos, tendrá más difícil afirmar que forman parte de la intimidad. Aunque ello, y es importante decirlo, no significa que tales imágenes así subidas puedan ser libremente difundidas por terceros[92].

[90] Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1989, de 13 de noviembre. Publicada en BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989, y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1391.

[91] Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 20 de febrero. Publicada en BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994, y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2574.

[92] El apartado 3 del Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo 91/2017, de 15 de febrero, recuerda que el hecho de que en una cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya subido una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla sin el consentimiento, expreso e inequívoco, del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. Así que el titular de la cuenta permita el libre acceso a la misma, y, de este modo, que cualquier internauta pueda ver las fotografías que se incluyen en esa cuenta, no constituye, a efectos del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, un "acto propio" del titular del derecho a la propia imagen que excluya del ámbito protegido por tal derecho la publicación de su imagen por parte de terceros, que solo están autorizados para acceder a la misma. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6ª2836601dd9446f/20170221.

Pero, sobre todo, decimos que hemos pasado de la Ley Orgánica 1/1996 a esta Ley Orgánica 1/1982 porque es aquí, en el apartado dos del artículo segundo, donde se fija la regla general en nuestro Derecho consistente en que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso[9394]. En concreto, para el caso de los menores su artículo tercero impone que su consentimiento solo podrá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez, de acuerdo con la legislación civil, lo permiten, de forma que en los restantes casos, el consentimiento deberá otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado[95].

Si ese consentimiento no se da, es el artículo séptimo el que *mandata* qué actuaciones tienen la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley. Ahora bien, debemos mencionar que no estamos ante una enumeración exhaustiva o númerus clausus, sino que podrán inscribirse en el ámbito de protección otros supuestos que los referidos en este artículo siempre que supongan una intromisión ilegítima en los derechos protegidos[96]. De todas formas, el listado previsto es el siguiente:

1) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas[97].

[93] Tiene que ir referido a un acto concreto, no puede consistir en una renuncia de carácter general, puesto que como ya dijimos, estamos ante derechos irrenunciables, y ello es algo que, siguiendo la doctrina clásica de los derechos de la personalidad, viene recogido por esta misma norma en el apartado tres del artículo primero. Además, comentar que el consentimiento puede ser simultáneo o posterior a la intromisión, y, con base en el apartado tres del artículo segundo, es revocable en cualquier momento, debiendo, eso sí, indemnizarse los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

[94] Por imperativo del artículo 71 de la Constitución Española, tampoco se apreciará la existencia de intromisión ilegítima cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la propia Ley 1/1982, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado, siendo que la misma se tramitará por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

[95] Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

[96] Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo 5941/1986, de 4 de noviembre. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b540c2b1f28e9223/20051011.

[97] Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar.

2) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación registro o reproducción[98].

3) La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo[99].

4) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela[100].

5) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos[101].

6) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga[102].

7) La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación[103].

8) La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas[104].

[98] Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar.
[99] Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar.
[100] Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar.
[101] Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.
[102] Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.
[103] Intromisión ilegítima en el derecho al honor.
[104] Intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Por lo tanto, pese a las anotaciones que hemos ido haciendo en los pie de página, la delimitación del ámbito de protección no se organiza en torno a cada uno de los derechos protegidos, sino que pivota en torno a la idea de intromisión ilegítima, para lo cual la Ley establece algunos criterios genéricos relativos a la delimitación de la esfera protegida y, a continuación, ofrece criterios conforme a los cuales quepa calificar una intromisión como legítima o ilegítima.

Paralelamente, el artículo octavo concreta que, con carácter general, no se reputará intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante[105]. Además, en su apartado segundo el mismo artículo precisa que, en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al públicos.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.[106]

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Dicho lo cual, habiendo visto la regla general contenida en la Ley Orgánica 1/1982, debemos volver a la Ley Orgánica 1/1996 y explicar dónde se deja sentir la especial protección que se debe brindar a los menores y el porqué del reconocimiento expreso contenido en el apartado 1 del artículo 4, que indudablemente no viene determinado por la necesidad de un reconocimiento *ex novo* de la titularidad por los menores de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

[105] Esta causa de legitimación ha sido empleada por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la Sentencia 259/2016, de 20 de abril. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4cc5c016605f4d02/20160426.

[106] Las excepciones contempladas en esta letra y en la a) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Así, subrayamos que esa protección se vislumbra en el apartado 3 del propio artículo 4, que dice lo siguiente: "Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales"[107]. De esta forma, vemos como, a diferencia de la regla general, el consentimiento prestado por menores no excluye el carácter ilegítimo de la intromisión[108].

Con dicha estipulación, parece que el legislador está protegiendo los derechos de la personalidad de los menores no solo frente a su injerencia por otros, sino también frente a su propio ejercicio cuando vaya en contra de sus intereses[109][110]. Ello, puesto que va en línea con reconocer la especial vulnerabilidad de los menores, nos parece loable y necesario, pero también tenemos que decir que no es coherente con lo dispuesto en el artículo 2 de ese mismo texto legal, que señala que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva". Igualmente, tampoco parece muy garantista que el Legislador haya obviado por completo la contradicción con la regla

[107] Tanto de lo previsto en este apartado, como de lo regulado en el apartado 2, que expone que "la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal", subyace la incógnita relativa a si para los menores son intromisiones ilegítimas solo las que en dichos apartados se dice, o bien son concurrentes o especificaciones de las recogidas en el artículo séptimo de la Ley Orgánica 1/1982; la respuesta, estando ante una Ley de Protección del Menor y atendiendo el preámbulo de la Ley, que habla de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, parece ser esta última, aunque el redactado empleado no sea el más clarificador y, en el caso del apartado 3, pueda llevar a la incorrecta interpretación consistente en pensar que, tratándose de menores, la utilización de su imagen o nombre sin su consentimiento es intromisión lícita si no implica menoscabo en su honra o reputación.

[108] En este sentido, interesante y clarificadora resulta la Sentencia de la Sección 6ª Audiencia Provincial de Valencia 6747/2011, de 15 de noviembre, que en su Fundamento Jurídico Cuarto resume la casuística de la siguiente forma: "Para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (apartado quinto del artículo séptimo de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (apartado segundo del artículo tercero de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (apartado 3 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996). Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/503c7b6a5668a93d/20120228.

[109] Entra en escena el interés superior del niño como principio fundamental, en línea con lo referido en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, que indica que "todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el privado".

[110] Pese a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 1/1996, habrá que dar una interpretación restrictiva de la capacidad de obrar de los menores en esta materia.

general del Ordenamiento Jurídico, establecida en el apartado segundo del articulo 2 de la Ley 1/1982 y recientemente comentada.

Dicho lo cual, el análisis del marco en el que se establecen cuales son las intromisiones legítimas refleja con nitidez que no se ha sabido adaptar tanto la Ley Orgánica 1/1982 como la Ley Orgánica 1/1996 a lo que demandaba el nuevo entorno virtual. En efecto, a nuestro parecer es un síntoma de obsolescencia que persista la preocupación por las vulneraciones que puedan producir los medios de comunicación cuando hoy en día no son las plataformas que mayor peligro suponen, sino que el riesgo principal está en aquellas plataformas donde el menor se desenvuelve con absoluta cotidianeidad, es decir, en las redes sociales. Así, consideramos censurable que la redacción del articulado que nos concierne haya permanecido invariable y no se hayan regulado las nuevas formas en las que los derechos de los menores se ven vulnerados.

Tras exponer las intromisiones ilegítimas contempladas en el ordenamiento jurídico, lo procedente es valorar a continuación la tutela judicial prevista, y para ello debemos acudir nuevamente a la Ley Orgánica 1/1982, y en concreto a su artículo noveno. En efecto, dispone el apartado uno de dicho artículo que "la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudirse, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional"[111].

Pero, ¿quién está legitimado para iniciar el correspondiente procedimiento de protección de estos derechos? De entrada, el titular del derecho lesionado – o su representante legal – en un plazo máximo de cuatro años[112]. Además, para el caso de los menores, el apartado 4 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 establece la intervención del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona

[111] Recordar que, como ya hemos apuntado con anterioridad, el artículo 53.2 de la Constitución Española prevé la existencia de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, mientras que cuando el precepto se refiere a las vías procesales ordinarias se está refiriendo principalmente a la del artículo 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que también es de tramitación preferente, aunque también a la prevista en el artículo 524.5 del mismo texto legal, referida a la ejecución provisional, o a la contemplada por los artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

[112] Apartado cinco del artículo noveno de la Ley Orgánica 1/1982.

interesada, física, jurídica o entidad pública, sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, provocando una suerte de concurrencia de legitimaciones activas que obedecen a la voluntad del legislador de que el Ministerio Fiscal ejerza una especial actividad protectora y tuitiva de los intereses del menor[113].

Por otro lado, de acuerdo con el apartado dos del propio artículo noveno, la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, y sin que sean incompatibles entre sí, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto[114], la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

[113] En este mismo sentido, el apartado 2 del artículo 4 determina la intervención del Ministerio Fiscal ante "la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses", y dispone que ese mismo órgano inste de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicite las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Por lo tanto, parece claro que el legislador opta porque la protección sea ofrecida por los poderes públicos y que el Fiscal se convierta así en un "inflexible protector de la intimidad del menor", empleando la expresión de la Circular 1/2000, de 18 de octubre, de la Fiscal General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores. Circular disponible en fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_01_2000.html.

[114] Este derecho de réplica se conecta con el derecho de rectificación, previsto en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. El artículo primero de dicho texto legal prevé que "toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que el aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio". Disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-7248.

Y todo ello, sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

Especial énfasis realiza la Ley Orgánica a la indemnización, recogida en los apartados tres y cuatro del mismo precepto. Así, "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". En caso de fallecimiento del titular del derecho, la Ley precisa que el importe de la indemnización por el daño moral corresponderá al cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos del fallecido – o, en su defecto, a sus causahabientes – en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. Si el fallecimiento se produjo cuando ya había tenido lugar la lesión del derecho, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Por otro lado, y aunque su objeto no va referido a las redes sociales, es preciso comentar que la protección especial o reforzada otorgada a los menores en sus derechos personalísimos se extiende también a otros textos legales, entre los que se pueden mencionar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual[115], que en el apartado 1 de su artículo 7, relativo a los derechos del menor, dispone que "los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente. En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación", o la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores[116], que en su artículo 56.2 c) señala que los menores internados tienen derecho "a que se preserve su dignidad y su intimidad, a ser designados por su propio nombre y a que su condición de interesados sea estrictamente reservada para terceros". O la propia Ley Orgánica 1/1996, que en el apartado 3 de su artículo 13 exige a las autoridades y a las personas que por su profesión

[115] Disponible en boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-5292.
[116] Disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641.

o función conozcan actuaciones de protección de menores que procedan con la debida reserva, evitando toda interferencia necesaria en la vida del menor en cuestión. Así, vemos como instituciones vinculadas con menores tanto en el ámbito de la reforma como en el de protección deben tomar todas las precauciones para evitar la identificación de menores que tengan a su cargo.

Consecuentemente, pensamos que tras todo lo expuesto, el esfuerzo realizado para proteger al menor de forma reforzada es de valorar. En este sentido, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores[117], es contundente afirmando que "estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar, en definitiva, su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social". De forma similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo[118] al reconocer que si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados 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 a los ataques a sus derechos.

3. Protección jurídico-penal y el modelo de responsabilidad de los menores en la Ley Orgánica 5/2000.

3.1. El incremento de la cibercriminalidad a raíz del desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación.

El nacimiento y, sobre todo, el desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación ha producido una auténtica revolución en la vida humana. Y es que, más allá de otras funcionalidades, Internet se ha convertido en un gran fenómeno mediante el que relacionarse a nivel global gracias a sus herramientas y sus aplicaciones.

[117] Disponible en fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_02_2006.html.
[118] Sentencia 402/2014, de 15 de julio.

En este sentido, dado que vivimos en una era donde la comunicación a través de la web y de los dispositivos móviles ha dado voz al diálogo interactivo, no resulta extraña la gran acogida que vienen teniendo las redes sociales de un tiempo a esta parte. Gracias a ellas, existe como nunca en la historia una interacción del individuo con el entorno que le rodea de máxima productividad.

Sin embargo, cuando decimos que la sociedad evoluciona al ritmo que marcan las nuevas tecnologías, debemos mencionar también que una parte de ella lo hace por el camino incorrecto y aprovecha las redes sociales para delinquir. Es más, podemos decir que la permanente evolución de las nuevas tecnologías ha comportado que haya cambiado la forma de cometer delitos hasta el punto de que en la actualidad muchas conductas criminales pueden llevarse a cabo en el ciberespacio asistidas por un ordenador o dispositivo móvil. En este sentido, el hecho de que el uso de dichos medios electrónicos como medio comisivo de diversos delitos no haga sino favorecer una mayor dificultad en identificar al autor de los mismos potencia el incremento de una macrocategoría llamada cibercriminalidad.

Mucha gente todavía no es consciente de ello y tiende a sumergirse a un ritmo tan vertiginoso en la tecnología que le rodea que ignora los riesgos implicados. Esto alcanza una dimensión todavía mayor en el caso de los menores, quienes por cuestiones biológicas y de madurez, se involucran en lo desconocido sin percibir en absoluto las amenazas reportadas. Por lo tanto, para su mejor protección resulta necesario hilar las situaciones más perjudiciales a las que se pueden enfrentar y ejemplificarlas con Jurisprudencia.

3.2. Tipificación en el Código Penal de las conductas que mayor riesgo representan.

3.2.1. *Child Grooming*.

Empezaremos con el caso del conocido como *child grooming*, concepto referido al acoso ejercido por el adulto que, haciéndose pasar por niño, contacta con un menor de edad para obtener de él favores de carácter sexual y/o pornográfico. En este sentido, "tiene el significado de preparar a alguien para una función o un papel específico, o bien con

determinada finalidad"[119]. La dinámica y el proceso, que puede durar semanas o incluso meses, suele repetirse en la mayoría de los casos, dado que tras la toma de contacto con el menor para conocer sus gustos y preferencias, se tiende a avanzar paulatinamente hacia una fase de relación, donde frecuentemente se dan confesiones personales e íntimas entre el menor y el acosador, consolidándose así la confianza obtenida hasta acabar en el componente sexual, etapa en la que proliferan las descripciones de términos específicamente sexuales y la petición a los menores de su participación en actos de naturaleza sexual, que es lo que busca el acosador[120].

Aunque no está definido como delito de *child grooming*, lo cierto es que esta conducta o los hechos constitutivos de la misma están tipificados en el punto 1 del artículo 183 ter, del siguiente tenor literal: "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 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos[121]. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño[122]".

Por lo tanto, vemos como el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, entendida como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o como el derecho a

[119] VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 26.
[120] Pág. 4 y ss. de la "Guía legal sobre ciberbullyng y grooming", realizada por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación y disponible en educación.navarra.es/documents/57308/57740/ciberbullyng.pdf/1c169fb5-b8ab-478f-b7f4-7e3d22adab14.
[121] Estamos, pues, ante un acto preparatorio autónomamente castigado de los delitos de agresión y abuso sexual a menores de 16 años (artículo 183 Código Penal) y de corrupción de menores (artículos 183 bis y 189 del Código Penal), y pese a que de este redactado podría entenderse la aplicación del concurso real, creemos que de iniciarse los actos ejecutivos o consumar tales ilícitos, la solución más idónea es la del concurso de leyes a resolver por el principio de consunción (artículo 8.3 Código Penal). En este sentido, resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo 109/2017, de 22 de febrero, que rechaza aplicar la cláusula concursal incorporada en el precepto para no vulnerar el *non bis in ídem,* teniéndola que reservar para cuando se lesionen otros bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual. Sentencia disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4cd4dd57ebd8809/20170307.
[122] Sorprende la inclusión del engaño al constituir un elemento consustancial a la propia conducta típica, puesto que el adulto se vale del ardid o del artificio para establecer el contacto con el menor.

que la persona no sufra interferencias en la formación de su propia sexualidad, y el sujeto pasivo tiene que ser menor de dieciséis años[123]. En cuanto a los elementos objetivos del tipo, los del apartado 1 son tres: el primero, un contacto no corpóreo a través de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o comunicación[124] con el menor de dieciséis años, siendo necesaria la respuesta del menor[125]; el segundo, proponer un encuentro con el menor a los fines de llevar a cabo las conductas tipificadas en los artículos 183 y 189 del Código Penal; y el tercero, realizar actos materiales encaminados al acercamiento, considerando como tales aquellos que necesariamente repercutan y se reflejen más allá del mundo digital, como por ejemplo la selección del lugar o la forma en que se efectuará dicha aproximación[126][127].

Respecto a dichos actos encaminados al acercamiento, en cuya exigencia se aprecia un plus de peligro para el bien jurídico y una mayor proximidad al comienzo del tipo[128], el Tribunal Supremo los hace notar en la Sentencia 199/2017, de 27 de marzo[129], donde refiriéndose al supuesto señala que "el acusado mantuvo contacto con la menor, desde el primer momento la orientó hacia las relaciones sexuales haciéndole preguntas como si quería ser su novia, si era virgen, si sabía besar bien, si le podía enviar alguna foto en ropa interior, cuando estaría preparada para hacerlo, si tenía otro novio, y otras; y finalmente consiguiendo una cita con la menor, cumpliendo así la exigencia última del tipo relativa a la presencia de actos materiales encaminados al acercamiento, que en este caso se llevó efectivamente a cabo". De la misma forma, en su Sentencia 109/2017, de 22 de febrero[130], declaró que "en el caso que se juzga el acusado mantuvo numerosas

[123] El artículo 2 a) de la Directiva 2011/93/UE señala que menor de edad es toda aquella persona menor de dieciocho años, pero el apartado b) del mismo artículo deja a criterio del "Derecho nacional" la determinación de la edad de consentimiento sexual, habiendo optado el legislador español por fijarla en los 16 años. Disponible en eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0093.
[124] Finalidad clara de castigar la facilidad que suponen los medios tecnológicos para captar al menor.
[125] Serán atípicos todas aquellas conductas dirigidas a contactar que no hayan obtenido respuesta por parte del menor.
[126] "Estamos ante un numerus apertus de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos". Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero. Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/12a65a0eae7bcce0/20150323.
[127] Se descartan las proposiciones poco serias, creíbles o verosímiles y se dota al tipo de un mínimo contenido de lesividad respecto al bien jurídico protegido.
[128] PÉREZ FERRER, F. "La regulación del *child grooming* en el ordenamiento penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio", en el I Congreso Internacional sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI. Universidad de Granada, 2013, página 125. Disponible en dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=518118.
[129] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7eed68ee51c70ac9/20170331.
[130] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f4cd4dd57ebd8809/20170307.

conversaciones por Internet con la víctima orientadas a tener una relación sexual en la localidad en que reside la menor. Esos actos alcanzan una propuesta de concierto para verse con ese fin. La propuesta se materializa en un acercamiento, y éste acaba en una relación sexual de acceso carnal del acusado con la menor en la habitación de un hotel".

A sensu contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 84/2017, de 7 de marzo[131], absolvió a un hombre de un delito continuado de *child grooming* al entender que en las conversaciones que este había mantenido con diferentes personas menores de dieciséis años "los mensajes detallados (que se enmarcan entre otros muchos sin contenido sexual) no hacen referencia a encuentros en fechas y lugares concretos, a los que el menor debería acudir con una previa propuesta de contacto sexual, ni incluyen propuestas firmes en tal sentido".

3.2.2. Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

Asimismo, en esta voluntad legislativa de garantizar la protección penal de los menores ante la criminalidad surgida al amparo del desarrollo tecnológico acontecido en el ámbito de las comunicaciones, con la reforma del año 2015 se introdujo en el Código Penal una nueva modalidad delictiva denominada "embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos", o "seducción pornográfica", consistente en el establecimiento de contacto con un menor de 16 años realizando actos dirigidos a embaucarle para que le facilite o le muestre material pornográfico en el que aparezca un menor[132]. En concreto, la dicción literal del punto 2 del artículo 183 ter es la que sigue: "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".

[131] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2fc58dbd9e4459c4/20170505.
[132] DÍAZ MORGADO, C. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual", en CORDOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 275.

De esta forma, apreciamos como el tipo exige el dolo de engañar o embaucar con la intención de obtener del menor dicho material pornográfico. Se trata, pues, de penalizar aquellas conductas en las que mediante la seducción y el engatusamiento, y valiéndose muchas veces de la "curiosidad de los jóvenes por el sexo", el acosador consigue que el menor grabe vídeos, tome fotografías, se desnude frente a la webcam del ordenador o lleve a cabo otros tipos de expresión o connotación sexual[133] utilizando para ello el teléfono móvil u otro tipo de herramienta de comunicación. Esta conducta responde al término de *sexting*, vocablo que proviene de la unión de las palabras inglesas "sex", que significa sexo, y *texting*, que significa "envío de mensajes", y que alude a la remisión voluntaria de imágenes y/o vídeos de contenido erótico a terceras personas utilizando y valiéndose de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la comunicación e información.

Por lo tanto, como señala la Audiencia Provincial de Málaga en su Sentencia 268/2017, de 3 de mayo[134], "lo que exige el tipo es que exista un embaucamiento, es decir, un engaño prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado, con el objetivo de que le facilite material pornográfico". En dicha resolución, la Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por el sujeto que había sido condenado en primera instancia por este delito, considerando que, siendo evidente el ánimo libidinoso del autor, obtuvo la remisión de una fotografía del miembro viril del menor tras una labor de insistencia y embaucamiento dirigida a ganarse la confianza del menor perjudicado y aprovechándose de su inexperiencia.

Consecuentemente, observamos que las diferencias entre los dos puntos del artículo 183 ter son mínimas, en tanto que con la remisión que el primero de ellos hace al artículo 189 podría entenderse incluida el segundo. Así, la delimitación entre ambas conductas se realizará solo si la facilitación del material pornográfico no implica en

[133] BARRERA IBÁÑEZ, S. "Investigación criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de internet", en PÉREZ ÁLVAREZ, S., BURGUERA AMEAVE, L., y PAUL LARRAÑAGA, K. (Dir.), *Menores e Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013. Disponible en https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad6adc6000001772770a23e51be5523&marginal=BIB\2013\14864&docguid=Ib93e6560482911e3914a010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=0&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&global-result-list=global&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=.

[134] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a015d67fe902b7bb/20170719.

ningún caso el contacto físico entre la víctima y el autor, al no existir propuesta de encuentro[135].

Estamos, pues, ante dos supuestos en los que el Derecho Penal adelanta las barreras de protección de los menores y castiga lo que realmente son dos actos preparatorios como dos delitos autónomos. Normalmente, sería pacífico entender que un acto preparatorio pertenezca a la fase interna del delito, pero en el caso concreto de la protección de la indemnidad sexual de los menores, el legislador ha considerado que estas conductas son dos actos ejecutivos de dos nuevos delitos que trascienden al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo cuando se ejecutan con fines sexuales pueden entenderse típicas las conductas. Por lo tanto, son dos delitos de peligro, puesto que no se configuran atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien. El conflicto llegará si se consumen los delitos fin, ya que no hay unanimidad en cuanto a si procede un concurso de delitos, defendido por quienes[136] ven compatibles los delitos de *child grooming* y embaucamiento con los de los artículos 183 y 189 en el caso del primero, y el del 189 en el caso del segundo, o si debe recurrirse a un concurso de leyes[137].

En nuestra opinión, dependerá de qué bienes jurídicos se consideren protegidos, puesto que hay autores[138] que entienden que en estos dos delitos autónomos lo que se protege es la seguridad en la infancia y no la indemnidad sexual, de manera que siendo bienes distintos podrían castigarse separadamente. Dicho lo cual, como ya hemos mencionado supra, y partiendo de que habrá que estar a cada caso concreto y ver la

[135] DÍAZ MORGADO, C. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual", en CORDOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 275.
[136] NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. "Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012, págs. 204 y 205. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_2012_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES.
[137] URIARTE QUESADA, D.V. *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal*. Tesis doctoral, Sevilla, 2015, págs.. 392 y ss., disponible en https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2886/uriarte-quesada-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y, y DE LA MATA BARRANCO, N.J. "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, pág. 19 y ss. Disponible en criminet.ugr.es/recpc19-10.pdf.
[138] DOLZ LAGO, M.J. "Un acercamiento al nuevo delito child grooming entre los delitos de pederastia", en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, nº 8758, 2016, pág. 20 y ss., y GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. "El nuevo delito de acceso de niños con fines sexuales a través de las TIC, en *Estudios penales y criminológicos*, ISSN 1137-7550, nº 31, 2011, pág. 254.

entidad, forma de ejecución y características específicas en los que se hayan producido las conductas típicas de estos dos delitos, nosotros creemos que el bien jurídico protegido es el mismo y que la solución más acertada es la del concurso de leyes, de forma que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Y es que, estando el bien jurídico protegido seleccionado, individualizado y concretado en una víctima determinada, sobre la que se proyecta la ejecución del delito-fin, parece excesivo mantener un concurso real de dos delitos cuando el peligro se materializa finalmente en la misma víctima que se seleccionó y eligió al inicio de la ejecución del tipo penal de peligro. De todas formas, debe exigirse al Legislador un mayor esfuerzo a la hora de delimitar esta relación concursal, indicando con precisión cuál es el bien jurídico objeto de protección.

En cualquier caso, insistimos en que es una cuestión discutida y que tampoco podemos desdeñar que deba aplicarse un concurso de delitos porque los medios utilizados pueden suponer una mayor indefensión para el menor y solo ello podría ser suficiente para reforzar la intervención del Derecho Penal, debiendo merecer cada uno de los delitos la condena que proceda por el grado de desvalor que representa el medio comisivo[139].

3.2.3. Cláusula de exoneración del artículo 183 *quater.*

De lo dicho, y en otro orden de cosas, se observa la aparente contradicción, que no solo es aplicable a la modalidad de "embaucamiento" sino que es extensible al *child grooming*, de que si bien la Directiva 2011/93/UE prevé en el apartado 2 de su artículo 6 que el sujeto activo tiene que ser un adulto[140], el Código Penal lo hace extensible a cualquier persona, quitándole la connotación de delito especial referido solo a los adultos y ampliándolo a los menores, desnaturalizando con ello la motivación de su introducción[141]. Por lo tanto, y atendiendo a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal

[139] Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 777/2017, de 30 de noviembre. Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3b2212ecaef884e7/20171226.

[140] "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor".

[141] DÍAZ CORTÉS, L.M. "Una nueva modalidad del denominado "child grooming": análisis en el proyecto de reforma", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885/2014, 2014.

del Menor[142], cabría la posibilidad de que un menor de edad fuese responsable de la comisión de un delito que el legislador introdujo para luchas contra conductas abusivas de adultos contra menores.

Precisamente por ello, y siendo consciente de las incongruencias que podían plantearse, el legislador previó en el artículo 183 quater que "el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez". De esta forma, vemos como la diferencia de años y las condiciones y circunstancias personales del menor de dieciséis años en relación con el sujeto activo deberán ser tenidas en cuenta a la hora de valorar responsabilidades, y máxime en los supuestos en los que no hubiere existido una posibilidad objetiva de conocer que la edad del menor en cuestión era inferior a los 16 años fijados.

En relación con ello, comentar que la Audiencia Provincial de Navarra, en su Sentencia 220/2017, de 27 de octubre[143], absolvió al acusado aplicando la cláusula de exoneración, y es que como hechos probados constaban que el acusado, de 20 años, y la menor, de 15 años, entablaron conversación a través de Facebook y decidieron concertar un encuentro. En el día de la cita, tras la ingesta de bebidas alcohólicas ambos tuvieron relaciones sexuales. Posteriormente, los jóvenes salieron de la vivienda del acusado y la menor acordó verse con sus progenitores, quienes notaron que estaba bebida y tras enterarse de lo ocurrido denunciaron un posible delito de abuso sexual. Finalmente, el Tribunal entendió que debía operar la citada cláusula del artículo 183 quater del Código Penal debido a que las relaciones sexuales fueron consentidas, había proximidad de edad entre los sujetos puesto que solo había una diferencia de cinco años y, por último, en relación al grado de desarrollo y madurez, la Sala valoró que este requisito también se cumplía, ya que se trataba de jóvenes del mismo origen. Por el contrario, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 1001/2016, de 18 de enero de 2017[144], no entendió que la cláusula fuera de aplicación en los casos de desequilibrio relevante y notorio, siendo que en el supuesto en cuestión la diferencia de edad entre el acusado y la

[142] El apartado 1 de su artículo 1 señala que "esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales".
[143] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a440d2220ca4e917/20180123.
[144] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce31efed2be4c8e2/20170131.

menor era de ocho años y medio y sus grados de desarrollo, madurez y mentalidad tampoco eran próximos.

3.2.4. Análisis del apartado 7 del artículo 197.

A continuación, procede mencionar precisamente una de las consecuencias que pueden derivarse del fenómeno *sexting*, que no es otra que la difusión no autorizada de esos contenidos íntimos producidos en un ámbito personal y obtenidos con el consentimiento de la persona afectada, cuya intimidad, y también la propia imagen, con dicha divulgación en contra de su voluntad, se ve gravemente lesionada. Viene regulado en el apartado 7 del artículo 197 del Código Penal de la siguiente manera: "Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa".

Así, partiendo de que el *sexting* carece de relevancia penal al formar parte de la libertad sexual de los participantes en el mismo, lo que se considera merecedor de castigo es la conducta posterior de difundir a terceras personas sin la autorización del emisor el contenido previamente obtenido con su consentimiento. El origen de esta nueva regulación se remonta hasta el año 2012, cuando se incluyó en el Anteproyecto de reforma del Código Penal[145] previo informe del Consejo General del Poder Judicial[146], que se mostró favorable a la nueva regulación de la siguiente manera: "Ha de convenirse con el

[145] Disponible en lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/111012-enlaceanteproyectodelcp.aspx.

[146] Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal.

prelegislador en la existencia de esa laguna de impunidad que debe ser cubierta, otorgando una mejor tutela al derecho a la intimidad y a la propia imagen, que hoy resulta insuficiente ante las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para atacar el aspecto de la intimidad personal, ante la difusión de grabaciones – subrepticias o no – en redes sociales o Internet. En el actual artículo 197 CP no encuentran protección penal los supuestos de difusión de imágenes en Internet, obtenidas con consentimiento de su titular. (…) Ante esta situación, la introducción de este nuevo delito ha de considerarse necesaria y afortunada".

Ciertamente, parte de la doctrina se muestra crítica con la creación de este nuevo delito al no compartir que el Derecho Penal deba proteger la expectativa de intimidad de quienes han renunciado a ella a través de actos concluyentes. Por el contrario, otro sector doctrinal lo defiende por negar que sea lo mismo consentir en la realización de una grabación para uso privado de dos personas que consentir en la difusión de la misma, dejando el consentimiento de abarcar un aspecto importante de la intimidad[147].

Nosotros compartimos esta segunda visión, en tanto que, partiendo del hecho de que el tipo exige que el menoscabo de la intimidad sea grave, creemos fundamental reprender conductas consistentes en difundir de forma no consentida imágenes o vídeos de carácter sexual a terceros totalmente ajenos al círculo íntimo del sujeto afectado, puesto que debe insistirse en que no puede compararse una suerte de renuncia parcial de la intimidad como la de enviar voluntariamente un contenido íntimo tomado en un ámbito privado a otra persona, con el hecho de que ésta la difunda y pueda dar lugar a que se viralice el contenido en cuestión en la red. Así, no es admisible que la intromisión en su intimidad que consiente la víctima por parte de una o varias personas de su confianza se entienda como una renuncia total a su intimidad frente a cualquiera, y es que, la voluntad que puede tener una persona por compartir un momento, acto o vivencia personal llevado a cabo en un lugar apartado del resto, no implica ceder el control o la titularidad de la intimidad a un tercero, sino que el consentimiento lo es únicamente para un uso privado del contenido y no para un uso público, por lo que es lógico que, salvo que medie

[147] BOLEA BARDÓN, C. "Delitos contra la intimidad", en CORDOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 308.

consentimiento expreso, el emisor guarde una expectativa de privacidad respecto del receptor[148].

Como ejemplo de lo esencial que fue para los menores[149] esta nueva regulación está el caso de Estrella, quien después de enviar cuatro fotos íntimas a su pareja sentimental por la red WhatsApp, mayor de edad, porque este se las había pedido aludiendo a que no la iba a ver durante sus vacaciones, vio como tras romper su relación sentimental el acusado, como venganza y con la finalidad de perjudicar a la menor, reenvió las citadas fotos al grupo del club de fútbol por la misma aplicación. Sin embargo, y de ahí la esencialidad y este ejemplo, debido a que los hechos se produjeron cuando todavía no había entrado en vigor este tipo penal, la Audiencia Provincial de Cuenca, en su sentencia 43/2019, de 5 de marzo[150], tuvo que absolver al acusado.

3.2.5. Sextorsión.

Asimismo, mencionar brevemente que otra de las consecuencias del *sexting* puede ser el fenómeno de la sextorsión, que, como su propio nombre indica, es la extorsión sexual y ocurre cuando una persona que ha enviado contenido sexual a otra es chantajeada, amenazada o coaccionada por esta con difundirlo o hacerlo público, ya sea para conseguir dinero, para tener relaciones sexuales con esa persona o para entregar más imágenes o vídeos de carácter íntimo. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto esa conducta encajará en un tipo delictivo o en otro, pero creemos que lo más habitual será que se incardine en el apartado 2 del artículo 171 del Código Penal: "Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiere".

---

[148] SÁNCHEZ BENÍTEZ, C. "Sobre la difusión no consentida de las prácticas de "sexting" y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código Penal)", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías núm. 51/2019 parte Estudios Jurídicos*, Cizur Menor, 2019.

[149] En el año 2018, por ejemplo, 1 de cada 7 menores de 18 años – 14,8% – y 1 de cada 4 – 27,4% – reconoció haber enviado y recibido material sexual, respectivamente. Consultado en elmundo.es/vida-sana/sexo/2018/07/20/5b50b3eb468aeb2a7d8b464e.html.

[150] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0fef6c298c315e9a/20190521.

Tal y como relata la Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña 323/2019, de 16 de julio[151], ello fue lo que le sucedió a la menor Teresa. Primeramente, el acusado, Cirilo, contactó con ella por las redes sociales Facebook, Messenger y WhatsApp y le pidió que le enviara un video sexual, a lo que la menor, dada su edad accedió. Cirilo quiso quedar personalmente con la perjudicada, pero cuando esta le rechazó, la amenazó con hablar con su padre para enseñarle todo lo que le había enviado si no accedía a quedar con él y verse, a lo que la menor le pidió que no lo hiciera, puesto que si no la llevarían a un internado. Dicho patrón se repitió en el tiempo, en tanto que a los días le pidió un vídeo en el que apareciese la menor tocándose y cuando la niña le dijo que se lo enviaría al día siguiente, el acusado le dijo que iría a hablar con su padre. Esta *sextorsión*, que consiguió su objetivo porque la menor siguió enviando fotografías y vídeos para que Cirilo no hablara con su padre, acabó sin embargo absorbida por el delito recientemente mencionado del apartado 7 del artículo 197 del Código Penal, puesto que en el momento en el que Teresa le envió un mensaje diciéndole que no quería seguir comunicándose con él, el acusado mandó a varias personas, entre ellos al abuelo de la menor y a un primo de la misma, una fotografía y un vídeo que Teresa había grabado y luego le había enviado, apareciendo en la fotografía desnuda de cintura par arriba y en el vídeo un primer plano de sus genitales masturbándose.

3.2.6. *Cyberstalking.*

Seguidamente, procede comentar un nuevo tipo penal de acoso que también se introdujo con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas[152]. Cabe reseñar que a esta modalidad de acoso se le denomina *stalking*, voz anglosajona que significa acecho y que describe un cuadro psicológico conocido como síndrome del acoso apremiante[153]. Lógicamente, no se trata de un delito vinculado únicamente a las redes sociales o a Internet, pero en la medida en que puede materializarse a través de las Tecnologías de la Información y las

[151] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d0ff9e2c5c2f7344/20190814.
[152] Exposición de Motivos núm. XXIX.
[153] Consultado en http://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-stalking.

Comunicaciones, es conveniente explicarlo. La regulación, contenida en el artículo 172 ter del Código Penal, es la que sigue:

1. "Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª (…).

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª (…).

4.ª (…)

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. (…)

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. (…)

De este modo, vemos como se trata de tipificar aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio de la intención de causar algún mal – amenazas – o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima – coacciones –, se producen conductas reiteradas por medio de la cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a

persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento[154].

Así, el bien jurídico principalmente afectado es el de la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Y es que, como se señala en la Sentencia 3/2016, de 23 de marzo, del Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela[155], "las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo". Además, también podrán verse afectados bienes jurídicos como el honor, la integridad moral o la intimidad en función de los actos en que se concrete el acoso.

Reparando en el contenido de dicha resolución, vemos también que se contextualizan los términos descritos en el precepto penal y se alude a que aunque éste no se refiera a cuántas veces debe llevarse a cabo la conducta y utilice la expresión "de forma insistente y reiterada", debe exigirse que nos hallemos ante un patrón de conducta, descartando actos aislados y debiendo concurrir una estrategia sistemática de persecución. Lógicamente, por el objeto de nuestro trabajo el apartado que nos interesa del artículo citado es el párrafo segundo del punto primero, en tanto es esa conducta la que denominamos *cyberstalking*, es decir, conducta de acoso u hostigamiento repetitivo que se lleva a cabo en contra de la voluntad de la víctima, utilizando alguna de las herramientas que proporciona Internet o las redes sociales como WhatsApp, Facebook o Twitter[156]. Tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo 324/2017, de 8 de mayo[157], la actividad debe ser insistente, reiterada, el sujeto activo no debe estar legítimamente autorizada para hacerlo y debe producirse una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima.

---

[154] No obstante, pese a la protección del derecho a la seguridad o a la tranquilidad personal, solo adquirirán relevancia penal las conductas que limiten la libertad de obrar del sujeto pasivo, sin que la mera molestia pueda ser punible.

[155] Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ffe85334651073a/20160401.

[156] RUIZ BOSCH, S. "El nuevo delito de *stalking* o acoso obsesivo". Pág. 8. Disponible en ficp.es > 2017/03 > Ruiz-Bosch.-Comunicación.pdf.

[157] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e399e1a4eb43b706/20170510.

A titulo ejemplificativo, creemos conveniente mencionar que las denuncias por *stalking* en redes sociales han subido un 220% en cuatro años[158]. En este sentido, y pese a que tanto el hecho de que los actos del stalker aisladamente considerados no se consideran reprochables para el legislador como las particularidades que presenta esta modalidad frente a la tradicional hacen más dificultosa su persecución y protección a la víctima, cabe mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 164/2018, de 12 de junio[159], en la que se condena a un varón por cuatro delitos de *stalking* a menores. Según consta en los hechos probados, el hombre empleaba dos perfiles falsos en Instagram y en WhatsApp, y tras remitir a los menores fotografías de otras personas en actitudes explícitamente sexuales, requería a sus víctimas imágenes o vídeos del mismo tenor, y una vez ganada su confianza, en el momento en el que estas se mostraban reticentes a continuar atendiendo sus pretensiones, les acosaba y presionaba.

3.2.7. Usurpación del estado civil ante la no previsión de la suplantación de identidad.

Por otro lado, nos gustaría hacer hincapié en lo que respecta a la suplantación de identidad. Ciertamente, debemos partir de la base de que el Código Penal no prevé expresamente un delito de "suplantación de identidad", sino que el contemplado en el artículo 401 es el de la usurpación del estado civil: "El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años". Para resumir los los elementos que integran el tipo delictivo tomaremos como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo 635/2009, de 15 de junio[160], donde se señala que usurpar el estado civil de otro no solamente lleva consigo el uso de su nombre y apellidos, por mucho que ese uso indebido sea continuado o repetido en el tiempo, sino que requiere también hacer algo que solo puede hacer esa persona por las facultades, derechos u obligaciones que a ella solo corresponden; como puede ser el obrar como si uno fuera otro para cobrar un dinero que es de este. En este sentido, la segunda acepción de la Real Academia Española de la Lengua define usurpar como "arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios"[161].

[158] Disponible en https://www.europapress.es/sociedad/noticia-denuncias-stalking-redes-sociales-crecen-220-cuatro-anos-fiscalia-20200907151236.html.
[159] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e0f4dafc644e673f/20180917.
[160] Disponible en poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74c7fbbdd8837545/20090709.
[161] Disponible en dle.rae.es/usurpar.

Por lo tanto, aplicando estas circunstancias al objeto de este trabajo, no será delito de usurpación de identidad crear un perfil en redes sociales utilizando el nombre y apellidos de un menor pero sin apropiarse de su identidad, o lo que es lo mismo, sin haber empezado a actuar como si del usurpado se tratase. Desgraciadamente, no creemos que esta regulación sea suficiente para hacer frente a una actividad tan extendida en las redes sociales. Principalmente porque, además de ni tan siquiera preverse que el delito sea cometido usando medios electrónicos, el artículo mencionado solo se aplicará en situaciones de usurpación completa de identidad, esto es, cuando el autor del delito se apodere de la identidad de otra persona actuando a semejanza de ésta en todas las facetas de su vida. De esta forma, la obsolescencia legislativa provocada por el avance tecnológico merma la protección del colectivo más vulnerable de la sociedad, máxime teniendo en cuenta que la facilidad con la que se les puede suplantar teniendo en cuenta la cantidad de fotografías, vídeos y datos personales que publican en sus perfiles de redes sociales. En este sentido, queremos comentar que la Fiscalía General del Estado, aludiendo a que se estaban dictando sentencias absolutorias en supuestos en los que únicamente quedó acreditado "un uso concreto y determinado de la identidad ajena para alguna finalidad muy específica", ya propuso en 2014 tipificar la suplantación de identidad en Internet[162].

En las plataformas de comunicación ello no será lo habitual, en tanto que la suplantación de identidad no suele ser una finalidad per sé, sino que tiende a ser un medio para cometer otros tipos delictivos como el *childgrooming*, el embaucamiento, el *stalking*, las injurias, etc. Ejemplo de ello es la absolución por el Juzgado de lo Penal número 6 de Alcalá de Henares de un joven barcelonés acusado de un delito contra la intimidad, distribución de pornografía infantil y descubrimiento y revelación de secretos debido a que durante el juicio el hombre acreditó que una persona desconocida se había hecho pasar por él en las redes sociales, usurpándole la identidad con finalidades delictivas, algunas de ellas contra menores de edad. Así, el Tribunal en la Sentencia fijó que el acusado no había tenido relación con los hechos y apuntó hacia una más que probable "condición de perjudicado en un posible delito de usurpación de estado civil"[163].

[162] Consultado en legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/nuevas-tecnologias-civil/el-vacio-legal-del-delito-de-suplantacion-de-identidad-en-internet-2014-10-06/.

[163] Consultado en https://www.diarimes.com/es/noticias/mes_digital/cronicas/2020/11/11/absolt_noi_acusat_assetjament_distribucio_pornografia_infantil_perque_havien_robat_identitat_92329_1100.html?.

Más allá del artículo 401, también debemos destacar que la suplantación de identidad también puede suponer un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Es lo que le sucedió al menor Esteban, que tras introducir su contraseña de la red social Tuenti en el ordenador de Armando, mayor de edad, tuvo que sufrir que éste, habiendo quedado la contraseña almacenada, accediera a sus mensajes privados, contactos y demás archivos y que aparentado ser él enviara mensajes de dudoso gusto a varios de sus amigos. Además, trató de cambiarle la contraseña. Ante estos hechos, el Juzgado de lo Penal número 2 de Santander condenó en Sentencia 4/2015, de 20 de enero[164], a Armando por un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el artículo 197.1 del Código Penal.

3.2.8. *Cyberbullying.*

Evidentemente, las conductas mencionadas también pueden cometerse por menores, pero consideramos que los riesgos, la peligrosidad y los efectos perjudiciales se acentúan todavía más cuando los autores del daño son adultos. No obstante, sí que es importante poner de relieve una conducta denominada ciberbullying, consistente en el acoso que un menor ejerce sobre otro de su misma franja de edad en entornos digitales. Supone la traslación al mundo digital del tradicional acoso en las escuelas, en tanto este abuso de poder sigue caracterizándose por conductas centradas en atormentar, humillar, hostigar o molestar al menor, pero con los agravantes de ubicuidad, viralidad o mayor exposición temporal.

En el Código Penal español esta figura no tiene un reconocimiento expreso, por lo que para delimitar qué actos de ciberbullying merecen respuesta penal habrá que atender a los diversos bienes jurídicos afectados por los ataques. En este sentido, los Tribunales suelen acudir de forma mayoritaria a los delitos contra la integridad moral[165], en concreto, al tipo previsto en el apartado 1 del artículo 173 del Código Penal, que reza: "El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años". De esta forma, vemos como esta modalidad delictual requiere para su apreciación la concurrencia

[164] Disponible en www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/96646f602b42ad7e/20150212.
[165] Sin que ello obste a que esos delitos puedan aplicarse en concurso con otros tipos penales en función de las circunstancias concurrentes.

de un elemento medial, como es el de infligir a una persona un trato degradante, y de un resultado, que es el hecho de menoscabar gravemente su integridad moral, ambos en perfecta relación causal. A priori, el ciberbullying requiere que la agresión se repita varias veces a lo largo del tiempo, y la misma permanencia parece presuponérsele a la expresión trato degradante. Sin embargo, podrá entenderse cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto[166].

Un ejemplo de lo narrado lo encontramos en una Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, que condenó a una menor a un total de 14 meses de libertad vigilada, a un año y 6 meses de alejamiento de la joven lesionada y al pago de 10.000 euros en concepto de indemnización por el delito contra la integridad moral previsto en el artículo 173.1 del Código Penal. Y ello porque, por un lado, instigó al resto de compañeros contra ella, por ejemplo pasando a un grupo de la aplicación WhatsApp un enlace de un vídeo de la víctima en la que aparecía cantando para que los compañeros se rieran de ella, como así ocurrió, y, por otro lado, provocó el hostigamiento a la menor con insultos en persona y redes sociales, y también con empujones y aislándola del resto. Así, en este caso el ciberbullying supuso una extensión del acoso realizado en el ámbito escolar, utilizándose Internet para reforzar el bullying ya emprendido en el horario escolar[167]. Igualmente, los hechos narrados en el Auto 291/2012, de 25 de mayo[168], de la Audiencia Provincial de Cantabria, donde los actos de acoso y hostigamiento también se produjeron tanto en persona como en las redes sociales, desde donde un grupo de amigas autodenominadas "Las Pachuses" insultaron reiteradamente a otra menor en la plataforma Tuenti, resultan incardinables en el artículo 173.1 del Código Penal.

3.3. Responsabilidad penal de los menores desde la prevención especial positiva.

---

[166] Consultado en guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1Jtaaaxndi3MDtbLUouLM_DxblwNDIwNjAzOQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAgp4bpzUAAAA=WKE.

[167] Consultado en noticiasdenavarra.com/actualidad/sociedad/2018/02/24/primera-condena-colegio-navarro-caso/730204.html y https://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/2018/02/25/condenada-menor-acoso-escolar-colegio-tudela-578424-300.html#:-:text=Un%20grupo%20de%20estudiantes%2C%20en%20el%20patio%20de%20un%20colegio.&text=La%20Audiencia%20Provincial%20de%20Navarra,300%20metros%durante%2018%20meses.

[168] Disponible en http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/36e4853422c8e6bb/20130130.

Habiendo analizado las conductas que más daños y perjuicios pueden provocar a los menores utilizando como medio las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, y, más en concreto, las redes sociales, pensamos que cabe reseñar qué les puede pasar a las personas menores de 18 años cuando, además de ser los sujetos pasivos del delito, son los activos, como sucede en el recientemente analizado ciberbullying. Para ello, debemos acudir a la mencionada Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, recordar su artículo 1, que decía: "Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o las leyes penales especiales". De esta forma, y como dispone el artículo 3, "cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes". Vemos, por lo tanto, que son artículos que complementan lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, que expresa que "los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor".

Así, los menores de catorce años no tendrán responsabilidad penal, y pensando en las repercusiones que ello puede tener en los delitos que se pueden perpetrar en las redes sociales, creemos que es lógico y que otra serie de medidas previas en el ámbito educativo y familiar relativas a los riesgos conectados con el uso de las nuevas tecnologías pueden ser más preventivas y eficaces. En este sentido, el apartado 4 del motivo I de la propia Ley Orgánica 5/2000 expone que "la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable". Aun y todo, urge reforzar una respuesta adecuada en los ámbitos familiar y asistencial civil para evitar que los autores de este tipo de delitos

sean cada vez más jóvenes[169] y que entre estos se extienda una sensación de impunidad[170] respecto a lo que realicen en las plataformas de comunicación.

Centrándonos en los menores entre 14 y 18 años, el modelo de la "responsabilidad" establecido determina que el menor asuma que el conflicto es, por lo menos en parte, responsabilidad suya, lo que habilita a que el Juez de Menores le pueda imponer, con las debidas garantías procesales, sanciones consistentes en restricciones de derechos. Ahora bien, la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor regula un sector del ordenamiento penal dirigido a personas que en el momento de cometer la infracción se encuentran en una etapa de desarrollo entre la niñez y la mayoría de edad, por lo que el sistema debe estar orientado a la prevención especial positiva, particularmente a la orientación educativa y a que el menor sea capaz de percibir la lesividad de su conducta.

Con todo, podemos afirmar que son sanciones penales, en la medida en que, siendo el Ministerio Fiscal promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses de los menores, son los Jueces de Menores los que en un procedimiento penal y por la comisión de delitos definidos en el propio Código Penal o en leyes penales especiales imponen las medidas. De este modo acabamos de reflejar el ámbito objetivo de la norma, consistente en que solo se aplicará la Ley cuando un menor haya cometido un hecho tipificado en dichos textos legales. Así, queda patente la accesoriedad del derecho penal de adultos en lo que se refiere a la definición de las conductas delictivas.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo del procedimiento en el que se sustancia la responsabilidad y las consecuencias jurídicas que acarrea la comisión de delitos por los menores, donde la autonomía es total. De este modo, la Ley avanza hacia un modelo flexible y de libertad judicial y apuesta por la desformalización y desjudicialización del proceso, siendo que las sanciones consistentes en privación de libertad tienden a ser evitadas para evitar una excesiva desocialización de los menores.

---

[169] Así lo corroboran fuentes de la Policía Nacional en la noticia publicada por BORREGUERO, M. en La Información el 25 de mayo de 2020. Disponible en lainformacion.com/asuntos-sociales/sexting-menores-delito-policia-sucesos-acoso/6569335/.

[170] Alertando sobre ello: TORRES, J., en entrevista publicada por FILGUEIRA, E. en La Voz de Galicia el 25 de abril de 2018. Disponible en lavozdegalicia.es/noticia/Ourense/Ourense/2018/04/25/jovenes-redes-sociales-dan-sensacion-impunidad/0003_201804O25C12993.htm.

Decimos que se apuesta por la desjudicialización porque tomando como base los principios de oportunidad y de intervención mínima, la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de desistir de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar siempre que los hechos denunciados constituyan delito leve o delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas[171]. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores y esta procederá conforme al mencionado artículo 3.

Además, el propio Ministerio Fiscal tiene también la posibilidad de solicitar el sobreseimiento por dos motivos. El primero de ellos, previsto en el artículo 19 de la Ley, podrá darse cuando se produzca una conciliación o reparación entre el menor y la víctima. En efecto, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe, y siempre que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o leve, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente. Ello va en consonancia con los efectos positivos que tiene sobre los menores involucrados la mediación; por un lado, permite a la víctima sentirse partícipe de la resolución del conflicto y alcanzar el objetivo de sentirse reparada, y por otro lado, el menor infractor, tomando conciencia de las repercusiones de sus actos, consigue eludir un proceso y su eventual imposición de una medida restrictiva de derechos. El segundo motivo, regulado en el apartado 4 del artículo 27, va referido a los supuestos en los que se ha expresado suficientemente el reproche al menor a través de los trámites ya practicados o en los que dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos se considera inadecuada para el interés del menor cualquier intervención.

Pese a que se debe intentar favorecer soluciones alternativas a la sentencia judicial que declare la responsabilidad criminal del menor, no siempre es posible, y atendiendo a criterios como el interés del menor, su personalidad, su edad y sus circunstancias

[171] No obstante, deberá incoar expediente cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. En este caso, podrá actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 27.4 del mismo texto legal.

familiares y sociales, el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000 enumera y caracteriza una amplia relación de medidas[172], ordenadas, en principio, atendiendo a la restricción de derechos que suponen y a su gravedad. A saber: Internamiento en régimen cerrado; Internamiento en régimen semiabierto; Internamiento en régimen abierto; Internamiento terapéutico en régimen cerrado; Tratamiento ambulatorio; Asistencia a un centro de día; Permanencia de fin de semana; Libertad vigilada; La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez; Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; Prestaciones en beneficio de la comunidad; Realización de tareas socio-educativas; Amonestación; Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; Inhabilitación absoluta.

En todo caso, la discrecionalidad que el Juez de Menores tiene para imponer una de esas medidas, o más de una si no son de la misma clase, además de respetar sus propios límites máximos y las rigideces de los artículos 9 y 10 de la propia Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, deberá guiarse por el principio acusatorio marcado en el artículo 8, que dispone que "no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, y tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal".

4. Derecho a la protección de datos personales y derecho al olvido digital.

4.1. Derecho a la protección de datos personales y regulación del consentimiento del menor para el tratamiento de los mismos en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la Ley Orgánia 3/2018.

[172] Sus finalidades vienen detalladas en la Exposición de Motivos de la propia Ley Orgánica.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos, que está recogido por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[173] y reconocido por el artículo 18.4 de la Constitución Española[174], consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales[175] que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué[176], pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Por lo tanto, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.

Adentrándonos en el régimen jurídico aplicable a este derecho, vemos como el artículo 16.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[177] emplaza al Parlamento Europeo y al Consejo a que establezcan, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos.

Tal emplazamiento se materializó primero en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de

[173] Disponible en europarl.europa.eu/charter/pdf/tex_es.pdf.
[174] "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".
[175] No tienen porqué ser íntimos, la protección se extiende a cualquier dato personal cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a los derechos de la persona.
[176] Se incluye aquí la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención. Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero, publicado en BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1998, y disponible en hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3513.
[177] Disponible en boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf.

las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y, posteriormente, en el 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 (Reglamento general de protección de datos)[178]. Así, dicho Reglamento, estableciendo las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos, es a nivel europeo la norma que protege el derecho a la protección de los datos personales de las personas[179].

Estamos ante una norma que tiene una clara vocación de protección de los menores en lo que respecta al uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en tanto que atendiendo a su Considerando 38, refleja que "los niños merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales", especialmente en lo referido a la utilización de datos de niños "con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario", y a la obtención de los mismos "cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño". Así, de conformidad con el mandato europeo, todo tipo de información que tenga que ver con menores y su *habeas data* tendrá que ser expresada en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender, lo cual, de plano, impide considerar que cumplen dichas exigencias los clásicos formularios caracterizados por una extensión desmedida, que, lejos de informar debidamente, lleva a la extenuación incluso a los adultos más capaces[180].

Igualmente, el Considerando 58 aboga por aumentar la transparencia exigiendo que la información, especialmente la dirigida a menores, se facilite en un lenguaje claro

[178] Artículo 94.1 del Reglamento general de protección de datos: "Queda derogada la Directiva 95/46/CE con efecto a partir del 25 de mayo de 2018". Disponible en boe.es/doue/2016/119/LOOOO1-00088.pdf.
[179] En este punto, queremos mencionar también a la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos. Disponible en boe.es/doue/2016/119/LOOO89-00131.pdf.
[180] DE LAS HERAS VIVES, L. y DE VERDA y BEAMONTE, J.R. "Consentimiento de los menores de edad", en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Las Rozas (Madrid), 2019, pág. 77.

y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información, añade el Considerando, sería pertinente que se facilitara de forma electrónica sobre todo en aquellas situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen.

Entrando ya en el contenido del Reglamento, vemos como tras explicar el objeto y los ámbitos de aplicación material y territorial de la propia norma, aparecen definidos una serie de conceptos entre los cuales queremos destacar dos. El primero, el de los datos personales, que es toda información sobre una persona física identificada o identificable, es decir, el interesado[181]. El segundo, el del tratamiento, que consiste en cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no.

Dicho lo cual, siguiendo con los principios dispuestos en el artículo 5 observamos que los datos personales deben se tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado, así como ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines. Además, deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Por último, decir que los datos personales tendrán que mantenerse de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines de su tratamiento y deberán ser tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental.

Más allá de otras condiciones que se recogen en el apartado uno del artículo 6, nos interesa especialmente la que establece que el tratamiento será lícito si el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos, siendo que, como fija el artículo 7, tendrá derecho a retirarlo en cualquier momento. Aplicándolo al objeto de este trabajo, debemos recordar en este punto lo ya

[181] "Se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

mencionado en el primer capítulo, esto es, que según el artículo 8, cuando la oferta se dirija a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años, de forma que si no ha alcanzado esa edad, será necesario el consentimiento o autorización del titular de la patria potestad o tutela sobre el niño. En este mismo sentido, y aunque le dedicaremos un capítulo específico, sí que queremos avanzar que tratando de dar la mejor respuesta a situaciones en las que el menor ha proporcionado datos de carácter personal sin ser consciente del impacto que esa información subida a Internet podía causarle en un futuro, el reglamento prevé en su artículo 17 el derecho de supresión o el derecho al olvido.

Por otro lado, es destacable también que el Reglamento Europeo, en su artículo 25, regula la necesidad de que todas las aplicaciones de las Tecnologías de la Información y la Comunicación tengan configurada por defecto y desde el diseño la herramienta en cuestión a favor de la privacidad del usuario. Así, el responsable del tratamiento se ve obligado a aplicar las medidas técnicas y organizativas más apropiadas para que, por defecto, se garantice que solo sean objeto de tratamiento los datos personales que sean necesarios para cada uno de los fines específicos del tratamiento, de forma que los datos personales no serán accesibles, sin la intervención del particular, a un número indeterminado de personas físicas. Y todo ello, iteramos, desde el diseño, es decir, sin que el usuario tenga que modificar aspecto alguno de la política de privacidad ni de las condiciones de uso. Lógicamente, estas novedades no afectan exclusivamente a los menores de edad, y probablemente ni siquiera estén destinadas específicamente a ellos, pero es indiscutible los beneficios que les reportan, en tanto que la mayoría no tiene la madurez necesaria como para pensar en el valor de sus datos de carácter personal o en la posibilidad de cambiar las opciones de privacidad.

Con el objetivo de adaptar la legislación española al Reglamento Europeo, de regular el derecho fundamental a la protección de datos y de garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución Española, el Congreso de los Diputados aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[182],

[182] Publicada en BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018, y disponible en boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673.

que consta de 97 artículos distribuidos en 10 títulos. No obstante, no debemos olvidar que los Reglamentos europeos tienen alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro. Así, al no requerir su transposición al ordenamiento interno como en el caso de las directivas, esta Ley Orgánica no regula en su plenitud el derecho fundamental a la protección de datos, sino que adapta en lo necesario el derecho español al Reglamento. En consecuencia, el derecho fundamental a la protección de datos se rige hoy en día tanto por el Reglamento como por la propia Ley, que no debía reproducir lo ya recogido en la norma europea, sino dar seguridad jurídica y desarrollar minuciosamente aquellos aspectos que lo requerían[183].

Pese al notorio interés que podrían generar otros títulos, el artículo más relevante para nuestro trabajo es el artículo 7, relativo al consentimiento de los menores de edad e insertado en el Título II – principios de protección de datos –. Como ya hemos expuesto, el legislador español aprovechó la habilitación del artículo 7 apartado 4 del Reglamento Europeo para establecer que "el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años".

La importancia de este precepto se halla en que la realidad social nos manifiesta cómo la obtención y el tratamiento de datos personales de menores de edad no es un fenómeno aislado, sino que es una cuestión que en portales como Instagram, YouTube y otras redes sociales preocupa sobremanera debido a la constante interacción de los menores, que son usuarios asiduos y pueden acceder a las mismas "a golpe de dedo".

Ello es algo que no se previó en la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal[184], pero sí en el Informe 466/2004[185], realizado por la Agencia Española de Protección de Datos y dónde se afirmó lo siguiente: "Deben diferenciarse dos supuestos básicos, el primero referido a los mayores de 14 años, a los que la Ley atribuye capacidad para la realización de

[183] Por ejemplo, los derechos de rectificación, supresión, limitación del tratamiento, portabilidad y oposición que tienen los titulares de los datos únicamente se mencionan, remitiéndose para su regulación a los artículos del Reglamento Europeo que los desarrollan. Por el contrario, el régimen de la Agencia Española de Protección de Datos o los procedimientos o los procedimientos tramitados por las autoridades de control requieren de una mayor exposición.

[184] Publicado en BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999, y disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750.

[185] Disponible en aepd.es/es/documento/2004-0466.pdf.

determinados negocios jurídicos, y el segundo, al consentimiento que pudieran prestar los menores de dicha edad. Respecto de los mayores de catorce años, debe recordarse en primer término, que el artículo 162.1º del Código Civil exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad a "los actos referidos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". Se plantea entonces si, en el supuesto de mayores de catorce años, ha de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez para prestar su consentimiento al tratamiento de datos, debiendo, a nuestro juicio, ser afirmativa la respuesta, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de catorce años la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para adoptar por sí solos determinados actos de la vida civil. (…). Respecto de los restantes menores de edad, no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el artículo 162.1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez".

Posteriormente, y siendo conscientes ya de esta realidad, el legislador sí que introdujo en el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre[186], por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, las siguientes estipulaciones para el tratamiento de datos de los menores de edad: "1. Podrá procederse al tratamiento 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. 2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. (…)".

Así pues, vemos como el actual artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018 es solo una asunción parcial del artículo 13 del Real Decreto 1720/2007 y contempla dos supuestos

[186] Publicado en BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008, y disponible en boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-979.

bien diferenciados: por un lado, el consentimiento de los mayores de 14 años, y, por el otro, el de los menores de dicha edad. Con esta regulación, todos los menores de 14 años que hagan uso de cualquier aplicación móvil, red social, mensajería instantánea o videojuegos que impliquen el tratamiento de sus datos deberán obtener la autorización de sus padres, tutores o representantes legales.

4.2. Consagración del derecho al olvido para controlar la trazabilidad de la vida digital.

El nuevo contexto surgido a raíz de la revolución digital, donde se manifestó el surgimiento del almacenamiento, tratamiento y transferencia de datos masivos a través de las tecnologías de Internet, es decir, el proceso conocido como Big Data, obligó a los sociedad a reflexionar acerca de las estructuras jurídicas vigentes y sus mecanismos de protección. Los tiempos habían cambiado, y mientras que históricamente la sociedad tendía a olvidar como regla general y solo recordaba por defecto, las nuevas tecnologías, diseñadas para extender los límites de la memoria más allá de la capacidad de las personas, habían conducido a la humanidad al recuerdo eterno. Ello, lógicamente, provocaba una creciente preocupación de la ciudadanía, quien a la vista de la infinita capacidad de Internet y las nuevas tecnologías de almacenar información y hacerla perenne, temía que su vida privada se convirtiera en una parcela universal e indefinidamente accesible para cualquiera, colmando así cualquier expectativa de poder olvidar y empezar de cero sin estar condicionado por los errores del pasado. Se trataba, por lo tanto, de articular un instrumento o una garantía procesal que dotase a los ciudadanos de un mayor control sobre su información personal, de que pudieran suprimir aquellos datos que por unos motivos u otros contribuían a menoscabar su privacidad. En definitiva, un derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la Red contiene[187].

Aunque no esté del todo claro cuál fue el germen del derecho al olvido, lo que sí sabemos es que su fundamento deriva del recientemente analizado derecho a la protección de datos y que la primera referencia al mismo se encuentra en la Sentencia del Tribunal

[187] PAZOS CASTRO, R. "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret* 1/2015, Barcelona, pág. 40.

Superior de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo 2014[188], conocida como "caso Google". Y es que fue en dicha resolución en la que se reconoció la existencia de un derecho al borrado de nuestra información en Internet: "(…) el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma ilícita". Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el tratamiento de datos personales por los buscadores en Internet puede afectar a los derechos fundamentales relativos al respeto de la vida personal y familiar cuando la búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, pues ello permite al internauta hacerse una configuración apriorística de esa persona con base en la lista de resultados ofrecidos[189].

Ahora bien, conviene no perder de vista que, tal y como aclara la propia Sentencia, ello solo afecta a los resultados obtenidos en las búsquedas hechas mediante el nombre de la persona, por lo que la página no debe ser suprimida de los índices del buscador ni de la fuente original. Así, las fuentes permanecerán inalteradas y el resultado se seguirá mostrando cuando la búsqueda se realice por cualquier otra palabra distinta al nombre del afectado, dado que el enlace que se muestra en el buscador sólo dejará de ser visible cuando la búsqueda se realice a través del nombre de la persona que ejerció su derecho.

Por lo tanto, fue en ese caso donde se sentaron las bases para que el derecho al olvido tuviera un reconocimiento expreso en la normativa europea de protección de datos, lo que sucedió con la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679, que en su artículo 17, de forma pionera y bajo la denominación "derecho de supresión", recogió que el interesado tiene derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando estos ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o estén siendo tratados de otro modo; el

[188] Disponible en curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES.
[189] SANCHO LÓPEZ, M. *Derecho al olvido y Big Data: Dos realidades convergentes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 46.

interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento; el interesado se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros motivos legítimos para el mismo; los datos personales hayan sido tratados ilícitamente o se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información o deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento. En consecuencia, el derecho al olvido consistiría en el derecho al borrado digital de hechos pasados que tiene toda persona que se haya sentido vulnerada en su derecho a la privacidad, ya sea por causas justificadas o simplemente porque con el paso del tiempo sus datos personales hayan perdido la virtualidad que un día tuvieron, y ello independientemente del perjuicio causado o de si estos son exactos o ciertos. Y decimos independientemente porque las razones no son esas, sino simplemente que no existe ningún fin lícito que legitime la disponibilidad de dichos datos por parte de terceras personas.

Sin embargo, el apartado 3 de ese mismo artículo 17 rechaza ese derecho al olvido cuando, entre otras cosas, el tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público, en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable o von fines de investigación científica, histórica o estadística. Aun contando con estas razonables salvedades, estimamos que el artículo 17 en su conjunto podría haber profundizado más en las consecuencias o en el alcance del ejercicio del derecho, fijando incluso un límite máximo de tiempo para la expiración de los datos volcados y habiendo garantizado su no utilización con fines ilegítimos. Con ello, el Legislador se hubiera acercado más a la realidad con la que se encuentran los menores cuando deciden darse de baja de una red social.

Por otro lado, el legislador español mantiene en el artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales el contenido y la denominación empleada por la regulación comunitaria, a la que se remite. No obstante, en el artículo 93 incorpora una previsión respecto al derecho al olvido en búsquedas de Internet, y lo mismo hace en el artículo 94 respecto al mismo derecho en servicios de redes sociales y equivalentes, siendo que por el objeto de nuestro trabajo es

este segundo precepto el que mayor interés nos suscita. Así, comentar que con base en su primer apartado, toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información y equivalentes.

En este mismo sentido, el segundo apartado señala que toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio. No obstante, se exceptúan de lo mencionado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

La cuestión más relevante para nosotros viene en el apartado 3 del propio artículo 94, que establece lo siguiente: "En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2". Ello va en consonancia con lo dispuesto en el Considerando 65 del Reglamento (UE) 2016/679, que dispone que el derecho al olvido es particularmente pertinente si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se era plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, siendo que la persona en cuestión podrá ejercer este derecho y suprimir los datos personales facilitados aunque ya no sea un niño.

En este sentido, es de subrayar que las personas en general pero los menores en particular, en pocas ocasiones suelen tomar en consideración la necesidad de obtener el preceptivo consentimiento de los terceros de quienes vuelcan información en su red social, y es precisamente así como las imágenes, los vídeos y los comentarios abundan en una espiral de información digital que deriva en una descontextualización continua que

podría comprometer o condicionar el futuro del individuo identificado – o identificable – en ellos.

De esta forma, pensamos que con estas estipulaciones el Legislador ha querido ver, en cierto modo al menos, las necesidades de especial protección que también tienen los menores en este ámbito. Y ello porque en la actualidad, los menores, desde edades en las que su madurez, desarrollo y formación todavía son ínfimas, facilitan sus datos personales de manera indiscriminada y sin conciencia del peligro que entraña para su intimidad, privacidad y autodeterminación informativa semejante exposición pública. En efecto, pese a ser un colectivo especialmente sensible, raramente saben a priori – actitud preventiva – que están consintiendo el tratamiento automatizado de sus datos personales más íntimos, como sus imágenes, pensamientos, ubicaciones y otros tantos que quedan almacenados en la bases de datos de las redes sociales al alcance de muchas personas de variados intereses, con los inconvenientes que ello puede generar. O si lo saben, bien desconocen por completo sus efectos, o bien los asumen si a cambio pueden acceder al servicio que desean, sumergidos como están en "la cultura de la habitación"[190]. Ello va en relación con que actualmente las políticas de privacidad no ofrecen muchos matices, o se aceptan, con condiciones en algunos casos abusivas, o se rechazan.

Partiendo del principio de prevalencia del interés superior del menor, de lo que se trata es de intentar que los menores usuarios de las redes sociales no pierdan el control sobre la información que les concierne o que, cuanto menos, puedan tenerla a su alcance. Así las cosas, ha sido el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 58/2018, de 4 de junio[191], el que ha delimitado los criterios configuradores del derecho al olvido en línea con lo marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estableciendo que si una persona ejercita este derecho debe prohibirse indexar los nombres y apellidos del recurrente para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital, siendo esta medida idónea, necesaria y proporcionada a los fines propuestos.

No obstante, el Tribunal Constitucional estima que la obligación de desindexar las informaciones por los buscadores de hemerotecas digitales no tiene que llevar a borrar

[190] GIL ANTÓN, A. "La privacidad del menor en internet", en R.E.D.S. núm. 3, septiembre-diciembre 2013, pág 72.
[191] Disponible en boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-9534.

dicha información de las páginas webs de origen, de forma que los nombres y apellidos de los menores no se suprimirán de la fuente principal por considerarse la protección del derecho puede lograrse sin necesidad de acordar su anonimización. Dicho esto, consideramos positivo que el derecho al olvido no solo pueda exigirse frente a los motores de búsqueda sino que se amplíe a "redes sociales y servicios equivalentes".

Uno de los ámbitos donde más problemas puede ocasionar el no ejercicio del derecho al olvido es el laboral. Cada vez son más las empresas que antes de contratar a alguien rastrean sus perfiles de redes sociales para obtener datos personales sobre ella o para visualizar el contenido que sube. Es lo que le ocurrió a Julio Rey, futbolista que no fichó por el Deportivo de la Coruña debido a que cuando era menor de edad escribió un tweet de carácter ofensivo contra el club y su afición. Él mismo lo reconoció y lo achacó a la falta de madurez que hemos mencionado antes: "Un comentario desafortunado el mío, cuando contaba con 17 años y quizás no entendía la repercusión o lo que ello podría acarrear. Es hoy, tres años después, cuando veo las consecuencias y donde he pagado el precio más alto posible. Lo asumo"[192].

Así, vemos como es propio de la condición humana y de los menores cometer errores o cambiar de parecer, opinión o intención. Y de la misma manera, la sociedad debe ofrecer una herramienta jurídica que les de la opción de rectificar, puesto que aquella situación en la que lo cotidiano perduraba de muy pocas formas, ya fuera quedando en la memoria de los intervinientes o documentándose de forma poco accesible, ha cambiado radicalmente y hay que posibilitar el olvido digital como manera de proteger los derechos fundamentales de los menores frente a los nuevos usos y aparatos electrónicos.

Debe ser, por lo tanto, la respuesta al problema generado por el almacenamiento de información personal en la red sin límite temporal, hecho provocado por un avance tecnológico que ha derribado las barreras naturales de tiempo y espacio que les protegían frente al conocimiento perenne de lo que publicaron y comentaron cuando eran menores de edad ignorando los perjuicios que podía ocasionarles en el desarrollo de su vida futura. Como dijo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 486/2013, de 11 de octubre[193], "una vez pagado lo debido, la sociedad debe ofrecerle la posibilidad de

[192] Disponible en https://as.com/futbol/2015/12/28/primera/1451339891_997961.html.
[193] Disponible en www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/53fbf62cab7ced79/20131126.

rehabilitarle e iniciar una nueva vida sin tener que soportar el peso de sus errores del pasado el resto de su vida".

Consecuentemente, el derecho al olvido responde a una necesidad sentida por los ciudadanos de poder controlar la trazabilidad de su vida digital y poder eliminar, o limitar la difusión, de aquellos trazos cuya accesibilidad permanente puede incidir negativamente en su carrera laboral, su crédito o sus relaciones sociales. En este sentido, es remarcable que ya en 2014 la Defensora del Pueblo advirtió en su Informe Anual de la creciente preocupación que están experimentando los ciudadanos con respecto al uso que se hace de sus datos de carácter personal[194]. No obstante, se habrá de ser consciente también de que no se trata de dotar a los usuarios de un poder universal para configurar un pasado o un currículum digital a medida, puesto que el derecho al olvido no es absoluto, sino que está sujeto a numerosas limitaciones por su colisión con otros intereses que el Ordenamiento Jurídico también tutela, como se deriva del propio articulo 17 del Reglamento Europeo de Protección de Datos.

En cualquier caso, lo que está claro es que es un derecho a ser y estar sin que el omnipresente pasado en el entorno digital condicione el futuro vital de las personas; así, supone un claro límite a la memoria eterna de Internet, donde el tiempo es lineal y no se distingue entre pasado y presente, lo que provoca en muchos casos, bien por el transcurso del tiempo, bien por la descontextualización, una vulneración de los derechos fundamentales del afectado, pudiendo perjudicar seriamente el libre desarrollo de su personalidad y su dignidad personal.

Por todo lo dicho, creemos firmemente que el derecho al olvido representa el interés de los ciudadanos en que sus datos personales o hechos que le afectan no permanezcan expuestos indefinidamente, siendo una reacción frente al hecho de que información de nuestro pasado, en el caso que nos interesa como menores de edad, pueda ser utilizada y conocida en el presente para una finalidad diferente de aquella para la que fue inicialmente recogida. Así, constituye una reprobación[195] necesaria y jurídicamente

[194] Página 473. Disponible en http://bit.ly/Informe-DP-2014.
[195] DI PIZZO CHIACCHIO, A. *La expansión del derecho al olvido digital: Efectos de "Google Spain" y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pág. 64.

protegida frente a la difusión permanente y universal de contenidos personales en Internet y en las redes sociales.

5- CONCLUSIONES:

En el presente trabajo, se ha tratado de definir el marco normativo y jurisprudencial de la tutela de los menores frente a los riesgos y peligros de las redes sociales, valorando su adecuación a la especial protección que exige la infancia y abordando de manera integral la nueva realidad.

En lo referido a la proximidad de los "nativos digitales" con las plataformas sociales es donde nos hemos encontrado con el primer punto de conflicto. Estamos hablando de la edad de acceso de los menores a las redes. Es cierto que en el Reglamento (UE) 2016/679, que considera lícito el tratamiento de los datos personales de un niño cuando tenga como mínimo 16 años, y en la Ley Orgánica 3/2018, que haciendo uso de la habilitación prevista en la norma europea adelanta dicho consentimiento a los 14 años, vienen reflejadas edades que nosotros consideramos apropiadas en relación con la madurez de los menores, y también lo es que en los términos y condiciones de uso de las propias redes sociales se exige una edad mínima para registrarse como usuario de una horquilla entre los 13 y los 16 años. Sin embargo, la teoría y la práctica reflejan realidades bien distintas puesto que las estadísticas hablan por sí solas: el 47% de los menores españoles abre su primer perfil en redes antes de los 14 años.

Por lo tanto, debido a la facilidad de registro, observamos como el problema no resulta de la edad mínima que establezca el Legislador o las herramientas de comunicación, sino de la forma con la que verificar la edad que el usuario manifiesta tener en el momento del registro. En este sentido, el artículo 8.2 del Reglamento Europeo de Protección de Datos confiere la responsabilidad de verificar esa circunstancia a los responsables de los servicios, por lo que deberán ser estos quienes a través de los medios que estimen oportunos comprueben la edad de los miembros que pretenden acceder.

En el plano civil, y sin olvidar textos internacionales de gran influencia como la Convención de los Derechos del Niño de 1989, el marco normativo tradicional para la protección de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen

de los menores está principalmente constituido por la Ley Orgánica 1/1982 y a la Ley Orgánica 1/1996.

La primera de ellas recoge entre otras cuestiones qué actuaciones tienen la consideración de intromisiones ilegítimas en los citados derechos en el ámbito de protección delimitado por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. No obstante, pese a ser un listado *numerus apertus*, bajo nuestro punto de vista se sigue un patrón demasiado esquemático que no parece tener en cuenta que los tres derechos de la personalidad que protege no constituyen un derecho tricéfalo, sino que tienen un carácter autónomo y diferenciado entre sí. En cuanto a la segunda, podemos decir que nació precisamente con el propósito de dar un nuevo enfoque a la configuración jurídica del menor y reforzar así los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982. Por un lado, menciona de forma expresa e individualiza en los menores lo que ya recoge la Constitución Española en su artículo 18.4. Y por otro lado, rechaza que el consentimiento prestado por un menor o por sus representantes legales excluya el carácter ilegítimo de una intromisión por parte de los medios de comunicación.

Para nosotros, tomando como base el binomio infancia-protección, es necesario tener en cuenta de alguna manera la especificidad de la infancia y su especial vulnerabilidad para actuar en consecuencia, y dejar sin virtualidad el consentimiento contrario a los intereses del menor creemos que va en ese sentido. Ahora bien, ello no obsta para que tengamos que comentar las contradicciones apreciadas. En primer lugar, y en relación con su propio articulado, no parece muy coherente fijar en el artículo 2 que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva" para a continuación en el artículo 4 negarle validez y eficacia a su propio consentimiento. Y en segundo lugar, con la Ley 1/1982, a la que venía a reforzar pero con la que entra en aparente colisión en el momento en el que no respeta lo que esta dispone en el apartado segundo de su artículo dos: "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando (…) el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso".

Consecuentemente, no cuestionamos la previsión en sí, de hecho la compartimos, pero no nos parece lógico ni garantista que el Legislador haya obviado la contradicción

mencionada, y tampoco que el apartado en cuestión no case con el espíritu del articulado general de la propia Ley Orgánica 1/1996, que trata de resaltar, en línea con lo dispuesto por el artículo 162.1 del Código Civil, la autonomía del menor.

A mayor abundamiento, queremos destacar también que en nuestra opinión tanto la Ley Orgánica 1/1982 como el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996 pecan de inmovilismo, en tanto se muestran excesivamente preocupadas por las vulneraciones que puedan producirse por los medios de comunicación cuando por todos es sabido que hoy en día estos no conforman la plataforma que entraña un mayor peligro respecto a la intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen del menor. En efecto, el cambio de paradigma que han supuesto Internet y, sobre todo, las redes sociales para los menores ha cambiado radicalmente la forma en la que ejercitan sus derechos y, por ende, la manera en la que los mismos sean vulnerados. De esta forma, a la vista del nuevo escenario *on line*, se requiere que la redacción de la normativa se adapte al impacto que la cotidianeidad de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la vida de los menores han comportado en este ámbito, superando así la obsolescencia de la Ley Orgánica 1/1982 en lo que al tratamiento y protección de los derechos de los nativos digitales se refiere y la insuficiencia de la Ley Orgánica 1/1996, que si bien es cierto que en algunos sus artículos nombra a las nuevas tecnologías, no lo ha hecho en el artículo que nos ocupa, el 4, cuya redacción permanece invariable.

En el plano penal, por el contrario, el Legislador sí que le ha dado la trascendencia que se merecía a la categoría denominada cibercriminalidad, potenciada y maximizada como consecuencia del desarrollo tecnológico. Y es que, a diferencia de lo que comentábamos en el ámbito civil, aquí sí que se han sabido apreciar los graves riesgos que representan las redes sociales para los menores y viendo que muchas conductas criminales podían llevarse a cabo en el ciberespacio utilizando para ello medios tecnológicos, que proporcionan una facilidad de acceso y un anonimato inauditos, se ha optado por introducir nuevas categorías delictivas.

De esta forma, aunque fue la Ley Orgánica 5/2010 la que modificó el Código Penal en el sentido de tipificar la conducta conocida como *child grooming* debido a que la extensión de la utilización de Internet y de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación con fines sexuales contra menores había evidenciado tal necesidad, a

efectos de nuestras conclusiones la reforma más amplia vino de la mano de la Ley Orgánica 1/2015. En efecto, fue dicha norma la que introdujo la mayor parte de las categorías que hemos tratado a lo largo del trabajo. Por un lado, se tipificó el "embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos". Por otro lado, se introdujo para todos los delitos contemplados en el Capítulo II bis, relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, una cláusula de exoneración para los casos en los que pese a ser uno de los intervinientes menor de dieciséis años, hay un consentimiento y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez. De esta forma, y nosotros lo compartimos, se concede relevancia al consentimiento de los menores siempre que acontezcan las condiciones previstas.

Además, a la reforma operada en el año 2015 se debe también la regulación de la conducta mencionada en el apartado 7 del artículo 197, consistente en difundir, revelar o ceder sin autorización contenidos íntimos producidos en un ámbito personal y obtenidos con el consentimiento de la persona afectada. Con ello, se cubrió acertadamente la laguna existente en la anterior redacción, que no protegía la difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales en Internet obtenidas con consentimiento de su titular y, por lo tanto, resultaba insuficiente ante las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías para atacar la intimidad de los menores. Además, procede mencionar que para ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas, también se introdujo con la Ley Orgánica 1/2015 un nuevo tipo penal de acoso denominado *stalking*.

No obstante, habiendo resaltado el buen hacer del poder legislativo con la inclusión y/o adaptación de la norma ante el riesgo de sufrir las conductas indicadas supra, creemos que habría que hacer un esfuerzo mayor a la hora de delimitar la relación concursal de todas ellas. Muestra de ello es la falta de unanimidad en la jurisprudencia, donde unas veces ante la concurrencia de determinadas conductas como el *child grooming* y el abuso sexual se opta por aplicar un concurso de leyes y otra un concurso de delitos. Se debe estar a cada caso concreto, pero consideramos prioritario hacer constar de una manera más nítida qué bien jurídico se pretende proteger con la tipificación del *child grooming* o del embaucamiento, por ejemplo. No es lo mismo que se quiera reforzar la seguridad en la infancia a que se opte por preservar la indemnidad sexual. Si estamos ante

lo primero, podría ser concurrente un concurso real de delitos, pero si el bien jurídico protegido es el mismo, estando este seleccionado, individualizado y concretado en una víctima determinada, nos parece desproporcionado mantener ese concurso real cuando el peligro se materializa finalmente en la misma víctima que se eligió al inicio de la ejecución del tipo penal de peligro. De esta forma, se precisa una mayor precisión en la redacción de algunos preceptos.

Igualmente, seguimos echando en falta que se tipifique la suplantación de identidad en Internet. Con la escasa regulación actual, únicamente se castiga la usurpación del estado civil, y ello conlleva que crear un perfil en redes sociales utilizando el nombre y apellidos pero sin apropiarse de su identidad, es decir, sin haber empezado a actuar como si del usurpado se tratase, no sea delito. En consecuencia, el margen de mejora en este campo, si se pretende que usos concretos y determinados de la identidad ajena para finalidades específicas no queden impunes, es enorme y urge actuar con prontitud, sobre todo teniendo en cuenta que el riesgo en los menores se multiplica en comparación con los adultos debido a la ingente cantidad de contenido personal que aquellos comparten en sus perfiles.

Respecto a la responsabilidad penal de los menores, no podemos sino compartir el espíritu que se le quiso dar a la Ley Orgánica 5/2000, cuya orientación se dirige hacia la prevención especial positiva reforzando el modelo de la "responsabilidad" y procurando que sea el propio menor quien percibiera la lesividad de su conducta. Así, creemos que tomar como base la desformalización y desjudicialización del conflicto apostando por procesos educativos y socializadores redunda mayores beneficios para un menor infractor que, no olvidemos, se halla en pleno desarrollo de su madurez y personalidad, y ese, el que los menores merecen, debe ser el enfoque político-criminal que se le de a esta Ley.

En lo atinente a la protección de datos personales y sus poderes de disposición y control, aparte del régimen aplicable al consentimiento de los menores ya comentado, queremos mencionar también el valor de que se haya impuesto a las Tecnologías de la Información y de la Comunicación tener configurada por defecto y desde el diseño la red social en cuestión a favor de la privacidad del usuario, aunque subrayamos que ello no debe ser óbice para que estas aumenten la transparencia de la información y adopten su

lenguaje al de los menores para que estos sean más conscientes de los riesgos de la realidad virtual.

Por último, en cuanto al derecho al olvido las conclusiones son agridulces. Por un lado, desde el punto de vista del interés superior del menor es sumamente positivo que el ejercicio de este derecho lleve aparejada la prohibición de indexar los nombres y apellidos del ejerciente para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital, permitiéndose así eliminar los errores del pasado y que la exposición de los datos no sea indefinida. Supone una reprobación necesaria frente a la difusión permanente y universal de contenidos personales y favorece sin duda alguna el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos.

Por otro lado, y reconociendo no obstante que el derecho al olvido del menor no es fácil de consolidar y configurar desde el punto de vista jurídico, no podemos pasar por alto que todavía quedan cosas por hacer. Más allá de evitar la perennidad de la información publicada, extremo que a nuestro juicio ha centrado probablemente en demasía el objeto del debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es fundamental, relacionándolo con el derecho a la protección de datos personales, avanzar en políticas de privacidad porque no es admisible que constituyan una suerte de "*take it or leave it*", en la medida en que los menores tenderán en la gran mayoría de los casos a aceptarlas aun cuando ello suponga mostrarse conformes con condiciones abusivas. Y comentamos esto porque está precisamente relacionado con las consecuencias que puede comportar que un menor decida darse de baja de una red social, realidad esta a la que el Legislador no se ha acercado. Es cierto que además de proteger la privacidad y los datos desde el diseño y por defecto se ha reconocido vía norma que el consentimiento pueda ser retirado en cualquier momento, pero pensamos que el artículo 17 del Reglamento europeo podría haber ofrecido una regulación más profunda respecto al alcance del ejercicio del derecho, así como, por ejemplo, haber fijado un plazo máximo de expiración de los datos volcados y garantizado su no utilización con fines ilegítimos.

6- BIBLIOGRAFÍA.

BARRERA IBÁÑEZ, S. "Investigación criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de internet", en PÉREZ ÁLVAREZ, S., BURGUERA

AMEAVE, L., y PAUL LARRAÑAGA, K. (Dir.), *Menores e Internet*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

BOLEA BARDÓN, C. "Delitos contra la intimidad", en CORDOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CARRIÓN, S. "En torno a los derechos y deberes del menor", en COBACHO GÓMEZ, J.A. y LEGAZ CERVANTES, F. (Dir.), *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

DE LA MATA BARRANCO, N.J. "El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017.

DE LAS HERAS VIVES, L. y DE VERDA y BEAMONTE, J.R. "Artículo 7. Consentimiento de los menores de edad", en ARENAS RAMIRO, M. y ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Protección de Datos: Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en relación con el RGPD)*, Sepin Editorial Jurídica, Las Rozas (Madrid), 2019.

DI PIZZO CHIACCHIO, A. *La expansión del derecho al olvido digital: Efectos de "Google Spain" y el Big Data e implicaciones del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2018, pág. 64.

DÍAZ CORTÉS, L.M. "Una nueva modalidad del denominado "*child grooming*": análisis en el proyecto de reforma", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885/2014.

– *El sexting secundario entre menores: Bien jurídico y respuesta penal*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

DÍAZ MORGADO, C. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual", en CORDOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DOLZ LAGO, M.J. "Un acercamiento al nuevo delito child grooming entre los delitos de pederastia", en *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, nº 8758, 2016.

FRÍAS BARROSO, Z., SERRANO CALLE, S., MARTÍN NÚÑEZ, J.L., GONZÁLEZ VALDERRAMA, C. y PÉREZ MARTÍNEZ, J. "Evolución del ecosistema Internet. Periodos en la transformación de la red de redes", en PÉREZ MARTÍNEZ, J., FRÍAS BARROSO, Z. y URUEÑA LÓPEZ, A. (Edi.), *La evolución de Internet en España: del Tesys a la economía digital.*

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. "El nuevo delito de acceso de niños con fines sexuales a través de las TIC", en *Estudios penales y criminológicos*, ISSN 1137-7550, nº 31, 2011, págs. 207-258.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. *Lecciones de Derecho Civil: Parte General y Derecho de la Persona*. Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010.

GIL ANTÓN, A., en el Proyecto de Investigación "Promoción del aprendizaje ético-cívico en Internet. Política, familia y escuela", financiado por el "II Plan Propio de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Universidad Internacional de La Rioja", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 36/2014, parte Cuestiones. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

– "El menor y la tutela de su entorno virtual y la ley de reforma del Código Penal", en *Revista de Derecho Uned*, núm. 16, 2015.

– "La privacidad del menor en Internet", en *R.E.D.S.* núm. 3, septiembre-diciembre 2013.

MANGAS MARTÍN, A. "La protección internacional de los derechos del niño", en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 4, diciembre 1998.

MURILLO DE LA CUEVA, P.L. "Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del Proceso", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 37, nº 109, enero – abril 2014.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. "Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012.

PAZOS CASTRO, R. "El funcionamiento de los motores de búsqueda en Internet y la política de protección de datos personales, ¿una relación imposible?", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret* 1/2015, Barcelona.

PÉREZ FERRER, F. "La regulación del child grooming en el ordenamiento penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio", en el *I Congreso Internacional sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*. Universidad de Granada, 2013.

PRENSKY, M. *Digital Natives, Digital Immigrants.*

RUIZ BOSCH, S. "El nuevo delito de *stalking* o acoso obsesivo".

SÁNCHEZ BENÍTEZ, C. "Sobre la difusión no consentida de las prácticas de "sexting" y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197 del Código Penal)", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 51/2019 parte Estudios Jurídicos, Cizur Menor, 2019.

SANCHO LÓPEZ, M. *Derecho al olvido y Big Data: Dos realidades convergentes*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SILLERO CROVETTO, B. "El sujeto de derecho: La persona física", en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y MORENO-TORRES HERRERA, M.L. (Coor.), *Manual Básico de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2012.

STUART MILL, J. *Sobre la Libertad*. Freeditorial.

URIARTE QUESADA, D.V. *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal.* Tesis doctoral, Sevilla, 2015.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 1/2000; 2/2006.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 486/2013, de 11 de octubre. (AC 2013/1921).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña 323/2019, de 16 de julio. (JUR 2019/241665).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 43/2019, de 5 de marzo. (JUR 2019/158529).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 268/2017, de 3 de mayo. (ARP 2017/831).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 220/2017, de 27 de octubre. (ARP 2017/1555).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 84/2017, de 7 de marzo. (ARP 2017/573).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 164/2018, de 12 de junio. (JUR 2018/235760).

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril. (RTC 1985/53).

Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1989, de 13 de noviembre. (RTC 1989/1985).

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 20 de febrero. (RTC 1994/57).

Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril. (RTC 1994/117).

Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero. (RTC 1998/11).

Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1998, de 2 de diciembre. (RTC 1998/231).

Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio. (RTC 1999/134).

Sentencia del Tribunal Constitucional 180/1999, de 11 de octubre.(RTC 1999/180).

Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2001, de 2 de julio. (RTC 2001/156).

Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2003, de 30 de junio. (RTC 2003/127).

Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2014, de 27 de enero. (RTC 2014/7).

Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2018, de 4 de junio. (RTC 2018/58).
Sentencia del Tribunal Supremo 378/2000, de 14 de abril. (RJ 2000/2565).

Sentencia del Tribunal Supremo 774/2006, de 13 de julio. (RJ 2006/4969).

Sentencia del Tribunal Supremo 740/2008, de 22 de julio. (RJ 2008/4613).

Sentencia del Tribunal Supremo 765/2008, de 22 de julio. (RJ 2008/7062).

Sentencia del Tribunal Supremo 1096/2008, de 13 de noviembre. (RJ 2009/406).

Sentencia del Tribunal Supremo 1120/2008, de 19 de noviembre. (RJ 2008/6055).

Sentencia del Tribunal Supremo 635/2009, de 15 de junio. (RJ 2009/6642).

Sentencia del Tribunal Supremo 402/2014, de 15 de julio. (RJ 2014/3553).

Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero. (RJ 2015/1405).

Sentencia del Tribunal Supremo 482/2015, de 22 de septiembre. (RJ 2015/4016).

Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre. (RJ 2015/6401).

Sentencia del Tribunal Supremo 259/2016, de 20 de abril. (RJ 2016/1343).

Sentencia del Tribunal Supremo 1001/2016, de 18 de enero de 2017. (RJ 2017/54).

Sentencia del Tribunal Supremo 91/2017, de 15 de febrero. (RJ 2017/302).

Sentencia del Tribunal Supremo 109/2017, de 22 de febrero. (RJ 2017/520).

Sentencia del Tribunal Supremo 199/2017, de 27 de marzo. (RJ 2017/1450).

Sentencia del Tribunal Supremo 324/2017, de 8 de mayo. (RJ 2017/2385).

Sentencia del Tribunal Supremo 777/2017, de 30 de noviembre. (RJ 2017/5417).