



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2022/2023

Convocatoria de marzo

LA PATRIA POTESTAD Y LA ACTIVIDAD DE LOS MENORES EN LAS REDES SOCIALES.

THE PATRIA POTESTAD AND THE ACTIVITY OF MINORS ON SOCIAL NETWORKS.

Realizado por la alumna Sara Elisa Padrón Hernández.

Tutorizado por Miguel Gómez Peral.

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento de Derecho Civil.



ABSTRACT

In this paper I will cover the study of parental authority through the control exercised by parents over their children's social networks. The exposure of privacy online and all the dangers that it entails for minors make parents worry and use control mechanisms to guarantee the safety of their children. We will see that the concept of parental authority has evolved significantly in recent decades and that the rights recognized to minors are increasingly giving rise to a weighting of rights: the duty to safeguard the best interests of the minor exercised by parents through law. Exercise of parental authority and the minor's right to the private sphere. When we are faced with an indeterminate legal concept, such as the best interest of the minor, the task of defining it is more complicated, so we will study the principles and elements established by the Supreme Court. To conclude, I will try to analyze a possible solution to the conflict to know to what extent parents can or should influence the social networks of their children without incurring an illegitimate interference in their personality rights.

Key Words: Minors, social networks, parental rights, consents, higher interest, sufficient maturity.



RESUMEN

El presente trabajo abarcará el estudio de la patria potestad mediante el control que ejercen los padres sobre las redes sociales de sus hijos. La exposición de la intimidad en la red por parte de los menores y todos los peligros a los que se arriesgan, conlleva a que los padres se preocupen y utilicen mecanismos de control para garantizar la seguridad de sus hijos. Veremos que el concepto de patria potestad ha evolucionado significativamente en las últimas décadas y que son cada vez más los derechos reconocidos a los menores, dando lugar a una ponderación de estos: el deber de velar por el interés superior del menor que los padres ejercen a través del ejercicio de la patria potestad y el derecho al ámbito privado del menor. Cuando nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, como es el interés superior del menor, la tarea de delimitarlo es más complicada, por lo que estudiaré los principios y elementos que establece el Tribunal Supremo para acotar el concepto en cada caso. En definitiva, intentaré analizar una posible solución al conflicto para conocer hasta qué punto pueden o deben los padres incidir en las redes sociales de sus hijos sin llegar a incurrir en una intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad.

Palabras clave: Menores, redes sociales, patria potestad, consentimiento, interés superior, madurez suficiente.



ÍNDICE.

1. Introducción	1
2. El acceso de los menores a las principales redes sociales	3
2.1. Políticas de acceso y privacidad de <i>Twitter</i>	5
2.2. Políticas de acceso y privacidad de <i>Instagram</i>	7
2.3. Políticas de acceso y privacidad de <i>Facebook</i>	8
3. La capacidad del menor en la actualidad	11
3.1. Interés superior del menor y concepto de madurez suficiente	14
4. Los derechos de los menores en relación con el uso de las redes sociales	17
4.1. El derecho a la intimidad, propia imagen y el honor	19
4.1.1. El fenómeno <i>sharenting</i>	24
4.2. El derecho a la protección de datos personales	26
5. La patria potestad en el ámbito de las redes sociales	30
5.1. Límites al ejercicio de la patria potestad en el uso de las redes sociales por sus hijos	34
5.2. Intromisiones de los padres en las redes sociales de sus hijos	40
6. Conclusiones	47

1. INTRODUCCIÓN.

El control que ejercen los padres sobre las redes sociales de sus hijos constituye un tema actual a la par que controvertido. El enorme desarrollo de la sociedad, los avances que ha experimentado y la propia evolución de la tecnología en los últimos años han dado lugar a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a un nuevo escenario desconocido anteriormente: La Red.

La rapidez con la que ha avanzado conlleva que la cantidad de información acumulada en internet supere cualquier concepto de privacidad conocido hasta el momento y, con ello, acarree una serie de problemas derivados del propio uso de las redes sociales. Los datos que son publicados pueden llegar a permanecer en la red de por vida, dejando completamente expuesto, entre otros, a uno de los colectivos más protegidos por nuestra regulación: los menores.

Para abordar el estudio del tema, además de tratar la creciente evolución de la capacidad del menor en la actualidad, es necesario comenzar con la definición de dos conceptos fundamentales a la hora de tratar de menores: el interés superior del menor y el concepto de madurez suficiente. Para dar respuesta al principal objeto de la presente investigación he diferenciado dos cuestiones fundamentales: la regulación del acceso a las principales redes sociales junto con los derechos del menor implicados en las mismas y la actuación de los padres mediante el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la primera cuestión, es necesario conocer la regulación establecida por las redes sociales para los menores de edad. Se trata de las llamadas “políticas de acceso y privacidad” de las principales redes sociales. Por la dificultad que encierra poder abarcar el concepto de derechos fundamentales sin dedicar un solo trabajo a cada uno de ellos, analizaré las principales cuestiones sobre la vulneración de algunos derechos personalísimos involucrados con los menores en el

ejercicio de la patria potestad. La evolución del concepto de patria potestad otorga al menor el reconocimiento propio de estos derechos, modificando la injerencia que tienen los padres sobre sus hijos.

En lo relativo a la segunda cuestión, cabe recalcar que no es objeto de este trabajo el estudio exhaustivo de la patria potestad, pues podríamos dedicarle una tesis doctoral para poder analizar la evolución de dicho concepto. Por tanto, centraremos el estudio en los deberes y derechos de los padres relativos al control de las redes sociales de sus hijos.

A demás del estudio de la legislación concerniente al tema objeto del presente trabajo, abarcaremos las diferentes posiciones doctrinales y la jurisprudencia, cuya búsqueda ha sido compleja debido a que la fiscalización por parte de los padres de las redes sociales de sus hijos no trasciende, por regla general, más allá de una riña familiar y no tiende a judicializarse.

Finalmente, el estudio de estas cuestiones nos llevará a delimitar hasta qué punto pueden los padres incidir sobre las redes sociales de los menores. Es decir, en qué momento pasa la conducta de ser el cumplimiento de un deber a una intromisión ilegítima en la intimidad o la propia imagen del menor.

2. EL ACCESO DE LOS MENORES A LAS PRINCIPALES REDES SOCIALES.

La evolución de la tecnología camina a pasos agigantados, incrementándose su desarrollo de forma imparable y llegando a sobrepasar, en algunos casos, nuestro propio entendimiento. Su uso extensivo ha revolucionado las formas tradicionales de acceder a la información, sobre todo, por parte de los menores.

La Constitución Española, en el momento de su promulgación, ya preveía este auge de la informática y la difusión de la información en la red mediante algo tan sencillo como “un solo clic”. Algunos constituyentes apostaron por todas las limitaciones posibles a la informática, por lo que en el tenor literal del artículo 18.4 C.E.¹, a pesar de la poca incidencia de la tecnología en ese momento, se establece la limitación de su uso para garantizar una serie de derechos constitucionales.

Sin embargo, no era previsible que la tecnología revolucionaría el mundo de los menores mediante la aparición de un concepto que crearía toda una nueva generación: las redes sociales. Se trata de una herramienta social cuya principal función responde a la interacción entre usuarios con el fin de compartir información. La llegada de las redes sociales supuso un gran avance. Se trata de un medio de comunicación que permite al usuario contactar con casi cualquier parte del mundo en cuestión de segundos. Diversos derechos fundamentales pueden verse afectados por el uso de las redes sociales², pero esto no implica que la vulneración no se produzca también fuera de la red, sino que mediante su uso no somos conscientes del riesgo existente³. Esta sensación de impunidad resalta aún más en el caso de los menores, quienes publican una cantidad inimaginable de datos

¹ El art. 18.4 de la Constitución Española establece que «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».

² Tal y como pone de manifiesto HERRÁN ORTIZ: “Las redes sociales existen y se han desarrollado antes de Internet. Por eso es necesario hacer una diferenciación entre las redes analógicas (redes sociales Off-Line) y las redes digitales (redes sociales On-Line), centrandó en este análisis la atención en estas últimas”. HERRÁN ORTIZ, A. I.: “Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010, pág. 526.

³ ABA CATOIRA, A.: “Los menores ante Internet”. *Derecho y Nuevas tecnologías*, 2018, pág. 6 y 7.

personales a las redes sin conocer a qué riesgos se enfrentan o qué consecuencias puede llegar a tener.

Estos jóvenes forman parte del colectivo de los llamados *nativos digitales*⁴, que al familiarizarse con las tecnologías desde una temprana edad tienen una mayor facilidad para su uso y manejo. Esta habilidad puede hacerles sentir más cómodos en el mundo *online*. Sin embargo, que cuenten con un gran manejo de las redes sociales no es incompatible con que tengan mayores dificultades a la hora de localizar los riesgos y enfrentarse a ellos.

En un primer momento las redes sociales nacieron con un fin totalmente alejado del uso actual. El uso de redes sociales como Facebook tenía como finalidad retomar el contacto con antiguos amigos, compañeros del colegio, universidad, etc., que con el paso de los años se habían distanciado sin mantener algún tipo de conexión. Lejos de esto, desde una temprana edad los menores acceden a las redes sociales con el fin de interactuar con miles de usuarios, en su gran mayoría desconocidos y, en muchos casos, se registran incluso sin el consentimiento de sus padres. Por esta razón se ha tenido que regular el acceso de los menores a las redes sociales para poder otorgar una mayor protección a los mismos.

En nuestro ordenamiento no existe ninguna regulación específica que establezca una edad mínima para acceder a las redes sociales de forma genérica. Sin embargo, podemos deducirlo de lo dispuesto en el Reglamento 2019/679 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 los datos personales y a la libre circulación de estos datos, por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD) y en el que se expone un margen que permite a los Estados Miembros determinar la edad siempre que no sea inferior a los trece años. Nuestra legislación, mediante el artículo 7 de

⁴ De acuerdo con la definición de *nativos digitales* aportada por este autor. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, vol. 1, 2012, pág. 54.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, (en adelante LOPDPGDD) dispone la edad de catorce años para que el consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales sea válido. Además, en la misma línea nos encontramos con la Ley 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que recoge en su artículo tercero que serán válidos para prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales si su madurez lo permite, de acuerdo con la legislación civil y, de no ser así, deberá otorgarse el consentimiento por los titulares de la patria potestad.

Podemos concluir de la legislación al respecto que los menores de catorce años no pueden acceder a las redes sociales sin el consentimiento paterno, pero aclaramos que no se trata de una restricción de acceso a las redes, sino de la validez del consentimiento prestado para el tratamiento de los datos personales en la red. Los mecanismos establecidos para efectuar el control de acceso varían dependiendo de las distintas redes sociales, que intentan adaptarse a la normativa establecida mediante las diversas políticas de acceso y privacidad. En conclusión, a partir de los 14 años los menores pueden tener su propia cuenta en las redes sociales, sin necesidad del consentimiento paterno o materno para el tratamiento de sus datos personales.

2.1.POLÍTICAS DE ACCESO Y PRIVACIDAD DE LA RED SOCIAL *TWITTER*.

La plataforma social conocida como *Twitter* cuenta con diversas políticas dedicadas al acceso, a la información, a la protección y a los posibles delitos cometidos en La Red. El estudio exhaustivo de cada una de las políticas de la plataforma *Twitter* sobrepasa los límites de un trabajo de investigación por lo que, en esta ocasión, realizaré un estudio generalizado haciendo hincapié en aquellas relacionadas con el tema objeto principal a tratar.

Nos interesan aquellas políticas que determinan la edad de acceso a la red social *Twitter*. En un primer momento la plataforma no disponía de un servicio de verificación de edad⁵. Es el 25 de mayo del año 2018, tras la entrada en vigor del RGPD y, con el fin de endurecer las condiciones para que las empresas usen los datos de sus usuarios y otorgar una mayor protección, en nuestro caso, al menor, cuando la red social comienza a exigir que las personas que usen el servicio sean mayores de 13 años.

No obstante, esta normativa no consigue afectar a todos los usuarios por igual. La red social en un primer momento, a la hora de crear una cuenta no solicitaba como requisito obligatorio la fecha de nacimiento, sino que daba opción a ello, por lo que, tras la entrada en vigor de la normativa europea, *Twitter* tendría acceso a la restricción de aquellas cuentas que hubieran establecido su fecha de nacimiento y esta fuese relativa a menores de 13 años en el momento de su creación, de acuerdo con lo establecido en nuestra legislación.

En cuanto a la edad mínima de acceso a la red social, *Twitter* establece los 13 años. Es necesario tener claro que la edad mínima de acceso y la edad mínima para consentir el tratamiento de sus datos personales son conceptos distintos. Por ello, el acceso a las redes sociales se encuentra determinado en las políticas de acceso a ella y la edad para consentir el tratamiento de los datos personales viene regulado por la normativa europea y nacional al respecto.

El resto de los usuarios, que no habían establecido una fecha de nacimiento para determinar su edad, podrían seguir utilizando la red social con algunos límites para respetar el RGPD mediante la verificación de edad. Para ello, esta red social crea una herramienta con la finalidad de que las cuentas utilizadas para usos comerciales determinen si un seguidor tiene la edad mínima exigida para compartir su información. En consecuencia, las marcas sólo podrán compartir su contenido con

⁵ Políticas de acceso de Twitter. Recuperado de <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies> (fecha de última consulta: 2 de febrero de 2023).

aquellas personas que han establecido una fecha de nacimiento y esta supera la edad mínima de 13 años, pero esto no sucede con el resto de los usuarios privados que utilizan la red social, por lo que siguen quedando desprotegidos ante el resto de los usuarios.

Aunque se trata de una solución de cumplimiento de la nueva normativa vigente, consigue filtrar parte del contenido que se divulga en redes hacia los menores. El único medio utilizado por *Twitter* para garantizar el cumplimiento de la ley se basa en establecer una fecha de nacimiento que verifique la edad mínima establecida. Por tanto, cabe cuestionarnos si puede existir un control real sobre la veracidad de dichas fechas a la hora de darnos de alta en una red social, teniendo en cuenta que *Twitter* cuenta con alrededor de 353 millones de usuarios y resulta, prácticamente imposible, comprobar la veracidad de la edad de cada uno de ellos.

2.2.POLÍTICAS DE ACCESO Y PRIVACIDAD DE LA RED SOCIAL *INSTAGRAM*.

Lo mismo ocurre con la red social *Instagram*. En los últimos años esta plataforma ha actualizado sus políticas y, ante la imposibilidad de establecer un control real entre los millones de usuarios que están registrados en la red social, se ha centrado, en mayor medida, en otorgar herramientas a quienes ejercen la patria potestad, para que sean ellos los que cuenten con los medios para proteger a los menores en La Red.

Tras la entrada en vigor de la normativa europea aludida anteriormente, esta red social tuvo que adaptar sus políticas de acceso y de protección de datos a la nueva edad de acceso: los 14 años⁶. Por ello, esta plataforma obliga a los usuarios a indicar su edad a la hora de acceder a la red social. Sin embargo, esto no fue así siempre, por lo que existen cuentas que no han tenido que verificar su edad para ser creadas.

⁶ Políticas de acceso de Instagram. Recuperado de <https://about.instagram.com/es-la/blog/announcements/continuing-to-make-instagram-safer-for-the-youngest-members-of-our-community> (fecha de última consulta: 2 de febrero de 2023)

Ante esto, a diferencia de *Twitter*, la red social *Instagram* establece mecanismos para poder controlar a los menores que accedieron a la red social antes de la normativa, pidiendo la edad de forma intensificada y dando un ultimátum (no poder usar más la aplicación) a quien no proporcione voluntariamente ese dato. Sin embargo, nos encontramos ante la misma cuestión planteada anteriormente: cómo podemos controlar que los jóvenes no mientan sobre su fecha de nacimiento.

Dada la imposibilidad de controlar esta cuestión, la plataforma pretende utilizar las tecnologías para proteger a los adolescentes verificados en la red mediante técnicas como la restricción de los mensajes enviados entre adolescentes y adultos que no se siguen, el envío de avisos de seguridad que promuevan la cautela entre los adolescentes en sus conversaciones con adultos a los que siguen, la recomendación a los menores de que mantengan su contenido de forma privada o incluso con guías para los padres mediante las que promuevan una experiencia positiva y segura en Instagram.⁷

2.3. POLÍTICAS DE ACCESO Y PRIVACIDAD DE LA RED SOCIAL *FACEBOOK*.

Del mismo modo comienza en el año 2010 a actuar la red social mundialmente conocida, Facebook que establece el límite de edad para crear una cuenta, en los 14 años, llegando en algunas jurisdicciones territoriales a establecer un límite superior.

En cuanto a los requisitos de acceso a *Facebook*, es necesario utilizar el mismo nombre que utilizas en la vida diaria, proporcionar información exacta sobre ti, crear una sola cuenta y usarla para fines personales. Esta plataforma restringe su uso a los condenados por delitos sexuales,

⁷ Políticas de acceso de Instagram. Recuperado de <https://about.instagram.com/es-la/blog/announcements/continuing-to-make-instagram-safer-for-the-youngest-members-of-our-community> (fecha de última consulta: 2 de febrero de 2023)

aquellos que hayan sido inhabilitados con anterioridad por haber infringido las Condiciones o Políticas de *Facebook*.

En cuanto a la edad de acceso, anteriormente se limitaba a inspeccionar aquellas cuentas previamente denunciadas por pertenecer a menores, pero es a partir del año 2018 cuando comienza a exigir un comprobante que acredite su identidad a todas aquellas cuentas que, sospechosamente, no cumplan con la normativa. Para facilitar este control establece una opción para que cualquier usuario pueda denunciar las cuentas de menores que no cumplan con el requisito de edad y, tras rellenar un formulario, proceden a la eliminación de la cuenta del menor⁸. Se trata de un mecanismo que permite a cualquier usuario denunciar una cuenta que sospechosamente pertenezca a menores que no cumplen el requisito de la edad.

Una vez determinado el requisito de la edad, tras acceder a la red social no puedes realizar cualquier tipo de actividad en ella de manera arbitraria. Existen políticas que restringen el uso de estas a aquellos que infrinjan las normas comunitarias o alguna de las políticas, aquellas cuentas que suban contenido ilegal, engañoso, discriminatorio o fraudulento. Dicha política nos proporciona una protección a la hora de utilizar esta red social, aunque no supone una labor complicada acceder a ella sin cumplir los requisitos de edad exigidos, una vez en ella otorga protección a los usuarios, restringiendo el uso de aquellas cuentas que puedan llegar a ser peligrosas o contengan contenido inadecuado.

Tras conocer las principales políticas de acceso a las redes sociales, la aplicación de la normativa puede parecer sencilla. Sin embargo, constituye una labor compleja, puesto que desde el momento en el que se crea un perfil en la red social aparece la primera dificultad: verificar que el usuario que se registra en la red social cuenta con la edad mínima para ello. Como vimos

⁸ Políticas de acceso de Facebook. Recuperado de <https://es-es.facebook.com/help/157793540954833> (fecha de última consulta: 2 de febrero de 2023).

anteriormente la mayoría de las redes sociales utilizan como método de verificación una fecha de nacimiento, lo que permite acceder fácilmente a cualquier persona introduciendo un año distinto. Es necesario avanzar en el proceso de la verificación de la edad, como por ejemplo mediante el DNI para poder localizar de forma eficaz a los usuarios menores de edad y así efectuar los mecanismos necesarios para garantizar su protección.

Por esta razón, tanto el legislador español como el europeo trató esta cuestión en el artículo 13.4 del Real Decreto 17/2007, de 21 de diciembre, 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. Ya disponía que *“corresponderá al responsable del fichero o tratamiento, articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado, en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”* y, a su vez, el artículo 8.2 del RGPD establece que *“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”*.⁹

Además de la normativa al respecto, la labor establecida por padres, profesores y demás personal que traten con menores, a la hora de concienciar y sensibilizar sobre el uso adecuado de las redes sociales, constituye la base para una mayor protección del menor. Los administradores de las redes sociales parecen centrarse en una edad mínima para consentir el acceso al tratamiento de los datos personales, alejándose de la función de protección del interés del menor, que corresponde

⁹ En concordancia establece el artículo 28.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que *“los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento”* y añade en su apartado segundo que *“para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse en los siguientes supuestos”* y recoge lo siguiente en el apartado e): *“cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad”*.

a los titulares de la patria potestad o a los tutores. Esta afirmación supone una tarea más laboriosa para los progenitores quienes, en aras de proteger al menor en la esfera de las redes sociales, deben conocer la actuación de sus hijos en La Red sin llegar a constituir una intromisión de los derechos que le son reconocidos.

3. LA CAPACIDAD DEL MENOR EN LA ACTUALIDAD.

El concepto de capacidad jurídica se encuentra íntimamente ligado al de personalidad. Así argumenta ALBALADEJO que *“la capacidad jurídica coincide con la condición de ser capaz y que, como jurídicamente es persona todo aquel que el derecho acepta como miembro de la comunidad, esto lleva consigo la atribución de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas¹⁰”*. En referencia a la persona física, la personalidad determina la capacidad jurídica y, el Código Civil, en su artículo 29 establece que *“el nacimiento determina la personalidad”*.

En un primer momento, a los menores de edad se les incluía en un estado de incapacidad absoluta hasta que adquirían la mayoría de edad. En este escenario, la distinción entre capacidad de obrar general y capacidad de obrar de la persona, pone en tela de juicio la concepción de los menores como incapaces. DE CASTRO apoyó esta teoría afirmando que la capacidad de obrar era inseparable de la persona y, por ello, no podía, en ningún caso, restringirse totalmente¹¹.

A pesar de la anterior concepción del menor como sujeto desprovisto de derechos, otros autores como LACRUZ BERDEJO defendían que el concepto de capacidad de obrar debía reconocerse en mayor o menor medida dependiendo de *“la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes”¹²*. Sin embargo, para determinar la capacidad precisa de cada individuo es

¹⁰ ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil*, XIII edición, Madrid, 2007, pág. 37.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos de la persona*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 197.

¹² LACRUZ BERDEJO, J.L.: *“Elementos de Derecho Civil I. Parte General”*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 4.

necesario atender a un estudio de su personalidad, pero esto supondría una labor tan extensa y compleja que resulta imposible llevarla a la práctica. Es por ello por lo que se ha optado por establecer el límite de la edad como principal criterio a la hora de determinarla.

En tiempos pasados, DE CASTRO ya establecía tres causas para justificar esta limitación de la capacidad de obrar de los menores. En primer lugar, la falta de conocimiento natural. El menor no cuenta con la madurez suficiente para realizar determinados actos. La segunda causa alude a la falta de independencia, ya que el menor se encuentra sometido a un régimen de tutela o patria potestad hasta que adquiere la mayoría de edad. Y, finalmente, la condición de protegido del menor, pues el ordenamiento jurídico otorga una especial protección a este colectivo¹³.

La promulgación del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre la mayoría de edad, adelantó un gran cambio en la capacidad del menor mediante el reconocimiento de la mayoría de edad a los dieciocho años, límite que anteriormente se encontraba a los veintiún años. Sin embargo, es más relevante el motivo que justificó la reducción de este límite *“fundada en que la instrucción recibida durante una escolarización más prolongada y la abundante información de que hoy día dispone la juventud ha hecho a esta a esta apta para hacer frente a las exigencias de la vida a una edad más temprana, que en tiempos pasados”*¹⁴.

Por esta razón, nuestra Constitución fijó en su artículo doce que la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, momento en el que el sujeto menor adquiere la plena capacidad de obrar. Nuestra legislación se vio obligada a armonizar lo establecido por La Constitución y por la innegable evolución social que había sufrido el menor, por lo que se realizaron numerosas reformas legislativas como La Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que representa una nueva concepción de la capacidad de los menores de edad.

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos de la persona*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968. pág. 232.

¹⁴ Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre la mayoría de edad.

A partir de entonces cambia totalmente la percepción jurídica del menor, la imposición de superioridad y el mandato autoritario por parte de sus progenitores evoluciona hacia una protección integral y, por tanto, se reconoce al menor como un verdadero sujeto de derechos. No obstante, aunque se considere que los menores son aptos para ser sujetos de derechos y obligaciones, no llegan a alcanzar una capacidad de obrar total, sino que cuentan con limitaciones para determinados actos jurídicos en los que requerirán el consentimiento de aquellos que ostentan su patria potestad o tutela para que puedan garantizar su protección.¹⁵

Además, se promulgó la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su Exposición de Motivos decía que:

“Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.”

¹⁵ LEAL PEREZ-OLAGUE, M.L.: “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1996, págs. 1210-1313.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor fue modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con la intención de dotar de mayor protección a este colectivo que ha sufrido una evolución social a lo largo de la historia. De acuerdo con ANTONIA NIETO, esta ley, junto con las previsiones del Código Civil en esta materia, constituyen el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad en la actualidad¹⁶.

La última reforma realizada mediante la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica introduce modificaciones en la normativa al respecto. A partir de este momento todas las personas gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones y se suprimen las figuras que representaban al menor por medidas de apoyo para complementar mediante la desaparición en este ámbito de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada con el objetivo de evitar la representatividad y garantizar medidas asistenciales para evitar intereses o abusos.

3.1.EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y CONCEPTO DE MADUREZ SUFICIENTE.

Antes de proceder al estudio de los derechos de los menores afectados por el uso de las redes sociales; es necesario delimitar dos conceptos íntimamente relacionados con el ámbito del menor: el principio de interés superior del menor y el concepto de madurez suficiente. El estudio pormenorizado de estos conceptos se excede del contenido del presente trabajo, por lo que centraré su estudio en relación con los menores y las redes sociales

El interés superior del menor se encuentra recogido tanto en el artículo 39 de nuestra Constitución Española, donde se dispone que *“los niños gozarán de la protección prevista en los*

¹⁶ NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2016, pág. 2.

acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, como en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño de la Asamblea de Naciones Unidas que proclama en su primer párrafo “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Además, la nueva redacción del artículo 2 de la LOPJM menciona el principio del interés superior del menor que pretende proteger y garantizar los derechos reconocidos a los mismos. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia, ha introducido modificaciones de vital importancia con la finalidad de reforzar y desarrollar el derecho del menor a que su interés superior sea primordial. Definido por el Tribunal Supremo como “principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social”¹⁷.

Este principio inspirador busca otorgar su protección, y sus representantes deberán velar en todo caso por el “*interés superior del menor, su desarrollo integral y su dignidad personal, debiendo anteponer estas cuestiones a cualquier otra*”¹⁸. No obstante, es necesario tener en cuenta la madurez con la que cuenta el menor en cada caso, por lo que haremos una breve mención al concepto de madurez suficiente.

¹⁷ STS (Sala Primera) de 17 de septiembre 1996 (ES:TS: 1996:6722).

¹⁸ MACÍAS CASTILLO, A.: “Protección de la imagen de los menores” en AA.VV. LLAMAS POMBO, E.: *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, 1ª edición, Editorial La Ley, Madrid, 2009, págs. 623-646.

Del artículo 162.1 del Código Civil se deduce que los menores de edad no requieren de sus representantes para ejercitar los derechos de la personalidad en determinados actos, es decir, “*actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”, pero para ello deben contar con el juicio y la madurez suficiente para comprender el alcance y las consecuencias de sus actos.

El Comité de Derechos del Niño de la ONU en la Observación General nº 12 (2009)¹⁹ aporta una definición sobre el concepto de madurez suficiente al exponer que “*madurez hace referencia a la capacidad para comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño [...] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente*”.

Resulta clara la incapacidad de actuación del menor en determinados casos, pues como afirma LÁZARO GONZÁLEZ “*son indudables los riesgos que conlleva dejar totalmente en manos del menor la determinación de su interés. No olvidemos que se trata de una persona en formación y con escasa experiencia, de ahí que pueda equivocarse más fácilmente*”.²⁰ Algunos autores relacionan el término de madurez suficiente con la capacidad de autogobierno, como es el caso DE LAMA AYMÁ²¹, pero lo cierto es que no se encuentra definido como tal en la legislación y se debe observar el caso concreto para determinarlo, lo que permite a los jueces un amplio margen de decisión al respecto. Tal y como recoge la Doctrina de la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores²², se ha intentado reforzar la protección de estos derechos respecto

¹⁹ El Comité de Derechos del Niño de la ONU en la Observación General nº 12 (2009); disponible en <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar>

²⁰ LÁZARO GONZÁLEZ, ISABEL.: *Los menores en el Derecho español*. Madrid, Tecnos, 2002, p. 115.

²¹ “*La existencia de autogobierno se da cuando el grado de desarrollo intelectual y emocional del individuo le permite decidir libre, consciente y racionalmente, sobre aquellos ámbitos relativos a la dignidad y a la personalidad, sin necesidad de acudir a otros mecanismos de tutela*”. LORENTE LÓPEZ, M.ª. C.: *Los Derechos al Honor, a la intimidad personal y Familiar y a la Propia Imagen del Menor*, 1ª ed., Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

²² Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2006-00002>

a los menores de edad, de forma 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 una manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define y por tratarse de seres en proceso de formación, más vulnerables por tanto ante los ataques a sus derechos”*.

4. LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN RELACIÓN CON EL USO DE LAS REDES SOCIALES.

Con las nuevas tecnologías los menores se encuentran más expuestos a ser víctimas de delitos en internet; es así debido al anonimato que puede proporcionar internet. Son diversos los delitos perpetrados *offline* que pueden llegar a consumarse en el contexto *online*. Nos encontramos con el término de ciberdelincuencia, definido por FLORES PRADA como *“delitos que se cometen fácilmente y requieren recursos escasos en relación al perjuicio que causan, sus rastros se transforman y pierden con rapidez, pueden cometerse en una jurisdicción sin estar físicamente presente en el territorio sometido a la misma y se benefician de las lagunas de punibilidad que pueden existir”*²³. Si bien es cierto que el abanico es muy extenso, alguno de los principales delitos que sufren los menores en la web son el *grooming* (una forma de acoso a un menor en la que un adulto se gana su confianza con fines de carácter sexual), el *ciberbullying* (el acoso entre menores mediante la red), el *sexting* (un intercambio voluntario de contenido visual erótico con el fin de chantajear a la víctima) o la suplantación de identidad (tiene lugar cuando se hacen pasar por otro sujeto y actúan en su nombre, por ejemplo, mediante perfiles falsos), entre muchos otros. El legislador regula estas conductas delictivas en los artículos 183, 189, 173, 197 y 401 del Código Penal, pero antes de llegar a cometerse constituye objeto de los titulares de la patria potestad el hecho de evitar que este tipo de conductas se lleven a cabo.

²³ FLORES PRADA, I.: “Prevención y solución de conflictos internacionales en materia de ciberdelincuencia”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695/0194), núm. 17, 2015.

La finalidad de esta investigación no consiste en estudiar este tipo de delitos sino qué actuaciones legítimas pueden realizar los padres para evitar estos peligros sin incidir en la esfera íntima del menor. En cualquier caso, debemos ser conscientes de que tales conductas no son susceptibles de ser sufridas por menores, sino causadas por ellos, especialmente en nuestro supuesto cuando son ejecutadas contra otros menores.

La Constitución Española en su artículo 18.1 recoge y garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se trata de derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a los menores. Así está consagrado en normas internacionales como, por ejemplo, la ya nombrada anteriormente Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 de la Asamblea de las Naciones Unidas, que expone en su resolución 44/252 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 y a su reputación”*.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor (en adelante LPJM) constituye el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad. Sin embargo, la evolución de la situación del menor a lo largo de la historia ha provocado la necesidad de mejorar los instrumentos de protección jurídica. Por esta razón fue necesaria la promulgación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Podemos recalcar, entre otras, la modificación del apartado primero del artículo 5, que establece que *“los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos”*.

Los menores, en aras de garantizar ese derecho de acceso a la información deben poder hacer uso de las tecnologías, sin que puedan restringirlas por completo, puesto que iría en contra de la su evolución. Y, para ello es necesario conocer aquellos derechos personalísimos implicados en el uso de las redes sociales y recogidos en la LPJM.

4.1. DERECHO A LA INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y HONOR DEL MENOR EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES.

En primer lugar, al hablar del derecho a la intimidad tratamos el derecho por antonomasia más amenazado por la aparición de las redes sociales. Es el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 el que introduce el derecho a la intimidad y establece que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*²⁴. También se pronuncia al respecto el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁵ junto con el Tribunal Constitucional en la STC de 30 de junio de 2003 en la que expone que *“implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción de conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana”*²⁶. En la misma línea contamos con la definición de ALBALADEJO que reconoce el derecho a la intimidad como *“el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”*²⁷.

²⁴ Declaración aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

²⁵ Adoptado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, el texto del Convenio fue modificado en varias ocasiones; la última, por el Protocolo No. 11 (STE No. 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998.

²⁶ STC (Sala Primera), de 30 de junio de 2003 (ES:TC:2003:126).

²⁷ ALBALADEJO, M.: Derecho Civil I, Introducción y Parte General, ed. 15, Ed. Bosch, Barcelona, 2002, pág. 66.

Junto al vertiginoso auge que ha experimentado la expansión de las redes sociales, nos encontramos ante una nueva percepción de la intimidad. Los menores publican todos los hechos personales en las redes sociales, quedando expuesta toda su intimidad de manera voluntaria. Al respecto se pronuncia OROZCO PARDO y señala que la intimidad implica “*un entorno social y una libertad de exclusión sobre unos aspectos de la vida de la persona que no afectan, ni pueden afectar a la vida de los demás*” y añade que “*en nuestro país cerca de 13 millones de personas forman parte de alguna de las llamadas comunidades virtuales con un crecimiento continuado del 20% anual, y la mayoría son menores de edad*”²⁸. Es por ello por lo que este autor utiliza el término *extimidad* para referirse al contenido que los usuarios hacen público en la red social, un término muy interesante ya que en este caso los menores sobrexponen su intimidad de manera descontrolada sin medir las consecuencias.

A razón de lo expuesto, nos damos cuenta de la paradoja que supone la llegada de las redes sociales. Las barreras que existían para proteger la intimidad han desaparecido con su uso, siendo los propios usuarios los que las han eliminado dejando libre el acceso a terceros sobre la vida de los demás.

La reciente moda entre los menores, usuarios de las redes sociales, de publicar prácticamente todos los aspectos de su vida, provoca que el ámbito de la intimidad pueda parecer prácticamente inexistente para ellos. Esto supone una mayor dificultad a la hora de regular estos conceptos y seguir protegiendo estos derechos fundamentales cuando son los propios titulares los que sobrepasan la esfera privada en el mundo online. La velocidad a la que avanza la tecnología en la red supone un obstáculo para el ordenamiento jurídico, que debe adaptarse a los continuos cambios para poder regular uno de los escenarios más cambiantes y complicados del momento.

²⁸ OROZCO PARDO, G: “Intimidad, privacidad, *extimidad* y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?”, en AA.VV. JAREÑO LEAL, A.; BOIX REIG F. *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010, pág. 381-402.

Íntimamente ligado al derecho a la intimidad y a las redes sociales se encuentra el derecho a la propia imagen, definido por la doctrina constitucional y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como *“un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública y a impedir la obtención, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”*²⁹. Además, este derecho, en común con el derecho a la intimidad, cuenta con una ampliación en el propio texto constitucional, concretamente en su artículo 20.4, en el que establece que la libertad de expresión o información tiene como límite el derecho a la intimidad o a la propia imagen.

Ahora bien, el legislador, a la hora de proteger estos derechos, aplica un régimen diferente en el caso de los menores de edad que, a pesar de ostentar la titularidad de estos derechos, como expusimos anteriormente, cuentan con una regulación específica que estudiaremos a continuación.

En cuanto al derecho al honor, que ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia como *“la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás (aspecto externo) y en el sentimiento de uno mismo (aspecto interno)”*. Resulta incoherente pensar que la intromisión de los padres en las redes sociales de sus hijos pretenda vulnerar este derecho, debido a que son los principales responsables de proteger el interés superior del menor y respetar, en todo caso, el desarrollo de la personalidad de estos. No obstante, este derecho puede ser vulnerado por terceras personas e incluso es uno de los principales efectos psicológicos del acoso escolar. Es necesario resaltar la importancia de este derecho, no solo en relación con el objeto del presente trabajo, dado que durante la actividad de los menores es muy común que se divulgue contenido que afecte al honor de otros menores, sino en cualquier ámbito distinto a la red. Un estudio realizado en el periodo de 2021/2022 por la Fundación A.N.A.R. sobre la conducta suicida y la salud mental en la Infancia

²⁹ STS (Sala Tercera) de 24 de julio (ES:TS: 2012:8612).

y la Adolescencia en el año 2022³⁰ demuestra que el uso de las TIC por parte de menores es uno de los factores determinantes en las muertes de menores por suicidio. Esta fundación hace mención del término *cibersuicidio* y expone que “*hace referencia a la acción de quitarse la vida, motivado por la influencia entre otras variables, de páginas de contenido de ayuda, influencia o motivación para cometer el suicidio*”. Aunque continuamente se procura cerrar su acceso en los servidores, se trata de uno de los peligros que supone el uso de las redes sociales por parte de los menores, no sólo por el peligro a ser víctimas de ello sino responsables. Además, directamente relacionado con el derecho al honor, nos encontramos con el término *ciberbullying*, y, de hecho, se ha demostrado que los menores, víctimas de este acoso, cuentan con mayores conductas suicidas.

En cuanto a la normativa al respecto, debemos destacar 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 que establece, en su artículo séptimo, una lista “*numerus apertus*” que contiene las intromisiones ilegítimas a estos derechos, es decir, “*aquella injerencia de un tercero en el ámbito protegido de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de otra persona, sin que tal conducta pueda ampararse ni en el consentimiento del titular del derecho lesionado ni en la concurrencia de ninguna otra causa de justificación*”³¹.

Se trata de una lista abierta dado que para considerar una intromisión ilegítima debemos atender a las circunstancias sociales y tecnológicas de cada momento. Son propias del contexto digital las recogidas en el apartado segundo del nombrado artículo: “*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*”. Por tanto, la utilización de los padres de medios

³⁰ Disponible en <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2022/12/Estudio-sobre-Conducta-Suicida-en-la-Infancia-y-la-Adolescencia-20-12-2022.pdf>

³¹ CASTILLA BAREA, M.: “Algunos casos de vulneración del derecho a la protección de datos personales en el entorno de las redes sociales y de las aplicaciones de mensajería instantánea”, en VÁZQUEZ DE CASTRO, L. M. (Dir.): *Internet y los Derechos de la Personalidad. La protección jurídica desde el punto de vista del Derecho Privado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pag. 88-89.

para acceder sin consentimiento a las redes sociales de sus hijos supone una intromisión ilegítima. Además, el tercer apartado alude a *“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 de contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo”*. Lo que supone que *“cualquier persona que realice alguna de estas conductas está incurriendo en una intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley”*, es decir, se trata de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

De otra parte, en su artículo segundo recoge que no se aprecia una intromisión ilegítima en dichos derechos siempre que se efectúe su consentimiento expreso y, además, en el caso de los menores expone su artículo tercero que el consentimiento podrá prestarse por ellos mismos cuando sus condiciones de madurez lo permitan conforme a la legislación civil. De no ser así, serán sus representantes legales quienes presten el consentimiento poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal que, si se opone transcurrido el plazo de ocho días, la decisión quedará en manos del juez.

En un ámbito más específico respecto del menor de edad, nos encontramos con 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. La Exposición de Motivos apartado I LOPJM recoge: *“la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales (...), basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo”*³². Además, el artículo 4.1 LOPJM reconoce la titularidad de estos derechos a los menores de edad. No obstante, otorgar a los menores el reconocimiento de estos derechos de forma absoluta,

³² Exposición de Motivos apartado I de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, expone la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados en los últimos años por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo.

sin establecer ningún límite, podría llegar a convertirse en una forma de desprotegerlos. Esta limitación al menor de un derecho fundamental, lejos de restringir sus derechos, lo que pretende es protegerlos, blindando el ejercicio de sus derechos de la personalidad.

La regulación, con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales del menor en la red establece en su artículo 84.2 LOPDGDD que *“la utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la LOPJM”*.

El legislador busca proteger al menor de los riesgos existentes en la red por parte de desconocidos, dando por hecho que sus tutores o representantes deben actuar en el mismo sentido. Sin embargo, la actual moda de publicarlo todo en la red no sólo se extiende entre los menores de edad. La llegada de las redes sociales constituye un fenómeno mundial que tiene lugar en todas las franjas de edad y en muchos casos son los propios padres y madres los que exponen la imagen del menor en redes tal y como examinamos a continuación.

4.1.1. EL FENÓMENO SHARENTING.

Una vez estudiada la legislación sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen es interesante aportar que, en la misma línea, recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto y recoge que *“siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico³³”*. El Supremo afirma que el consentimiento de los padres es necesario para la publicación de la imagen del menor y, cuando esto

³³ STS (Sala Primera), de 30 de junio de 2015 (ES:TS:2015:2856).

ocurre, tiene lugar el fenómeno denominado *sharenting*. Se trata de un anglicismo que proviene de *share* (compartir) y *parenting* (paternidad) y consiste en documentar la temprana vida del menor mediante imágenes y vídeos en las redes sociales.

Partimos de que los padres tienen la responsabilidad de velar por el interés superior del menor y garantizarles una protección frente a ataques de terceros mediante el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, en algunos casos esta premisa no se corresponde con la práctica y prima la imprudencia en el cumplimiento del deber de velar por los hijos, integrante de la patria potestad. Supone un hecho normalizado que un padre suba en redes la evolución del crecimiento y desarrollo de su hijo y, siempre que ambos progenitores estén de acuerdo, el legislador no interviene. El artículo 4.3. LOPJ dispone que “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”. El consentimiento del menor o de sus representantes legales es irrelevante cuando se dan dichas circunstancias lesivas para el menor. En los demás casos la decisión de “colgar una foto” de los hijos en una red social debería pertenecer al menor cuando éste cuente con la madurez suficiente, considerándose que la alcanza al cumplir los doce años en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 LOPJM. De lo contrario serán los padres quienes tomen la decisión, pero no sin contar con el principio de interés del menor, que se regula en el artículo 2 de la misma ley y sin el propio menor.

Por una parte, constituye una exigencia del cumplimiento de la LOPJM que el interés superior del menor se considere como primordial en cada una de las decisiones que conciernen al menor, tal y como vimos en el epígrafe anterior. Y por otra, tal y como recoge el artículo 9.1 de la LOPJM, los hijos menores de edad cuentan con el derecho a ser oídos y su opinión tendrá mayor

peso según vayan adquiriendo mayor madurez. El problema radica en que la actuación de los padres se realiza de forma unilateral, sin tener en consideración la opinión del menor acerca de ello.

4.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

Cuando hablamos de privacidad nos referimos a un término reciente no incluido en el propio Diccionario de la Real Academia Española hasta el año 2001, pero que sí usaban en el derecho anglosajón anteriormente como “privacy”³⁴. Los avances de la tecnología y de la red hicieron necesario castellanizar un término para regular un concepto ya existente (intimidad), en una realidad muy diferente a la que conocíamos (la red), dando lugar a un derecho fundamental autónomo: el derecho a la protección de datos de carácter personal.

Este derecho entraña muchos problemas en las redes sociales, dado que la cantidad de datos personales que registramos en la red debe garantizar algún tipo de protección, por un lado, para reservar una esfera íntima reconocida constitucionalmente; y por otro, para garantizar que esos datos personales no sean utilizados para fines desconocidos por el titular de los datos.

En cuanto a su regulación es importante mencionar que en el ámbito internacional era necesario armonizar el derecho de protección de datos, como derecho objetivo, debido a la internacionalización de la información en la red. En la décadas pasadas nos encontramos con documentos internacionales en materia de protección de datos personales y privacidad como El Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal³⁵ o La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las

³⁴ TOSCANO MÉNDEZ, M.: “Sobre el Concepto de Privacidad. Relación entre privacidad e intimidad”, *Revista de filosofía moral y política*, 2017, pág. 533-552.

³⁵ Disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447>

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos³⁶, derogada el 25 de mayo de 2018 por el RGPD.

En virtud del artículo 8.1 del RGPD se habilita a los Estados Miembros de la Unión Europea a establecer por ley una edad mínima de 16 años para considerar lícito el consentimiento para el tratamiento de sus datos en la red y, en caso de que los Estados miembros establezcan por ley otra edad, no puede ser inferior a los 13 años.

La anterior Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal omitía alusión alguna a la minoría de edad. Como dijo VÁZQUEZ DE CASTRO *“en el año de promulgación de la Ley no se apreciaba que los menores de edad requiriesen una atención especial o que existiese la necesidad de apartarse de las normas generales que regulan la capacidad de obrar”*³⁷. Dado el *“boom”* que ha supuesto en los menores de edad el uso de internet y, sobre todo, el uso de las redes sociales en la actualidad era necesario tomar en consideración al menor y proveerlo de una regulación especial para el uso de sus datos personales.

Mediante el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, que desarrollaba la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal se distingue el régimen respecto de los menores de edad admitiendo el tratamiento de sus datos personales a los menores mayores de 14 años³⁸. En su preámbulo, apartado III, establece que *“el título II, se refiere a los principios de la protección de datos. Reviste particular importancia la regulación del modo de captación del consentimiento atendiendo a aspectos muy específicos como el caso de los servicios*

³⁶ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1995-81678>

³⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 29, 2012, pág. 54. Artículo 13.1 Real Decreto 1720/2007 *“Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”*.

³⁸ Artículo 13.1 Real Decreto 1720/2007 *“Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”*.

de comunicaciones electrónicas y, muy particularmente, la captación de datos de los menores". Esto faculta a los mayores de dicha edad a aceptar por sí mismos el tratamiento de sus datos personales, excepto cuando la ley exija el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela.

El 6 de diciembre de 2018 entró en vigor la nueva LOPDPGDD. Este texto legislativo nace con la intención de adaptar al contexto nacional el RGPD de la UE.

En el ámbito nacional, el consentimiento juega un papel muy importante. La LOPDPGDD define el consentimiento, en su artículo 6.1, como *“toda manifestación de voluntad libre e inequívoca específica e informada, mediante la que el interesado admite el tratamiento de sus datos”*. Esta premisa es de aplicación para todos los usuarios mayores de 18 años. Sin embargo, a los menores de edad no se les aplica esta norma y se rigen por lo dispuesto en su artículo 7, que establece que *“el tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando éste sea mayor de catorce años”*, exceptuando en el segundo párrafo del artículo aquellos supuestos en los 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”*. Este precepto exceptúa la celebración de un acto o negocio jurídico, ya sea de forma *online* u *offline*, en cuyo contexto el consentimiento para el tratamiento exigirá una determinada edad en cada caso que puede exceder de los catorce años. Por tanto, en determinados casos, la edad de 14 años podrá verse elevada.

Queda claro que, a los catorce años, tal y como establece la ley, el menor cuenta con la capacidad suficiente para poder prestar su propio consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. El tratamiento de los datos de los menores por debajo de la edad señalada será lícito si consta el consentimiento del titular de la patria potestad o la tutela y con el alcance y las limitaciones que estos señalen.

En el caso de menores de catorce años, en virtud de lo establecido por el artículo 12.6 de la LOPDGDD, la ley permite que los titulares de la patria potestad ejerciten en nombre y representación de los menores de dicha edad los derechos de acceso, rectificación, cancelación, limitación, portabilidad u oposición sobre el ejercicio de los derechos. Podemos decir que los menores de dicha edad pueden estar condicionados a un control legítimo de los datos personales proporcionados en la red, respecto de los responsables del tratamiento de los datos personales.

El menor mayor de 14 años podrá consentir de forma válida el tratamiento de sus datos personales, lo que conlleva a verificar la edad del menor en cada procedimiento para validar su consentimiento. Y, además, es necesario analizar la implicación que surge del tratamiento de sus datos personales respecto del ejercicio de sus derechos en cada caso, puesto que, aunque el régimen no difiere de los mayores de edad puesto que cumplen con la edad mínima establecida por ley, es necesario salvaguardar el interés superior del menor, cuya madurez total no ha alcanzado todavía³⁹.

Ni el RGPD ni la LOPDGDD se pronuncian al respecto de las formas de comprobar la edad del menor, pero esto no puede restarle valor a esta exigencia, constituye una obligación del responsable del tratamiento de los datos personales demostrar que el tratamiento es legítimo y, por ende, que ha realizado los esfuerzos suficientes para poder comprobar la edad del menor, lo que se entiende como principio de proactividad.

Reconocer capacidad suficiente para decidir sobre el tratamiento de sus datos personales a los menores de edad no implica reconocer que sean conscientes de forma absoluta de los riesgos y peligros que conlleva, por lo que las garantías de protección deberán extremarse. La protección del interés superior del menor la encontramos reflejada en el artículo 6.1 f) donde se establece que el

³⁹ SERRANO PÉREZ, M.: “El consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de datos personales (Comentario al art. 7 LOPDGDD)”, en TRONCOSO REIGADA, A.: *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Civitas, Pamplona, 2021, págs. 1001-1002.

tratamiento será lícito si *“es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño”*.

La normativa al respecto regula el tratamiento de los datos suministrados en la red por los responsables de los ficheros, pero no se pronuncia sobre el uso por parte de los demás usuarios de la red social de las publicaciones, fotos y contenidos que suministran los menores en internet. Por ello debemos hacer especial mención al artículo 84.1 de la LOPDGDD⁴⁰ que responsabiliza a los titulares de la patria potestad del uso que realicen los menores, en el contexto del presente trabajo de investigación, de las redes sociales. Como prueba del carácter jurídico de esta previsión se configura como infracción grave, con prescripción de dos años, no acreditar la realización de esfuerzos razonables para verificar la validez del consentimiento prestado por un menor de edad o por el titular de su patria potestad o tutela sobre el mismo, conforme a lo requerido por el artículo 8.2 del Reglamento (UE) 2016 (art. 73.b). Esta responsabilidad deriva del deber de protección del menor, propia del ejercicio de la patria potestad, que hace descansar en los padres, más que en los responsables de los ficheros digitales, el deber de proteger al menor en este ámbito.

A pesar de que se trata de un tema muy interesante, a la par de controvertido, el principal objeto del presente trabajo son las injerencias de los padres en las redes sociales de sus hijos mediante el ejercicio de la patria potestad. Porque, más que el tratamiento de sus datos personales por las redes sociales, a los progenitores les preocupa con quién interactúan los menores, qué tipo de contenido publican en las redes sociales y, sobre todo, si son conscientes de los peligros que entrañan las mismas.

⁴⁰ Artículo 84.1 LOPDGDD: *“Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales”*.

5. LA PATRIA POTESTAD EN EL ÁMBITO DE LAS REDES SOCIALES.

En el ámbito de las redes sociales la patria potestad juega un papel excepcional para otorgar la protección necesaria a los menores en la red⁴¹. Una evolución de la capacidad del menor da lugar a una evolución legislativa para garantizar su eficacia, y claros ejemplos son la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modificó el artículo 154 del Código Civil, que concierne justamente a la patria potestad. Se trata de una normativa de suma importancia debido a que su redacción proviene de la iniciativa de la ONU, que proclamó como uno de sus principios rectores, en materia de menores, el del respeto a los menores.

El párrafo segundo del artículo 154 del Código Civil dispone que *“La patria potestad, como responsabilidad parenteral, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”*. De este precepto cabe recalcar los incisos *“en interés de los hijos”*, *“de acuerdo con su personalidad”*, *“y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”*. Además, expone en el segundo párrafo del segundo apartado del artículo que *“si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten”*.

Otro ejemplo lo encontramos con la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Adolescencia frente a la violencia cuyo objeto es *“Garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia”*. En este caso, el artículo 154 del Código Civil fue

⁴¹ CARLOS LASARTE define la patria potestad como “el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de los padres”⁴¹. De forma más extensa señala la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1975 que *“es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor”*. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, 2007, pág. 393.

modificado y, en concreto, el penúltimo párrafo quedó redactado de la siguiente forma: *“si los hijos o hijas tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario”*.

Autores como AIME ROJAS, M. mencionan incluso de una revolución del concepto de patria potestad como resultado de las nuevas eras tecnológicas. Consideran que *“el avènement de las nuevas tecnologías, internet y las redes sociales; y su uso, cada vez más masivo, ha importado una redefinición del ejercicio de la patria potestad de los padres hacia sus hijos”*⁴². Los deberes y derechos derivados de la patria potestad deben ser coherentes con los cambios sociales, culturales y tecnológicos del momento. Entender la normativa de manera rígida y literal conllevaría a una desvinculación de la principal función del concepto de la patria potestad: proteger al menor.

En el presente trabajo, nos hemos centrado en el estudio de los derechos de la personalidad referidos en el artículo 154 del Código Civil, dado que en el ámbito de estos derechos surgen fundamentalmente los conflictos sobre la intervención paterna en el uso que realizan sus hijos menores de edad de las redes sociales. El artículo 162 del Código Civil atribuye a los padres la representación legal de sus hijos menores de edad no emancipados. A su vez, los derechos de la personalidad permiten al menor que cuenta con la madurez suficiente a efectuar dichos actos sin la representación legal que concierne a los titulares de la patria potestad. En cuanto al concepto de madurez suficiente, determinarlo requiere un estudio en cada caso, puesto que la evolución de la capacidad del menor no atiende a un criterio general que sea exacto, como hemos visto en el tercer epígrafe del presente trabajo.

⁴² AIME ROJAS, M.: “Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de internet y las redes sociales”, *Revista de derecho privado*, núm. 2, 2014, pág. 100.

Además, recoge el precepto legal que en todo caso la patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, es decir, atendiendo al interés superior del menor. Partimos que cualquier actuación efectuada por los padres mediante el ejercicio de la patria potestad debe garantizar este principio. En cuanto al contenido de este principio, recoge el Tribunal Supremo, en su sentencia número 705/2021, de 19 de octubre (ES:TS:2021:3863) que *“para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso”*.

Cada vez son más los derechos y el ámbito de actuación que han ido adquiriendo los menores a lo largo de la historia, alejándonos de la figura autoritaria del padre que existía hasta hace unas décadas. En la actualidad, los menores son mucho más participativos en los actos civiles e incluso, en algunos casos, pueden llegar a prestar consentimiento por sí mismos; un ejemplo lo encontramos en el artículo 1263 del Código Civil que establece que *“los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”*. Aunque nos encontramos con una mayor autonomía del menor respecto a tiempos pasados, esto no quiere decir que exista una total libertad de acción equiparable a la de los sujetos mayores de edad. Concretamente en el ámbito de las redes sociales, corresponde a los padres el deber de velar, en todo momento, por el interés superior del menor y garantizar su protección frente a terceros conforme a la ley.

De cualquier manera, esta notoria evolución no exime a los hijos del cumplimiento de sus deberes que operan, a su vez, como límite a la hora de actuar. Es importante traer a colación el artículo 155 del Código Civil del que se desprende el deber de obediencia de los hijos respecto de

las decisiones tomadas por sus padres. Dada la responsabilidad que ostentan los progenitores como titulares del ejercicio de la patria potestad, es necesario dotarlos de instrumentos para poder garantizar la protección de los menores, por ello el artículo establece que *“los hijos deben obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre”*. Así establecía DÍEZ-PICAZO, *“porque no existe este deber específico respecto del progenitor que no sea titular de la patria potestad y tampoco existe cuando la patria potestad se ha extinguido”*⁴³.

En el ámbito de las redes sociales, este deber constituye una base para evitar intromisiones ilegítimas de los padres y conseguir un uso adecuado y responsable de las mismas. Si el titular de la patria potestad advierte al hijo de no interactuar con desconocidos, el menor tiene la obligación de obedecerlo teniendo presente que la finalidad del padre debe ser siempre buscar el beneficio del menor de edad. Sin embargo, la principal respuesta al presente trabajo de investigación surge con la siguiente cuestión: cuando el hijo no obedece y el padre accede a su esfera íntima restringiendo el uso legítimo de sus redes sociales, ¿nos encontramos ante una intromisión ilegítima? Para poder determinar las actuaciones que constituyen una intromisión, debemos delimitar los límites con los que cuentan los padres durante el ejercicio de la patria potestad, en el ámbito específico de las redes sociales.

5.1. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL USO DE LAS REDES SOCIALES POR SUS HIJOS.

Los progenitores en el cumplimiento del deber de velar por el bienestar y la seguridad de sus hijos en el ámbito de internet se enfrentan a numerosos peligros. No obstante, no se trata de una tarea fácil cuando la intromisión de los padres por velar por su seguridad debe mantener siempre el respeto a su intimidad y no puede constituir una privación absoluta del acceso del menor a las redes

⁴³ DÍEZ-PICAZO, L: “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en AA.VV. PONCE DE LEON, L.: *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, núm. 1, 1982, pág. 9.

sociales. Tal y como afirmaba BATUECAS CALETRÍO “*el control que ejerzan los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales, ni puede anular la personalidad del menor, ya que la legislación vigente lo imposibilita, ni debe hacerlo, porque de ser así coadyudaría a una involución del concepto mismo de patria potestad, acercándolo a la vieja idea que de esta se tenía como poder absoluto del poder sobre el hijo*”⁴⁴.

El rol de los padres, con todos los avances informáticos de la sociedad, ha cambiado en cierto modo. Los niños pasan una gran parte de su vida tras aparatos electrónicos como “*tablets*”, “*smartphones*” u ordenadores que cuentan con acceso a internet y, por tanto, a cualquier red social. Por ello, en este trabajo de investigación intentaré dar respuesta a una principal cuestión: ¿dónde está el límite de actuación de los padres respecto al uso que hacen sus hijos de las redes sociales?

Todos los derechos son limitados y su aplicación no puede significar un ejercicio irracional o arbitrario, todos los derechos deben atender tanto a su finalidad, como a los distintos cambios sociales del momento. Es por ello por lo que no tendría sentido que los límites vinieran tasados en la ley e hicieran referencia a una serie de conductas estipuladas de manera cerrada. Es necesario atender a distintos criterios y circunstancias para dar con los límites con los que cuentan los padres a la hora de acceder a las redes sociales de sus hijos.

Podemos acudir a distintos textos legales para justificar el control paterno y materno sobre las redes sociales de los menores, como el artículo 4.5 y 5.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴⁵ que otorga la protección del menor frente a los derechos personalísimos nombrados anteriormente y el derecho a la información de estos. Pero en cuanto a los límites, debemos partir

⁴⁴ BATUECAS CALETRÍO, A.: “El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales”, en AA.VV. APARICIO VAQUERO, J.P.: *En torno a la privacidad y protección de datos en la sociedad de la información*, Comares, 2015, pág. 137.

⁴⁵ El artículo 4.5 y 5.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establecen que: “*Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros*” y “*los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales*”. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

del artículo 154 y 156 del Código Civil y examinar cada caso en particular para establecer el baremo necesario que delimita el deber del ejercicio de la patria potestad, de una intromisión ilegítima en la intimidad del menor.

El primer límite que expone la legislación civil establece que el ejercicio de la patria potestad deberá ser practicado en beneficio de los hijos. Según DÍEZ PICAZO *“modaliza la potestad y su ejercicio y hace inadmisibles los actos que entrañan beneficio exclusivo del titular, suponiendo una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto de interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y sede”*⁴⁶. Se trata de una presunción *iuris tantum*, lo que impide que se utilice este límite como obstáculo para la actuación eficaz de los padres durante el ejercicio de la patria potestad. Pero esta limitación no se concreta con esa definición, que guarda una esencial relación con el interés superior del menor. Más que delimitar este concepto o definirlo de forma precisa, debemos entenderlo como un principio para llegar a comprender la ambigüedad que resulta de su práctica.

En un primer momento, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no aportaba una definición del concepto, limitándose en su artículo 2 a manifestar la primacía de este interés sobre cualquier otro. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se incluye una definición extensa que establece 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 privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L Y PONCE DE LEÓN, L; GUILLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Edición Tecnos, 1997, pág. 276.

La decisión judicial en cada caso concreto no puede basarse en la discrecionalidad, “*debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio*”⁴⁷. Por ello, el artículo 2 de la Ley 8/2015 se especifican los criterios generales, entre los que cabe destacar el siguiente:

“La posibilidad de participar en la determinación de su interés superior, atendiendo en todo caso a su edad, madurez y desarrollo personal”. Este criterio se relaciona directamente con el tema objeto principal del presente trabajo. El menor debe participar en la toma de decisiones si las condiciones de madurez y edad lo permiten. Más explícitamente, se entiende que el menor de edad puede hacer uso de sus redes sociales sin que sus padres puedan acceder sin su permiso.

Además, estos criterios se tendrán en cuenta en función de una serie de elementos, de los que hemos relacionado dos con el presente trabajo: “*la edad y madurez del menor*”, a parte del criterio de la edad debemos atender a la madurez del menor en cada caso que, aunque se adquiere de forma evolutiva hasta cumplir la edad de 18 años, no transcurre de igual forma en todos los menores. Debemos atender “*la preparación para el tránsito del menor de la vida infantil a la adulta. Evitando que dicho tránsito sea perjudicial, y atendiendo siempre a todas sus capacidades para que sea lo más sencillo posible*” la utilización de las herramientas tecnológicas de manera adecuada favorece a la evolución del menor, por lo que restringir su uso conlleva a una traba en el desarrollo del menor⁴⁸.

⁴⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Exposición de motivos.

⁴⁸ 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. Artículo 2.3.

Nos damos cuenta de que a la hora de estipular aquellas conductas que suponen un límite en la actuación de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, no podemos atender a la literalidad de la norma sin tener en cuenta diversos elementos en cada caso. A colación se pronuncia el Tribunal supremo y afirma que *“no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor”*⁴⁹.

En relación con esto, podemos ver la STC 141/2000 que tiene lugar con la demanda de separación de D. Pedro Carrasco y Doña Carmen García con motivo, entre otras razones, de *“la dejación de las obligaciones familiares por parte de Don Pedro tras su unión al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España”*. Tras la demanda, se formula un régimen de visitas respecto de sus hijos menores de edad en el que el padre adquiere el siguiente régimen *“los fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y de verano”*.

Doña Carmen apeló la sentencia fundamentándose, especialmente, en el peculiar hábito alimenticio que sigue el padre y las altas posibilidades de adoctrinamiento a los menores de esta asociación. El Ministerio Fiscal se opuso a la apelación junto con Don Pedro. No obstante, la Audiencia Provincial de Valencia, previo estudio de las pruebas adoptadas impone una restricción superior a la establecida y expone que *“se supriman todos los periodos vacacionales, y que los fines de semana alternos se desarrollaran a elección del apelado, desde las diez horas hasta las veinte horas del sábado y domingo, sin que pernocten en el domicilio del apelado”*.

Don Pedro acude en amparo esta última sentencia al entender que la misma había atentado contra su libertad religiosa e ideológica pues, alega el recurrente, que la restricción del régimen de visitas es consecuencia de su fe. Alega que la legislación civil al respecto permite suprimir relaciones paternofiliales cuando concurran *“circunstancias reales y ciertas de suma gravedad que*

⁴⁹ STS (Sala Primera) de 17 de febrero (ES:TS: 2015:76).

*puedan afectar a aquel desarrollo adecuado de la personalidad del menor”*⁵⁰ sin que los hechos constituyan este supuesto.

El tribunal añade una cuestión importante: “ *desde la perspectiva del artículo 16 C.E. los menores de edad, son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que el ejercicio de los mismos, y la facultad de disponer sobre ellos, se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir, aquellos que tengan atribuida su guardia y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales, se modulará en función de la madurez del niño, y los distintos estadios en los que la legislación gradúa su capacidad de obrar”* y continúa delimitando este límite “ *sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de estas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño”* .⁵¹ Los menores cuentan con el derecho a la libertad religiosa, es decir, será una cuestión que compete al menor decidir seguir con dichas prácticas religiosas o no, puesto que, como titulares de dicho ejercicio, corresponde a los menores y no a su madre o al estado decidir sobre ello.

Durante el ejercicio de la patria potestad, los padres deben buscar el beneficio de sus hijos de acuerdo con la personalidad de estos. Nos encontramos aquí con un segundo límite más controvertido. De una parte, como todos conocemos, internet es una herramienta muy poderosa que, mediante un buen uso, ayuda a los jóvenes a desarrollar su personalidad, pero, por otra parte, los padres al intentar proteger a sus hijos de los riesgos que nos encontramos en la red pueden llegar a restringir el uso de dicha herramienta y, por tanto, impedir el desarrollo de la personalidad de estos. Una herramienta utilizada para respetar la personalidad de los menores es el deber de los padres de

⁵⁰ Artículo 94 del Código Civil.

⁵¹ STC (Sala Segunda), de 29 de mayo (ES:TC:2000:141).

oír a los hijos siempre que cuenten con suficiente juicio para ello. Llegados a este punto, en relación con la personalidad de los menores, surge la controversia acerca de la consideración del término de “juicio suficiente”. Al respecto se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *“el suficiente juicio debe valorarse en relación con la decisión concreta que se pretenda adoptar”* y añade que *“puede servir como criterio orientador el límite de los doce años que se establece en los artículos 92 y 156 del Código Civil, para la audiencia obligatoria de los hijos cuando existan conflictos con sus progenitores”*.⁵²

Los padres cuentan con un deber de información respecto de sus hijos, pero también de actuación frente a los ataques a los mismos realizados por terceros. Es por ello por lo que, en determinados casos, lo que aparentemente pueda parecer una intromisión ilegítima en la intimidad del menor, puede verse justificada por la ley cuando tenga por objeto la protección del menor o la prevención ante un determinado peligro patente.

Por tanto, los principales límites con los que se encuentran los padres durante el ejercicio de la patria potestad, especialmente en esta materia, hacen referencia al interés superior del menor, que debe ser interpretado conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia en cada caso, y el beneficio al desarrollo de la personalidad de los menores. Se trata de conceptos muy generales que la legislación no especifica, dejando un espacio bastante amplio a la libre interpretación en cada caso por parte de los titulares del ejercicio de la patria potestad sin que suponga, en ningún momento, una decisión arbitraria o discrecional, ya que estarían incurriendo en una intromisión ilegítima como veremos a continuación.

⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Reforma del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 1055 y 1056.

5.2. INTROMISIONES DE LOS PADRES EN LAS REDES SOCIALES DE SUS HIJOS.

Tras conocer los peligros que puede entrañar para los menores de edad y acercarnos más a entender su especial protección en este ámbito, llegando incluso a incidir en la esfera privada del menor, debemos hacer un estudio y delimitar, lo más posible, la conducta que sobrepasa la protección del menor y se convierte en una intromisión ilegítima en su intimidad.

Para los menores no es plato de buen gusto mostrar las conversaciones privadas que mantienen en la red. Y cuando los padres acceden a ellas sin su consentimiento, lo pueden llegar a ver como una intromisión. Parece fácil suponer que lo ideal es encontrar un término medio para que los hijos tengan la confianza de compartir con sus padres los movimientos por la red, pero es algo muy difícil de llevar a la práctica.

Durante la adolescencia, la mayoría de los jóvenes tienden a distanciarse de sus padres, buscan un nuevo concepto de intimidad que les aporte autonomía y se refugian en colectivos externos a los familiares, como los amigos. Este desapego propio de la adolescencia también produce en los padres un aumento de la preocupación, porque empiezan a desconocer aspectos de la vida de sus hijos. Pero ¿pueden los padres controlar las redes sociales de sus hijos menores de edad? Y, ¿hasta dónde pueden llegar para garantizar su protección?

Por regla general los padres no pueden controlar totalmente la actividad en la red de sus hijos, pero existen matices. En determinados casos, son los titulares de la patria potestad los que pueden llegar a violar la intimidad del menor, pero jamás de forma discrecional o en cualquier circunstancia. Siempre debe existir una ponderación de derechos que pretenda proteger al menor. El seguimiento descontrolado de la actividad que realiza el menor en las redes sociales, cuyo único fin consiste en la fiscalización de su vida e intimidad, constituye una intromisión ilegítima en la

esfera privada del menor y, por tanto, va en contra de la función del ejercicio de la patria potestad e incluso de los derechos reconocidos por La Constitución Española a los mismos.

DE LA IGLESIA MONJE justifica la intromisión de los padres en la esfera privada del menor cuando supone un peligro para su integridad o cuando su actuación perjudica a intereses de terceros⁵³, es decir, cuando el menor es víctima o causante del daño, pero, en ningún caso, cuando sea producto de la curiosidad o no aporte ningún beneficio para el menor.

Respecto de la afectación de intereses de terceros, debemos recordar que los padres o titulares del ejercicio de la patria potestad responden civilmente por los daños y perjuicios que ocasionan los menores. Aunque el menor con capacidad volitiva e intelectual suficiente para comprender sus actos responde civilmente bajo el artículo 1902 del Código Civil, existen pocos pronunciamientos judiciales al respecto debido, en gran parte, a que la mayoría de los menores son declarados insolventes. Este hecho ayuda a fundamentar y reforzar el deber de velar por sus hijos y la necesidad de realizar un cierto control sobre su actividad en las redes sociales. Si bien es cierto que los límites pueden resultar algo ambiguos, en determinados casos resulta clara la legitimidad de la intromisión de los padres en la intimidad de sus hijos.

Nos encontramos con la STS 864/2015 de 10 de diciembre⁵⁴ que analizaremos a continuación: los hechos probados exponen un conflicto entre la intromisión de los padres en la esfera íntima de la menor y la comisión de un delito contra la misma. Un hombre mayor de edad contactó a través de internet con una menor de 15 años, con la que compartió contenido sexual mediante una red social. Para obtener pruebas, la madre de la menor aportó las conversaciones de su hija, que había conseguido obteniendo su clave y accediendo a la red social sin su consentimiento.

⁵³ DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones a través de *WhatsApp*. El derecho a la intimidad de los menores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, pág. 3285.

⁵⁴ STS (Sala Segunda), de 10 de diciembre (ES:TS:2015:5809).

En cualquier caso, el sujeto pone en tela de juicio la validez de las pruebas alegando que, al tratarse de una menor de 15 años, podría estar vulnerando el derecho a su intimidad. No obstante, lejos del cumplimiento literal de la ley y basándose en el interés superior de la menor, en dicha sentencia falla el tribunal admitiendo la prueba y afirma que *“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 en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección”*. El Magistrado del Tribunal Supremo Antonio del Moral, ponente de la citada sentencia, expone una anotación muy interesante al fundamentar que *“si los progenitores se mantienen en una postura de inhibición, contrariarían los deberes que se les ha asignado por la legislación civil”*. No sólo respalda la intromisión de la madre amparada en el ejercicio de la patria potestad y justificada por el peligro ante el que se encontraba su hija, sino que, además, añade que ignorar la vida privada de un menor, entendiendo los derechos como absolutos, supone una conducta contraria a la ley.

En este contexto, debemos tener en cuenta el artículo 162.1.2 del Código Civil que fue modificado por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que autoriza a los padres a intervenir en las decisiones respecto al ejercicio de los derechos de la personalidad incluso en el caso del menor maduro (tratándose en este caso de una menor de 15 años), alegando el cumplimiento de sus deberes de cuidado y asistencia. La sospecha de la madre la ampara en la intromisión en su esfera privada debido al riesgo que corría su hija, sobre la que tiene el deber de velar por su bienestar y seguridad.

Aunque aparentemente lejana al tema de nuestro trabajo, comentaremos de forma breve la STC del Pleno 154/2002, de 18 de julio (ES:TC:2002:154), mediante la que se avoca el recurso de amparo promovido por Don Pedro Alegre Tomás y Doña Lina Vallés Rausa frente a la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, que les condenó por un delito de homicidio. Los hechos probados exponen a su hijo de 13 años, quien, tras sufrir una lesión de carácter leve al caer de una

bicicleta, acude días después al hospital producto de una hemorragia nasal que desencadenó la necesidad vital de realizar una transfusión de sangre. Los padres del menor manifestaron la imposibilidad de esta práctica debido a su religión y, aunque el Juzgado de Guardia autorizó dicha transfusión, la negación del menor a recibir el tratamiento finalizó con la alta voluntaria del paciente. Finalmente, el niño falleció y los facultativos argumentaron que una transfusión a tiempo hubiese proporcionado una alta posibilidad de supervivencia.

Los padres del menor fueron acusados por un delito de homicidio por omisión y fueron absueltos por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, el 20 de noviembre de 1996. Dicha sentencia fue recurrida en casación ante la Sala de lo Penal del TS, que atribuyó a los padres, como titulares de la patria potestad, la salvaguardia de la salud del menor. La Sala fundamentó que debían haber hecho todo lo posible para evitar poner en peligro la salud de su hijo, por lo que estimó el recurso, anuló la sentencia impugnada y condena a los progenitores. Ambas sentencias fueron recurridas en amparo ante el TC, fundamentando la vulneración de los derechos fundamentales de libertad religiosa y la integridad física y moral. El TC otorgó el amparo solicitado y anuló la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

Lo que realmente resulta interesante y objeto de nuestro trabajo de investigación son las fundamentaciones del TC. En la demanda de amparo se cuestionan las bases que sustentan la condena impuesta a los progenitores: la irrelevancia del consentimiento u oposición prestado por un menor de 13 años y la exigencia a los padres de una acción disuasoria ante la negativa de su hijo a recibir la transfusión.

El TC estableció los extremos que debían ser tenidos en cuenta para examinar dicho supuesto haciendo alusión a que el menor ejerció determinados derechos fundamentales de los que era titular: libertad religiosa e integridad física. Además, añade que prevalece el interés del menor tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. Una vez sentados dichos extremos, se debe

considerar si la condición de garantes atribuida a los padres puede resultar afectada por el derecho a la libertad religiosa de éstos. Y en este caso, el preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedido por la actitud de sus padres, quienes no se opusieron a la decisión judicial que permitió la práctica de la transfusión en un primer momento; e incluso, lo llevaron en varias ocasiones a los hospitales donde lo sometieron a cuidados médicos con la finalidad de salvaguardar la vida del propio menor.

Si bien es cierto que los menores son titulares de sus derechos de la personalidad y que, en principio, pueden ejercitarlos por sí mismos sin injerencias o supervisiones, como vimos en la STC, existen situaciones en las que la intromisión en sus derechos es legítima, porque resulta proporcionada para garantizar el interés del menor. No se trata del supuesto anterior, en el que los progenitores no realizan ningún tipo de intromisión y permitieron que el menor ejerciera sus derechos personalmente sin ningún tipo de impedimento. Aunque de haber intentado convencerlo de realizar la transfusión, nos encontraríamos ante una intromisión legítima puesto que está en juego la integridad física y la vida del menor.

La segunda cuestión expone hasta qué punto de intervención pueden llegar los titulares de la patria potestad para garantizar su protección. Debemos resaltar que el control ejercido sobre los hijos se debe realizar siempre en su beneficio, por lo que, si los padres tienen indicios de que el menor está realizando un uso inadecuado de las redes sociales, la medida de control ejercida es beneficiosa para él. Y, al contrario, si el menor demuestra una madurez suficiente para acceder a las redes sociales de manera segura no se permitirá la intromisión de los padres, ya que, un control estricto e injustificado puede ser perjudicial para el desarrollo del menor y, por tanto, contraria a la ley⁵⁵.

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L. Y PONCE DE LEÓN, L.; GUILLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. Edición Tecnos, 1997, pág. 276.

Mientras que GIL MEMBRADO⁵⁶ afirma que la fiscalización arbitraria por parte de los progenitores en su intimidad supone una intromisión ilegítima y que si existen sospechas de que sus hijos lleven a cabo actividades peligrosas en las redes sociales, los padres deberán acudir al juez para solicitar la medida pertinente para dilucidar los hechos. BATUECAS CALETRÍO⁵⁷ trata la existencia de una presunción *iuris tantum* de que los progenitores, a la hora de incidir en la esfera íntima del menor mediante el control de las redes sociales, lo hacen en beneficio de los menores. Y, por tanto, no es necesario acudir a un juez para ejercitar dicho control. Incluso apunta que, resultado de dicha presunción, debe probarse que, al contrario, esa actuación llevada a cabo por los progenitores no es beneficiosa para el menor.

La clave consiste, por tanto, en realizar una ponderación de derechos atendiendo a las circunstancias concretas en cada caso, pues no existe una solución general establecida en la ley al respecto. Pero esta ponderación conlleva muchos quebraderos de cabeza hasta encontrar una solución que proteja a los menores sin incidir en las garantías legales de las que gozan.

La jurisprudencia al respecto del control parental no es muy abundante, cuando se trata de buscar hechos que coincidan con la ponderación de derechos expuesta, pero eso no priva de trascendencia al tema. Es corriente que unos padres preocupados decidan entrar a la habitación de un hijo y registrar los cajones, o que uno de los progenitores pida a alguno de sus hijos que le permita ver las redes sociales de su hermano. Se trata de situaciones cotidianas que, si bien pueden llegar a vulnerar los derechos reconocidos por el menor, es muy difícil que estos hechos se judicialicen. Por regla general no tienen más trascendencia que una riña familiar.

⁵⁶ GIL MEMBRADO, C.: Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales, *Diario La Ley*, Vol. I, 2017, pág. 11.

⁵⁷ BATUECAS CALETRÍO, A.: *El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales. En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Editorial Comares, Granada, 2015, pág. 163.

Queda claro que la delimitación de la actuación de los padres a la hora de controlar el uso de las redes sociales de sus hijos se realiza mediante la ponderación de derechos a través de los criterios establecidos en la ley, atendiendo a las circunstancias concretas en cada caso y respetando siempre el interés superior del menor y el libre desarrollo de su personalidad.

6. CONCLUSIONES.

PRIMERA. -

En primer lugar, partimos de la diferencia entre la edad de acceso a las redes sociales y la edad mínima para el tratamiento de los datos personales en la red. En España, la edad mínima para acceder sin representación paterna a las redes sociales coincide con los catorce años y la edad mínima para prestar consentimiento para el tratamiento de los datos personales en la red se encuentra a los dieciséis. Una vez clara la regulación al respecto, cabe destacar que los mecanismos para efectuar el control de acceso a las redes sociales no son eficaces en la práctica, pues, en la mayoría de los casos es suficiente introducir una fecha de nacimiento falsa para acceder a las mismas. Llegados a este punto, dado que los menores tienen al alcance el acceso a las redes sociales, aunque no cuenten con edad para ello, recae en manos de los titulares de la patria potestad junto con la figura del Ministerio Fiscal, en representación del Estado, el deber de protegerlos ante los peligros existentes en la red.

SEGUNDA. -

Durante el uso de las redes sociales los menores dejan expuestos derechos personalísimos que se encuentran regulados en nuestra Constitución, como el derecho a la intimidad, a la propia imagen o a la protección de datos personales. Especialmente en el caso del menor, la protección de estos derechos requiere el empleo de garantías en aras de respetar el principio de interés superior del mismo. Los titulares del ejercicio de la patria potestad o, en su caso, los tutores del menor son

los responsables de incidir en estos derechos fundamentales cuando la situación concreta así lo requiera.

Aunque la evidente evolución creciente de la capacidad del menor conlleva a su reconocimiento como verdadero sujeto y actor de derechos, entender el alcance de estos derechos como absolutos supondría un error y desprotegería al menor haciendo ineficaces todos los medios que ofrece el legislador para su especial protección. El reconocimiento de estos derechos debe contextualizarse en la actualidad social y económica de su entorno, sin poder reconocerlos de forma discrecional y estática a lo largo de la historia. El menor, además de ser sujeto de derechos, debe actuar de forma responsable y cumplir con los deberes establecidos en la ley, observando el deber de obediencia a los titulares del ejercicio de la patria potestad que se desprende del artículo 155 del Código Civil.

TERCERA. -

He delimitado el debate objeto del trabajo teniendo en cuenta la actuación legítima de los padres como titulares de la patria potestad: ¿qué debe prevalecer: el derecho a la intimidad de los hijos menores o el deber de los padres de ejercer la patria potestad y velar por el interés superior de aquellos a la hora de controlar el uso de las redes sociales? No existe una regulación específica que determine los límites exactos que diferencian cuándo pasa de ser un control para garantizar y proteger sus derechos a una intromisión que vulnera los mismos. Dicha respuesta específica iría en contra de la propia normativa protectora del menor, pues en cualquiera de los casos, restringiría algún derecho con el fin de permitir otro.

Puede resultar algo paradójico que el ordenamiento otorgue a los titulares de la patria potestad el deber de velar por la protección del menor, pero a la vez restrinja los mecanismos para poder cumplir con dicho deber. Incluso una conducta totalmente pasiva ante la actividad de los menores en la red iría en contra del ordenamiento jurídico al abandonar el deber que proviene del ejercicio

de la patria potestad. Proveer a cualquiera de las partes de un derecho absoluto sobre la otra constituiría la vulneración del ordenamiento jurídico, por lo que la racionalidad y el estudio determinado en cada caso es la única solución ante esta ponderación de derechos.

Aunque se trata de una cuestión muy importante, la actual evolución de la tecnología y la imposibilidad de regular, en el tenor literal de una norma, los límites a los que hacemos referencia motivan que estas situaciones rara vez se judicialicen. La intromisión de los padres en las redes sociales del menor no suele trascender más allá de una riña familiar, pero ello no priva de trascendencia a esta cuestión tan habitual en la nueva era de la tecnología y la información. Más que posicionarnos a favor del menor, entendiendo la evolución del concepto de capacidad o a favor de los titulares del ejercicio de la patria potestad, debemos entender el equilibrio y el estudio de cada caso y circunstancias para conseguir la ponderación de derechos, sin olvidar que los menores gozan de una especial protección que debe ser garantizada por los progenitores y el Estado.

- **BIBLIOGRAFÍA. (Última consulta en enero 2023).**

- ABA CATOIRA, A.: “Los menores ante Internet”. *Derecho y Nuevas tecnologías*, 2018.
- AIMÉ ROJAS, M.: “Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de internet y de las redes sociales, Ratio Iuris”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2014.
Disponible en:
<https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/161>
- ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil. Concepto y contenido del Derecho Civil*, XIII edición, Madrid, 2007.
- BATUECAS CALETRÍO, A.: *El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales, En torno a la privacidad y protección de datos en la sociedad de la información*, Editorial Comares, Granada, 2015.
- CASTILLA BAREA, M.: “Algunos casos de vulneración del derecho a la protección de datos personales en el entorno de las redes sociales y de las aplicaciones de mensajería instantánea”, en VÁZQUEZ DE CASTRO, L. M. (Dir.): *Internet y los Derechos de la Personalidad. La protección jurídica desde el punto de vista del Derecho Privado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L.: *Menores en Internet y redes sociales: derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos*, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/menores-en-internet.pdf>
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho Civil. Derechos de la persona*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- DÍEZ-PICAZO L.: “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, núm. 1, 1982.

- DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “El deber de vigilancia de los padres y el control de las conversaciones a través de *Whatsapp*. El derecho a la intimidad de los menores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018.
- GARCÍA GARNICA, M.C.: *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- GIL ANTÓN, A.M.: *El derecho a la propia imagen del menor en internet*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014.
- GIL MEMBRADO, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las redes sociales”, *Diario La Ley*, 13, Vol. I, 2017.
- HERRÁN ORTIZ, A. I.: “Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil IV*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho civil. Derecho de Familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- LORENTE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M., PARRA LUCÁN, M. Y PABLO CONTRERAS, P.: *Curso de Derecho Civil I. Volumen I. Derecho privado y derechos subjetivos*, Ed. Edisofer, Madrid, 2018.
- MARINEZ DE PISÓN, J.: “El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, La Rioja, 2016.
- OROZCO PARDO, GUILLERMO.: “Intimidad, privacidad, «extimidad» y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?”, *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, 2010.



- OTERO VALERA, A.: “La patria potestad en el Derecho histórico español”, *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 26, 1956. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-H-1956-10020900242
- SERRANO PÉREZ, M.: “El consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de datos personales (Comentario al art. 7 LOPDGDD)”, en TRONCOSO REIGADA, A.: *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Civitas, Pamplona, 2021.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores” *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, núm. 29, 2012.

- **JURISPRUDENCIA CONSULTADA (ORDEN CRONOLÓGICO).**

- STS (Sala Primera), de 17 de septiembre 1996 (ES:TS: 1996:6722).
- STC (Sala Segunda), de 29 de mayo de 2000 (ES:TC: 2000:141).
- STC (Pleno), de 18 de julio de 2002 (ES:TC: 2002:154).
- STS (Sala Primera), de 13 de julio de 2006 (ES:TS: 2006:5267).
- STS (Sala Primera), de 17 de febrero de 2015 (ES:TS: 2015:76).
- STS (Sala Segunda), de 10 de diciembre de 2015 (ES:TS: 2015:5809).
- STS (Sala Primera), de 17 de febrero de 2015 (ES:TS:2015:76).
- SAPV, de 31 de mayo de 2018 (ES: APV:2018:253).
- STS (Sala Primera), de 19 de octubre de 2021 (ES:TS:2021:3863).