



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LÍMITES AL CONTROL PARENTAL DE LAS
REDES SOCIALES DE LOS MENORES DE
EDAD**

Autor: Celia Salgueiro García

5º E-5

Área: Derecho Constitucional

Tutor: Francisco Valiente Martínez

Madrid, Junio 2023

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es investigar acerca de una cuestión de interés en la actualidad por la volatilidad de los cambios tecnológicos y la evolución de los medios de comunicación: en qué medida deben o pueden los padres supervisar las redes sociales de sus hijos menores de edad para ejercer en su justa medida el deber de protección. A tal fin, se examina hasta qué punto quedan limitados, entre otros, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los menores (consagrados en el artículo 18 de la Constitución Española) frente al ejercicio parental de la patria potestad (recogido en el Código Civil) velando por el interés superior de aquéllos. Se analizan los peligros que supone hoy en día la exposición a las redes sociales para lograr determinar con el mayor nivel de adecuación cómo deben relacionarse y conciliarse ambos. Todo ello se efectúa atendiendo a la regulación en nuestro ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia y a los retos más actuales que manifiestan la inminente necesidad de una constante revisión de la cuestión.

Palabras clave: redes sociales, derecho a la intimidad, minoría de edad, patria potestad, madurez, interés superior del menor, consentimiento.

ABSTRACT

The aim of this paper is to investigate an issue that is of great interest nowadays due to the speed of technological changes and the evolution of the media: to what extent should, or can, parents supervise the social networks of their underage children when exercising their duty of protection. To this end, the paper examines the extent to which the right to privacy and secrecy of communications of underage children (enshrined in Article 18 of the Spanish Constitution) are limited in relation to the exercise of parental authority (enshrined in the Civil Code) in the best interest of the minor. The dangers posed today by the exposure to social networks are analyzed in order to determine, with the highest level of adequacy, how these concepts should relate to each other and reconcile them. All of this is carried out considering the regulation followed by our legal system, case law resolutions and the most current challenges that reveal the imminent urge for a constant revision of the issue.

Key words: social networks, right to privacy, minority of age, parental authority, maturity, best interests of the child, consent.

LISTADO DE ABREVIATURAS:

- AP: Audiencia Provincial
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CP: Código Penal
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- Edic.: Edición
- JP: Juzgado de lo Penal
- LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
- LOPD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
- Núm.: Número
- RAE: Real Academia Española
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA.....	7
CAPÍTULO II. ELEMENTOS JURÍDICOS EN CONFLICTO.....	10
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR DE EDAD AFECTADOS: DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	10
1.1. Origen, positivización y desarrollo.....	10
1.2. Naturaleza jurídica.....	11
1.3. Definición	12
1.4. El derecho al secreto de las comunicaciones	14
2. EL DERECHO-DEBER DE PATRIA POTESTAD EN COLISIÓN	15
2.1. La patria potestad: concepto y evolución.....	15
2.2. Positivización	17
CAPÍTULO III. TRIANGULACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS Y DEBERES EN COLISIÓN EN FUNCIÓN DEL GRADO MADUREZ DEL MENOR.....	19
1. LA CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA EN RELACIÓN CON LA MINORÍA DE EDAD.....	19
2. EL NIVEL DE MADUREZ DEL MENOR COMO INDICADOR PRINCIPAL.....	21
3. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES DE EDAD	22
4. LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD	23
5. EL EJERCICIO, POR LA PERSONA MENOR DE EDAD, DE SU DERECHO A LA INTIMIDAD, FRENTE A LA PATRIA POTESTAD DE SUS PROGENITORES	24
CAPÍTULO IV. PROTECCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE AL DERECHO-DEBER DE LA PATRIA POTESTAD...26	26
1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL CONFLICTO	26
2. ENFOQUE LEGISLATIVO DEL CONFLICTO	27

3. ENFOQUE DE LAS EDADES SEGÚN LA NORMATIVA APLICABLE	33
4. ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS REDES SOCIALES	35
5. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL	38
6. ANÁLISIS DE DIFERENTES ESCENARIOS EN FUNCIÓN DE DISTINTOS RANGOS DE EDAD	40
6.1. Los menores de 12 años	44
6.1.1. <i>En caso de mutuo acuerdo</i>	44
6.1.2. <i>En caso de ignorancia del menor</i>	45
6.1.3. <i>En caso de desacuerdo entre el menor y los padres</i>	47
6.2. Los menores entre 12 y 14 años	47
6.2.1. <i>En caso de mutuo acuerdo</i>	48
6.2.2. <i>En caso de ignorancia del menor</i>	48
6.2.3. <i>En caso de desacuerdo entre el menor y los padres</i>	49
6.3. Los menores entre 14 y 16 años	51
6.3.1. <i>En caso de mutuo acuerdo</i>	52
6.3.2. <i>En caso de ignorancia del menor</i>	52
6.3.3. <i>En caso de desacuerdo entre el menor y los padres</i>	53
6.3.4. <i>Sentencia del Tribunal Supremo núm. 864/2015, de 10 de diciembre</i>	54
6.4. Los menores entre 16 y 18 años.....	56
6.4.1. <i>En caso de mutuo acuerdo</i>	57
6.4.2. <i>En caso de ignorancia del menor</i>	57
6.4.3. <i>En caso de desacuerdo entre el menor y los padres</i>	57
6.5. En caso de desacuerdo entre los titulares de la patria potestad.....	58
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA.....	66
1. LEGISLACIÓN.....	66
2. JURISPRUDENCIA.....	68
3. OBRAS DOCTRINALES.....	69
4. RECURSOS DE INTERNET.....	71

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

El objeto del presente trabajo de investigación recae en averiguar en qué medida, los padres, al amparo de su derecho-deber de proteger a sus hijos menores de edad pueden, legalmente, controlar el uso que los mismos hacen de las redes sociales.

A nuestro juicio, tanto la normativa vigente como la respuesta que se está ofreciendo por nuestros tribunales, está encontrando la solución a la pregunta planteada en la prestación del consentimiento del menor en función de su madurez. El rápido desarrollo de las nuevas tecnologías, los peligros intrínsecos a éstas, como tendremos ocasión de exponer, y el que los menores de edad sean un colectivo especialmente vulnerable a estas nuevas modas, hace de la situación una especialmente delicada que, requiere de una reapertura y reexamen de la cuestión relativa al dilema jurídico en que se contraponen los derechos del menor de edad frente a los deberes del progenitor.

Nuestro ordenamiento jurídico está obligado a amparar tanto el derecho a la intimidad personal como al secreto de sus comunicaciones de las personas menores de edad, como el de todas las demás, frente a las intromisiones ilícitas de terceros. La cuestión que planteamos en nuestra investigación es en qué medida o en qué supuestos se puede considerar como ilícita, o no, la intromisión realizada por unos padres que basan la pretensión de controlar la participación de sus hijos en las redes sociales, precisamente, en su derecho-deber de protegerles.

La pertinencia de nuestro trabajo descansa en los incesantes avances tecnológicos que están modificando la forma en la que funciona el mundo y, entre otros ámbitos, las redes sociales. Estos avances tecnológicos se dan cada vez con mayor celeridad e intensidad en la sociedad en la que vivimos y, por lo tanto, requieren de una respuesta jurídica acorde por ser el Derecho la rama encargada de regular las relaciones sociales entre individuos. De esta manera, se pone de manifiesto que el Derecho no puede en ningún caso permanecer ajeno a esta realidad y con mayor fundamento cuando hay menores de por medio.

Nuestro objetivo final es aportar de mayor seguridad jurídica a la compleja situación en la que el menor de edad, como colectivo particularmente vulnerable, queda cada vez más expuesto a los peligros que revisten las redes sociales.

Para adentrarnos en materia, nuestro primer punto de referencia debe ser descubrir qué debe entenderse con la expresión “redes sociales”. A tal fin, nos servimos de la definición propuesta por Celaya, quien afirma que “las redes sociales son lugares en *Internet* donde las personas publican y comparten todo tipo de información, personal y profesional, con terceras personas, conocidos y absolutos desconocidos” (Celaya, 2008).

Para los menores de edad, estos espacios comportan tanto aspectos positivos como negativos. Por una parte, se podría considerar que permiten el crecimiento de los menores en el entorno social que les rodea hoy en día y donde pueden desarrollar, precisamente, los derechos de la personalidad, que, por otra parte, sus progenitores tratan de salvaguardar desde el control. Los menores de edad son, además, uno de los principales usuarios de las redes sociales con las amenazas que ello conlleva, al quedar estos derechos fácilmente en entredicho y aumentar las posibilidades de que los menores queden afectados en su proceso de desarrollo de por vida. Es aquí, precisamente, donde despierta la razonable intranquilidad de los padres, que buscan controlar a sus hijos con el propósito de guiarlos por la buena vía. Se ve, por tanto, que la problemática tiene más trasfondo del que en un primer momento se pudiera divisar. ¿Supone el control de los padres de las redes sociales de sus hijos menores de edad una protección de sus derechos (que de otro modo quedan potencialmente afectados) o es, en cambio, una intromisión en los mismos que se traduce en un obstáculo para que éstos los desarrollen?

Una de las razones que refleja la urgencia de abordar el asunto es que este afán protector cobra especial relevancia cuando atendemos a los menores de edad y ello, precisamente, por tratarse de un grupo que, en términos generales, carece de madurez suficiente para desenvolverse por sí mismos, así como para comprender las secuelas que, a corto y a largo plazo, tienen sus acciones en este ámbito. Dicha vulnerabilidad aumenta, a su vez, las posibilidades de convertirse en víctimas de las amenazas de estos instrumentos por caer en la falsa imagen proyectada por las redes sociales de constituir un entorno de confianza y seguridad, y la falta de conciencia de las implicaciones que tiene desvelar y hacer públicos datos personales de su vida privada.

Atendiendo a los ataques y perjuicios que suponen las redes sociales, las medidas a adoptar por parte de los padres resultan evidentes, como es el educarlos acerca de un empleo seguro de las mismas, la concienciación de los riesgos, presentes y futuros, que sus acciones suponen para su privacidad y seguridad. Los conflictos surgen porque estas medidas muchas veces no calman la preocupación de los padres, quienes tratan de escudarse en su deber de patria potestad para salvaguardar a sus hijos menores de edad. Es en este punto en el que recae el dilema jurídico que trataremos de acometer para encontrar el equilibrio y delimitación entre los derechos y deberes de cada una de las partes implicadas: los padres y sus hijos menores de edad.

De cara a abordar el análisis de esta materia con los mayores visos de éxito posibles, seguiremos el siguiente orden. En primer lugar, comenzaremos con una comprensión profunda de los elementos jurídicos que se enfrentan: el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el derecho-deber de patria potestad, con la finalidad de capturar el conflicto jurídico en su totalidad. Para ello, partiremos de la definición y las características de estos elementos atendiendo a la normativa vigente que los regula. En segundo lugar, incidiremos en el carácter limitado de la capacidad de obrar que ostentan de los menores de edad y la necesidad de que sea completada por medio de la figura de la patria potestad. Usando la idea de capacidad como eje vertebrador de la materia, se revelará la relación triangular entre estos tres elementos jurídicos: el derecho a la intimidad, la patria potestad y la capacidad de obrar. Esto nos conducirá al estudio del grado de madurez del menor de edad como indicador principal, y de la titularidad y ejercicio del derecho a la intimidad frente al de la patria potestad. Por último, entraremos en el corazón de la materia, evaluando la protección y delimitación del primero frente al segundo con el propósito de alcanzar las conclusiones más acertadas posibles respecto a dónde ubicar la frontera. Para ello, siguiendo un orden lógico de investigación, atenderemos a la problemática desde distintos enfoques; el enfoque legislativo, el enfoque de las edades de acuerdo con la normativa aplicable, el enfoque desde la perspectiva de las redes sociales y el enfoque jurisprudencial. Finalmente, de cara a dar con una respuesta acorde a la complejidad de la materia y ajustada a la realidad actual, propondremos una serie de escenarios en función de distintos rangos de edad en función de la prestación, o no, de consentimiento por parte del menor frente a sus padres y, por último, en el supuesto de que el desacuerdo se de entre los padres.

CAPÍTULO II. ELEMENTOS JURÍDICOS EN CONFLICTO

En vista a la cuestión que nos atañe, resulta pertinente partir de un análisis conceptual de los elementos fundamentales que se encuentran manifiestamente en colisión. En particular; los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y, por otra parte, la patria potestad.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR DE EDAD AFECTADOS: DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Son principalmente dos los derechos de los menores de edad quedan afectados: el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.

1.1. Origen, positivización y desarrollo

El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar se reconoce por primera vez a nivel internacional en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 12¹, como el derecho a la protección por la ley ante las injerencias o ataques de terceros. También desarrollaron su defensa otros textos internacionales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Más recientemente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2009, lo prevé en su artículo 7². A nivel nacional, este derecho queda positivizado en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978 y se percibe una creciente y especial protección ante el Tribunal Constitucional, que juega un papel crucial en la aclaración, configuración y resolución de conflictos relativos al derecho a la intimidad generados por el silencio legislativo (Martínez Pisón, 2016, pp. 423-429).

¹ “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”.

² “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Si bien es cierto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ya reconocía en su artículo 8 el concepto de vida privada en sentido genérico, el derecho a la intimidad encuentra su origen en la regulación privada y, con ocasión de la promulgación de la CE, se recoge por primera vez de forma singularizada en el artículo 18.1. En su apartado tercero, queda igualmente consagrado como derecho fundamental el derecho al secreto de las comunicaciones, que es un derecho autónomo que se desprende del anterior y que está íntimamente ligado al tema que abordaremos por verse también cuestionado frente al control de las redes sociales por parte de los padres. Seguidamente, en el 20.1 d) CE se especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite, entre otros, en el derecho a la intimidad.

1.2. Naturaleza jurídica

En lo relativo a su naturaleza jurídica, de su ubicación en el texto constitucional en el Título I bajo la rúbrica “Derechos y deberes fundamentales”, se concreta como derecho fundamental, y, en cuanto tal, goza del máximo nivel de protección y es inalienable, inviolable e irrenunciable. Este último aspecto implica que el consentimiento juega en él un rol esencial, y así lo corrobora la virtualidad que adquiere este concepto a la luz de nuestra investigación.

No obstante, la regulación del derecho a la intimidad no queda completa con referencia al texto constitucional. A nivel más específico, se encuentra igualmente consagrado en 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 (en adelante, Ley Orgánica 1/1982). Por otra parte, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal persigue salvaguardar el tratamiento de datos personales en relación con los derechos fundamentales.

Asimismo, en relación con los menores, es imprescindible hacer alusión a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) en la que, además de reconocerle al menor el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, se especifica qué se entiende por intromisión ilegítima a la vez que se faculta al Ministerio Fiscal para su persecución de oficio.

1.3. Definición

Más allá de transmitir su intención garantista, la forma en que se encuentra regulado el derecho a la intimidad en el artículo 18.1 CE, no aporta una definición legal del mismo. Tampoco lo hace la Ley Orgánica 1/1982 por considerar la intimidad un concepto cambiante al augur de los criterios sociales de un lugar o tiempo determinados.

La dificultad de alcanzar una definición del derecho a la intimidad recae en el hecho de que es un concepto cambiante, expansivo y dinámico, en función de la época y de los entornos sociales. La primera definición del derecho a la intimidad fue aportada por S.D. Warren y L.D. Brandeis en 1890 como “*the right to be alone*” (el “derecho a ser dejado en paz”), configurándose como una libertad de naturaleza negativa, captando parte del núcleo de este derecho. Su contenido se ha ido configurando acorde a las necesidades concurrentes en cada momento de la mano de distintas leyes e infinidad de sentencias, ejerciendo la jurisprudencia su labor integradora. Como correlato, el Código Penal reconoce la capacidad de rechazar las intrusiones de terceros en el ámbito propio y reservado para el libre desarrollo de la personalidad en su artículo 197³.

Partiendo de lo anterior, parece ser que el propósito del derecho a la intimidad se concreta en la protección de ese ámbito frente a injerencias de terceros e intromisiones extrañas. No obstante, para captar la esencia del derecho a la intimidad, no basta con su delimitación negativa. Así, existen facultades en sentido positivo de protección del derecho frente a terceros. A este respecto, Rebollo Delgado (2005, p. 73 y ss.) sostiene que, aunque en principio la intimidad tenga un carácter excluyente que se identifica con el “derecho a estar solo” o “a ser dejado en paz”, los límites de este derecho se han ampliado, alcanzando además de la potestad de que un tercero conozca nuestra vida privada, la de controlar lo que otros conocen sobre nuestra persona. En definitiva, se

³ 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos o a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

acumula una concepción negativa o pasiva con otra activa o positiva. Se puede entender que el derecho a la intimidad cuenta con un ámbito interno consistente en un derecho de defensa frente a intromisiones ajenas en la vida privada, y otro externo que implica la habilidad de decidir lo que otros conocen sobre nosotros o lo que nos pertenece.

En términos generales, el derecho a la intimidad encuentra su límite en el permiso del titular, es decir, en su prestación de consentimiento. Por lo tanto, acceder sin este permiso al ámbito personal del individuo implica una vulneración del derecho. Será el consentimiento eficaz del sujeto el que permita la inmisión en su derecho a la intimidad, al corresponder a cada uno acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril y 196/2006, de 3 de julio). Ahora bien, se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto “aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida”. (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, 206/2007, de 24 de septiembre y 70/2009, de 23 de marzo).

El derecho a la intimidad, como todo derecho fundamental, no es absoluto. Es decir, puede ceder ante intereses constitucionalmente protegibles, siempre que la restricción a la que quede sometida sea necesaria y proporcionada para lograr un fin constitucional prevalente, y siempre y cuando sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (STC 57/1994, de 28 de febrero).

Por otra parte, conforme a la STC 115/2000, de 10 de mayo, “no se garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla” y, por tanto, ha de ser el titular quien decida qué aspectos de su ámbito privado desea mantener ajenos al conocimiento público y cuáles desea o consiente compartir con terceros, incluidos los padres. El derecho a la intimidad es un ámbito de libertad del individuo que el ordenamiento jurídico reconoce y protege.

En definitiva, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental de la personalidad, que merece protección especial, máxime cuando el titular es un menor de edad, debido a la vulnerabilidad que caracteriza a este colectivo. De ello se desprende la necesidad del

deber de los padres de salvaguardar esta esfera de la que sus hijos son titulares y que, en cambio, no siempre son capaces de gestionar.

1.4. El derecho al secreto de las comunicaciones

El derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18.3 CE, es un derecho fundamental diferente al derecho a la intimidad. Su autonomía se deriva del ámbito de aplicación, pues las comunicaciones deben ser protegidas independientemente del carácter íntimo o no de su contenido y sólo podrán ser intervenidas por resolución judicial y con las garantías previstas por la ley. Según la STC 114/1984, de 29 de noviembre, este artículo recoge la libertad de las comunicaciones implícitamente y, de forma expresa, su secreto, prohibiendo así la interceptación o el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien jurídico protegido es el secreto de la comunicación (la libertad de las comunicaciones), que incluye tanto el proceso como el contenido del mismo, aunque éste quede fuera de la esfera de lo íntimo. Dicha protección alcanza cualquier forma de interceptación que se dé durante el proceso de comunicación y el sujeto al que ampara es al propio comunicante frente a cualquier persona ajena. Por ende, se considera infracción de este derecho tanto a la interceptación en sentido estricto (la aprehensión física del soporte del mensaje o la captación del proceso de comunicación) como al simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (Martínez Pisón, 2016, pp. 417-422).

2. EL DERECHO-DEBER DE PATRIA POTESTAD EN COLISIÓN

Frente a los derechos fundamentales citados, colisiona una realidad jurídica que se configura como el derecho-deber de protección parental de los menores de edad: la patria potestad.

2.1. La patria potestad: concepto y evolución

De cara a concretar y analizar el concepto de la patria potestad, es oportuno hacer un breve recorrido sobre la evolución de esta institución que es explicativa de su configuración actual y de cómo se equilibran actualmente la patria potestad y el derecho a la intimidad del menor, cuestión ésta de nuestro interés.

La concepción de lo que se entiende por patria potestad ha estado sujeta a transformaciones desde su origen en nuestro Código Civil de 1889. Su desarrollo legislativo y jurisprudencial con el paso del tiempo y, con más énfasis, en los últimos años, en nuestra opinión, revela una tendencia hacia un progresivo debilitamiento de la autoridad parental en pro de una mayor libertad y autonomía de los menores de edad en lo relativo al ejercicio de sus derechos. Así, se entiende que el cambio ha permitido, entre otras cosas, que los menores de edad tengan poder de disposición sobre sus derechos personales (el de intimidad, entre otros) de cara también a las redes sociales y que sean capaces de establecer límites a sus padres respecto de estas.

Para capturar la realidad que rodea la temática, resulta pertinente adentrarnos en algunas variaciones de la patria potestad que se han dado en los últimos años, que nos facilita Díez-Picazo en su obra “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad” de 1982. En primer lugar, en sus orígenes, era concebida como un derecho absoluto o un poder autoritario de los padres sobre sus descendientes y sus bienes. Además, esta potestad era reconocida al padre y, subsidiariamente, a la madre. No obstante, con la reforma del Código Civil de 1981, el enfoque ha cambiado por completo, abandonando la idea de la patria potestad como poder para tomar consideración de servicio (*officium*) cuyo objetivo es el cumplimiento de una función social de educación, desarrollo y formación de los hijos en su propio beneficio y de acuerdo con su personalidad, tal y como se indica en el actual artículo 154.2 CC.

Por otra parte, con la modificación del antiguo artículo 155 CC, quedó suprimida la facultad o deber que se reconocía a los padres de corregir a sus hijos menores de edad y castigarlos moderadamente, quedando hoy día facultados únicamente para controlarlos. Mientras que la facultad de castigo implicaba la imposición de una pena motivada por una falta previa, la de control cumple una función educativa. De ello se desprende que los padres puedan ejercer la labor de vigilancia y control de las redes sociales de sus hijos menores de edad con el fin de reconducirlos, cuando previamente hayan manifestado comportamientos inadecuados y lesivos para sí mismos.

A nuestro juicio, la pérdida de autoridad de los padres se refleja en el cambio de la redacción en el articulado en relación con la obligación de obediencia y respeto de los menores, a la vez que se suprime el deber de reverencia, y en el hecho de que, mientras que antes los progenitores podían exigirles cualquier cosa sin quedar cuestionados, cada vez se reconoce a los menores más derechos y autonomía frente a ellos (Cillero Bruñol, s.f.). En cuanto al contenido de la patria potestad, entre los deberes y facultades comprendidos en el artículo 154 CC, se observa el de “velar por ellos”, lo cual simultáneamente permite y obliga a los padres tanto perseguir el beneficio de sus hijos menores de edad, como a protegerlos.

Etimológicamente, el concepto de “patria potestad” proviene del latín: *patrius*, que significa padre y *potestas*, que significa poder o facultad. Así el término de patria potestad alude al poder que tienen los padres sobre los hijos. Conforme al Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española (RAE), la patria potestad es “la potestad ejercida por los padres en beneficio de sus hijos no emancipados, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica” (RAE, edic. actualizada 2022), definición ésta que se desprende sustancialmente de la redacción del artículo 154 CC⁴,

⁴ “Los hijos e hijas no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. 3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial. 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. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

que aporta gran claridad con respecto a la institución, a su finalidad y a las facultades que reconoce a los padres sobre sus hijos menores no emancipados y al que nos remitiremos con frecuencia.

Tras la evolución y desarrollo de esta figura, actualmente la patria potestad se entiende como la existencia de una institución que deriva de la relación paterno filial, de modo que es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley. Tiene, por tanto, carácter personalísimo y temporal, ya que concluye cuando el hijo menor alcanza la emancipación.

Es un vínculo intransmisible, por ser personalísimo; irrenunciable, por cuanto su renuncia supondría el incumplimiento del deber de protección que les es atribuido a los padres; e imprescriptible, cuya extinción se provoca como efecto de la emancipación del menor. Es decir, los padres no pueden transigir sobre su ejercicio ni sobre su titularidad, sólo pudiendo el juez, por medio de sentencia, privarlos en caso de grave incumplimiento de los deberes que les son impuestos. Ello conecta con el hecho de que solo podrá limitarse, suspenderse, o recuperarse mediante resolución judicial (Ancla Abogados, 2021).

En definitiva, la patria potestad se traduce en el mecanismo protector fundamental de los menores de edad, fundamentado en la carencia de capacidad suficiente para tomar determinadas decisiones o responsabilidades, así como para valerse por sí mismos. Como indica Lacruz Berdejo, la patria potestad es concebida hoy, no como un derecho subjetivo, sino más bien como “una potestad que el Derecho positivo, conforme al natural, atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo” (Lacruz Berdejo, 2005, p. 400). Así entendida, se podría decir que es una función al servicio de los hijos.

2.2. Positivización

El artículo 39.3 CE ya enuncia la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad. El CC de 1889 se ocupa de regular de forma minuciosa la patria potestad. Como hemos visto, su configuración inicial ha evolucionado con la reforma del CC en 1981. Por lo tanto, el régimen vigente aplicable sigue a la Ley

11/1981, quedando regulado en los capítulos I a IV del Título VII, del Libro I, comprendido entre los artículos 154-171 CC, bajo la rúbrica “De las relaciones paterno filiales”. Del mismo modo, con ocasión de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha quedado modificada dicha institución, mereciendo especial atención la enmienda del artículo 154 CC.

A medida que indagemos en la investigación que nos concierne, en ocasión de centrarnos las edades más reseñables sobre la materia en el Capítulo IV, apartado tercero, se hará referencia de forma más concreta a la normativa aplicable que articula el conflicto que se da en la relación paterno filial.

CAPÍTULO III. TRIANGULACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS Y DEBERES EN COLISIÓN EN FUNCIÓN DEL GRADO MADUREZ DEL MENOR

1. LA CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA EN RELACIÓN CON LA MINORÍA DE EDAD

Tras la exposición del conflicto en lo que se refiere a los menores de edad y los padres en el entorno de las redes sociales, surge la idea de capacidad del menor como posible eje vertebrador para demarcar la frontera del control parental sobre las redes sociales de los menores. Con la incorporación del concepto de capacidad, se esboza una relación triangular entre estos tres elementos jurídicos: el derecho a la intimidad, la patria potestad y la capacidad, tanto jurídica y como de obrar.

La capacidad es un elemento jurídico que se encuentra regulado en Derecho Civil y que deriva de la personalidad. Así, se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera alude a la esfera estática y se concreta en la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas que es inherente a todo ser humano por el mero hecho de nacer. Toda persona tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones conforme a los principios de libre desarrollo de la personalidad, de igualdad y de no discriminación (Ruiz de Huidobro de Carlos, 2018, p. 157). Cabe apuntar que siempre se es titular de los derechos de la personalidad, entre los que se encuentra la intimidad.

Por su parte, la capacidad de obrar hace referencia a la esfera dinámica de la personalidad y se materializa en la aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos, ejercitar derechos y asumir obligaciones. A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar admite gradación, ya que queda determinada por la valoración de cualidades y condiciones variables de los individuos. Así pues, la capacidad de obrar puede ser plena o limitada. Su estudio reviste dificultades; a nivel terminológico, por la pluralidad de términos empleados por la doctrina y, a nivel conceptual, con relación al modo de determinar la capacidad de obrar de cada individuo (Ruiz de Huidobro de Carlos, 2018, p. 160).

La capacidad de obrar depende directamente de la capacidad natural del individuo, es decir, de su grado de discernimiento determinado por sus competencias para entender y querer, que vienen establecidas directamente por su nivel de madurez e, inmediateamente, por estados civiles que determinan la situación jurídica del individuo, como es la edad.

Entre otros estados civiles, encontramos el mayor de edad, el menor de edad no emancipado, el menor de edad emancipado y la persona menor de edad que ha obtenido el beneficio de la mayor edad, que son los relevantes en nuestra materia. El ordenamiento jurídico emplea el estado civil como un dato externo y objetivo, basado en la presunción de la capacidad natural del individuo, para tratar de precisar su grado de capacidad de obrar y, en consecuencia, poner en marcha una serie de mecanismos jurídicos protectores, como es el de la patria potestad (Ruiz de Huidobro de Carlos, 2018, p. 161). Sin embargo, las últimas reformas legislativas ponen de manifiesto una cierta proclividad al empleo de criterios subjetivos para determinar esta capacidad, convirtiéndolo en un elemento más interpretativo y titubeante.

Los casos de capacidad de obrar no plena o limitada se encuentran legalmente tasados en nuestro ordenamiento por mandato constitucional y, entre ellos, se encuentra la minoría de edad, que es el que nos interesa. El profesor Ruiz de Huidobro, define al menor de edad como “un incapaz al que el ordenamiento jurídico dota de representante legal a través de la patria potestad o la tutela” (Ruiz de Huidobro de Carlos, 2018, p. 163). No obstante, la incapacidad del menor presenta la peculiaridad de que el ordenamiento jurídico le reconoce gradualmente, según crece en edad, ciertas posibilidades de actuación. Por tanto, según avanza en madurez, el menor de edad pasa de una incapacidad completa a una incompleta (si bien sigue siendo incapaz por cuanto requiere de representación legal, como la ejercida por los progenitores o, en su caso, por el tutor). Por su parte, el menor emancipado es considerado un capaz, a quien se le dota legalmente de asistencia por los padres o por un defensor judicial, reflejando ya un cierto nivel de capacidad, aunque incompleta.

Así es que, según la teoría de De Castro (1968, p. 197), no se puede considerar a quienes no tienen plena capacidad de obrar como incapaces, sino más bien como sujetos que ostentan una capacidad de obrar limitada. Esta formulación gradual de la capacidad de obrar del menor de edad permite considerar su reconocimiento paulatino. Díez-Picazo

y Gullón Ballesteros (2003, p.229) rechazan la idea de una incapacidad de obrar general en los menores de edad, optando por la interpretación de que hay supuestos que requieren el alcance de una determinada edad para ser llevados a cabo por el titular.

Vemos, por tanto, que el ordenamiento jurídico trata de solventar los problemas que surgen respecto de la capacidad, al prever una serie de instituciones de protección para los menores de edad, cuya capacidad de obrar se encuentra limitada, y es entonces cuando adquiere virtualidad la idea de patria potestad.

2. EL NIVEL DE MADUREZ DEL MENOR COMO INDICADOR PRINCIPAL

El proceso de maduración es una variable dinámica y paulatina, sujeta a aprendizaje, que presenta cambios cuantitativos y cualitativos en función del desarrollo del individuo. Viene determinado por numerosos factores, familiares y sociales, que pueden incidir como impulso o impedimento de la misma. Por tanto, resulta obligatorio enmarcar la valoración del menor en este proceso, en particular, respecto a la toma de decisiones y a la prestación de consentimiento (Galán, 2021).

Siendo la madurez un concepto indeterminado y subjetivo en tanto que debe analizarse en cada caso según el individuo en cuestión, encontramos aquí la primera gran dificultad de la problemática. Frente a ello, el ordenamiento jurídico adopta un criterio eminentemente objetivo en lo referente a la autonomía del menor, el de la edad. Así, por ejemplo, a 12 años el menor de edad tiene derecho a ser oído en sede judicial y en los asuntos que le afecten (artículos 92.6 CC, 156 CC, 770.1 LEC y 9 LOPJM); a los 14 años está facultado para prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal (artículo 7 LOPD); a los 16 años es cuando se le permite decidir sobre sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, mientras que, cumplidos los 18 años, se convierte en mayor de edad, deja de estar sujeto a la patria potestad o tutela y tiene el pleno ejercicio de sus derechos y libertades, convirtiéndose en “capaz para todos los actos de la vida civil”, conforme al artículo 246 CC.

Surge, por lo tanto, la cuestión de si este criterio objetivo se ajusta a lo que la ciencia demuestra. A este respecto, el Consejo General de Colegios Médicos establece que la

madurez se adquiere progresivamente y suele ser entre los 12 y los 15 años cuando se alcanza la plena comprensión de la justicia, la equidad y los compromisos sociales. Sin embargo, algunos necesitan más tiempo, hasta incluso pasados los 18 años. “La valoración de la capacidad de un menor es subjetiva, no existen métodos objetivos válidos y fiables para evaluarlo. Cada paciente debe evaluarse de forma independiente y en función del hecho concreto” (Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la ética médica en la atención del menor maduro, de 30 de noviembre de 2007). Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado defiende que “no existe una norma que, de modo expreso, declare la incapacidad del menor de actuar válidamente en el orden civil”. El CC no hace referencia a cuándo un menor ha de considerarse maduro, sólo establece cuándo se es capaz de obrar a todos los efectos, pero no a la inversa: “a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil; por debajo de esta edad habrá de atenderse a cada actuación concreta”. (Resolución de 3 de marzo de 1989 de la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).

No corresponde aquí concretar los términos o los mecanismos óptimos para medir la capacidad y madurez del menor o la revisión que merecen por exceder de nuestro objeto de estudio, pero sí es labor nuestra determinar cómo se debe ejercer la patria potestad en su justa medida sin llegar a vulnerar los derechos del menor en materia de control y vigilancia de su actividad en las redes sociales. De cara a determinarlo, debemos atender, en primer lugar, a la titularidad y al ejercicio de los derechos en cuestión, así como a sus limitaciones y delimitaciones.

3. LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS MENORES DE EDAD

La persona menor de edad es titular del derecho a la intimidad, existiendo una pormenorizada regulación que así lo reconoce tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Además de la CE de 1978 (en el artículo 18), se recoge en la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y en la Carta Europea de Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992, en el artículo 4.1. LOPJM, y en la Ley Orgánica

1/1982 (que se ocupa de regular el consentimiento de los menores ante los actos de intromisión).

No existiendo dudas relativas a que los menores de edad son titulares de sus derechos fundamentales, el interrogante surge respecto a cómo pueden ejercerlos y la razonabilidad de fijar ciertos límites especiales mientras perdure dicha condición de incapacidad o de capacidad limitada.

4. LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Frente a lo anterior, se contrapone la titularidad y el ejercicio de la patria potestad por los padres, a cuya atribución alude el artículo 154 CC. Encontrando su raíz en el derecho natural, la ley reconoce como únicos titulares de la patria potestad a ambos padres de hijos menores no emancipados por el mero hecho de serlo, ya sea biológicamente o por adopción, sean o no convivientes, y con independencia de la relación matrimonial o extramatrimonial existente entre ellos.

En cuanto a tal, les son asignados una serie de derechos y deberes que no solo son facultativos, sino que les vinculan como sujetos activos de la potestad y que, por tanto, no pueden desconocer. Además, esta potestad no admite gradación.

La titularidad de la patria potestad, como regla general, pertenece a ambos progenitores y el ejercicio de las facultades que la integran ha de ser de forma conjunta. Ello sin menoscabo de que pueda producirse la privación o suspensión judicial de ésta por sentencia debido a, entre otras cosas, el incumplimiento de los deberes inherentes a la institución respecto de sus hijos (artículo 170 CC). De no estar privado de los progenitores ninguno, en caso de que sean convivientes, “se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro” (artículo 156 CC). De no serlo, será ejercida, en principio, por aquel con quien el hijo conviva. Por otra parte, en caso de defecto, ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, se ejercerá exclusivamente por el otro.

El problema surge cuando los padres no se ponen de acuerdo en la forma de ejercer la patria potestad de forma genérica o bien en asuntos concretos. En estos casos, tal y como prevé el artículo 156 CC, podrán acudir a la autoridad judicial quien, tras oír a la persona menor de edad si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, decidirá lo que estime más conveniente en interés del menor. Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva.

5. EL EJERCICIO, POR LA PERSONA MENOR DE EDAD, DE SU DERECHO A LA INTIMIDAD, FRENTE A LA PATRIA POTESTAD DE SUS PROGENITORES

Actualmente, a causa del progreso tecnológico y, en concreto, de los medios de comunicación, el derecho a la intimidad se ha convertido en un bien jurídico especialmente vulnerable, expuesto a serias disputas frente a intromisiones ilegítimas de terceros, así como a frecuentes colisiones con otros derechos constitucionalmente protegidos. Los nuevos retos, como el uso y límites de las bases de datos informáticas, han generado lagunas legislativas que se han traducido en una creciente preocupación jurisdiccional por escudar la esfera más íntima de intromisiones ajenas. Además, en el seno de las redes sociales, donde su lesión se ha visto multiplicada exponencialmente, ha sido objeto de mayor atención, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia.

Es decir, resulta imprescindible llevar a cabo un juicio de ponderación *ad hoc* en el que se valoren los hechos relevantes en cada caso, se sopesen los distintos elementos y se equilibren los bienes jurídicos por cada uno de los derechos en conflicto y en cada situación concreta (Martínez Pisón, 2016, p. 422).

A la vista de nuestro objeto de investigación, resulta inequívoca la cuestión relativa a la ilegitimidad de la intromisión, control y vigilancia por terceros en las redes sociales de un individuo. Las cosas difieren cuando los menores de edad son las víctimas de la historia, cuya característica vulnerabilidad hace de su protección una mucho más primordial. La cuestión revierte incluso mayor complejidad cuando estos terceros agentes son los padres alegando su empleo de la patria potestad en protección, precisamente, de ese derecho fundamental a la intimidad del menor de edad que queda cada vez más amedrentado. Más allá de la notoriedad de las crecientes amenazas a este derecho a la

intimidad en los espacios *online*, nosotros nos vamos a centrar en la contraposición de los deberes y derechos de los padres frente al derecho a la intimidad de los menores.

Determinar cuándo hay vulneración del derecho a la intimidad por parte de los progenitores no es sencillo, exigiendo del juez una diligencia constante para constatar la existencia o ausencia de lesión en cada caso. A tal fin, a la hora de interpretar este derecho, se acude a una serie de criterios objetivos siguiendo la línea jurisprudencial asentada. Por lo tanto, mientras que el derecho a la intimidad requiere de una protección especial como se desprende por la enorme importancia que se le da desde la legislación y la jurisprudencia y de su concreción en condenas en el CP, procurarla no siempre resulta fácil.

CAPÍTULO IV. PROTECCIÓN Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE AL DERECHO-DEBER DE LA PATRIA POTESTAD

Llegados a este punto, con intención de escapar de conclusiones teóricas, consideramos conveniente seguir un esquema lógico y organizado no para dar con la solución universalmente correcta, pero sí para, al menos, poner sobre la mesa propuestas que aborden de la forma más adecuada y próxima posible la complejidad de la temática que nos concierne: fijar el límite del control de los padres sobre los hijos cuando se desenvuelven en las redes sociales.

1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL CONFLICTO

Con el propósito de concretar y recopilar el cúmulo de ideas hasta ahora expuesto, se pone de manifiesto que la posible colisión entre la función tuitiva que los progenitores ostentan sobre sus hijos menores, derivada del ejercicio de la patria potestad (artículo 154 CC) y el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones que éstos ostentan (artículo 18 CE), se traduce en un conflicto de intereses que descansa fundamentalmente en la seguridad y protección parental de los menores de edad frente a la privacidad, libertad y autonomía de éstos, en el encuadre de las redes sociales.

Como hemos visto, los menores de edad son titulares del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Derechos éstos que pueden quedar ampliamente agredidos en el contexto de las redes sociales, al ser un espacio que presenta tanto aspectos positivos para el libre desarrollo de la personalidad del menor, como negativos en cuanto que son un grupo especialmente vulnerable por su condición carente de capacidad suficiente que les hacen menos conscientes de los peligros que les acechan en este entorno, convirtiéndose en las principales víctimas. De hecho, es uno de los ámbitos más comunes en los que se desarrollan los menores actualmente, recibiendo la denominación de “nativos digitales del siglo XXI” (Mavrakis, 2015).

Es preciso recalcar que las intromisiones en el ámbito de las redes sociales se pueden dar sobre la información expuesta o la actividad llevada a cabo por: el propio menor, el colegio o sus padres. En concordancia con la pregunta planteada que guía el presente trabajo, el foco lo fijamos en aquellas actividades llevadas a cabo por el propio menor en

las redes sociales. Del mismo modo, en lo relativo al derecho a la intimidad, es conveniente incidir en que nuestro análisis no hace referencia a cómo el menor de edad queda agredido por otros usuarios de las redes sociales, sino en cómo y hasta qué punto el control o vigilancia por parte de los padres implica una intromisión en su derecho a la intimidad del cual es pleno titular al interferir en el libre desarrollo de su personalidad (entre otras cosas, condicionando su vida social *online* y la libre formación de su identidad personal en el entorno social virtual, mediante su participación activa en estos medios).

Dentro de este contexto, siendo el derecho a la intimidad de los menores de edad el principal derecho constitucional que queda en entredicho, debemos partir de la premisa de que, en términos generales, éste encuentra su límite en el permiso del titular, o, en otras palabras, en su prestación de consentimiento. Por lo tanto, acceder sin permiso al ámbito personal de su titular, a una zona íntima que uno se reserva para sí mismo o al conocimiento de un grupo de personas, implica una vulneración de este derecho. En lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, éste no precisa ser expreso, admitiéndose el consentimiento tácito.

Como podemos comprobar, la clave de la cuestión reside en la idea de consentimiento. En relación con los menores de edad, que, como sabemos, carecen de capacidad suficiente, el tema se complica respecto a cuándo se estima que éstos tendrán consideración de “suficientemente maduros” para poder prestarlo por sí mismos frente a sus padres. La dificultad aumenta al reparar en que éstos, como titulares de la patria potestad, a menudo son precisamente quienes tienen que completar la capacidad de sus hijos menores y prestar el consentimiento en su nombre para el acceso a las redes sociales y el tratamiento de sus datos personales con la finalidad de salvaguardar sus derechos de personalidad frente a intromisiones de terceros.

2. ENFOQUE LEGISLATIVO DEL CONFLICTO

Partimos de la premisa de que, si bien la institución de la patria potestad concede a los progenitores deberes y derechos sobre los hijos, éstos no son ilimitados y es necesario tener en cuenta no sólo las facultades que se le reconocen a los padres, sino también ver hasta dónde pueden llegar, en lo que a la protección del derecho a la intimidad del menor

se refiere. En base a la forma en la que se encuentran reguladas estas figuras, a simple vista, parece que queda resuelta la cuestión atendiendo a las leyes que se pronuncian sobre los distintos fenómenos que van saliendo a la luz.

Por una parte, el hecho de que el derecho fundamental a la intimidad no sea absoluto abre la posibilidad a que se vea limitado por parte de los padres, si bien “las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable” (STC 58/1998 de 16 de marzo). Siendo el bien jurídico protegido por este derecho la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, su amparo determina el límite intransgredible para cualquiera, sin exceptuar a los padres respecto de sus hijos. Yendo más allá, es pertinente tener en cuenta lo estipulado en el artículo 4.1. LOPJM relativo al doble deber simultáneo de los padres de respetar los derechos de personalidad y de protegerlos frente a terceros, que da pie a una nueva incógnita de su materialización en la práctica ya que, en el contexto en el que nos movemos, a menudo tratar de proteger el derecho a la intimidad frente a terceros puede implicar una intromisión en este mismo derecho por parte de sus progenitores mediante la acción de control o vigilancia de sus redes.

Al concretarse el derecho a la intimidad en la facultad de toda persona a disponer de una esfera privada e impedir a los demás cualquier tipo de intromisión, parece que la clave descansa en la prestación de consentimiento por el individuo. La Ley Orgánica 1/1982 estipula en su artículo 13 las condiciones bajo las cuales se considera adecuada la prestación de dicho consentimiento por el menor de edad. Determina que, frente a las intromisiones en el derecho a la intimidad del menor, será él mismo quien lo preste cuando sus condiciones de madurez lo permitan, de acuerdo con la legislación civil. De no considerarse maduro, serán los padres, como representantes legales, quienes deben procurarlo. Dicho de otro modo, si el menor es suficientemente maduro, podrá impedir intromisiones de sus progenitores en sus redes sociales, sin que ello implique una desposesión absoluta de la patria potestad en este ámbito. Por otra parte, en la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 de 13 de diciembre (en gran parte derogada) indica la necesidad del permiso del sujeto para validar el uso por otros de su información personal y el Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, que la desarrolla se admite el tratamiento de los datos personales del menor únicamente cuando hayan prestado su consentimiento siendo mayores de 14 años o, de no serlo, por parte de los padres. Se fija

así la edad de los 14 como indicador de madurez, lo cual va esclareciendo las cuestiones que surgen a la luz de la determinación de la adquisición gradual y progresiva de capacidad por parte del individuo en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en lo relativo a la patria potestad, conforme al artículo 162 CC, los padres están facultados para representar legalmente a sus hijos no emancipados con carácter general, dando cobertura a todo lo relativo a los bienes, derechos y deberes del menor. No obstante, cabe apuntar que el derecho a la intimidad que se ve atentado en el empleo de las redes sociales por el menor de edad es, como vimos, uno de los derechos de la personalidad que, por su carácter personalísimo, queda excluido de dicha representación parental, perteneciendo su ejercicio al propio menor de edad. Hallamos aquí uno de los límites al ejercicio de la patria potestad en la materia. Pese a ello, el propio artículo incluye el matiz de que dicho ejercicio se hará atendiendo al grado de madurez del menor. Al facultar a los padres en estos casos, se pone al descubierto una aparente contradicción, ya que, como derecho personal, en principio, debería ser ejercido por la propia persona sin posibilidad de sustitución. En este sentido, conviene aclarar que la representación de los padres aquí no implica que suplan su voluntad, sino que, fundamentado en la falta de capacidad suficiente, se les atribuye una serie de deberes protectores que se respaldan en el interés de éste. Así las cosas, toda decisión parental en forma de control de las redes sociales de sus hijos debería hacerse en estricto cumplimiento de su deber de velar por él. Pese a alcanzar esta conclusión, surgen dificultades interpretativas del deber de velar, y más en tanto que no sería sorprendente que los padres alegaran el cumplimiento de éste encubriendo su verdadero deseo de controlar lo que hacen sus hijos.

La propia regulación de la institución de la patria potestad en el Código Civil desvela el principal límite del ejercicio de las facultades de los padres respecto del menor de edad en base a la finalidad última perseguida: el interés superior del menor. En el mismo sentido se pronuncia la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, que establece que “el interés superior del niño, debe ser principio rector, de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación”, así como también se recoge en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Carta Europea de Derechos del Niño, en el artículo 2 de la LOPJM donde se anuncia la primacía del interés superior del menor sobre cualquiera otro que concurra, y en el artículo 39.4 CE.

Pese a la rápida detección de este límite, no queda resuelto el tema debido a la dificultad de esclarecer lo que se entiende por “lo más beneficioso para los hijos y su interés superior”. Pues, por una parte, la intención de los padres al ejercitar el control de las redes sociales del menor puede ser, precisamente, protegerles de los riesgos que supone un uso indócil de los mismos y, por otra, este espacio *online* puede entenderse como un espacio adecuado para el desarrollo educativo y de la personalidad del menor conforme a los usos sociales de las nuevas generaciones (algo que, los padres, deben procurar con su derecho-deber). Por lo tanto, lo único que queda claro es que, mientras que se legitima a los padres como titulares de la patria potestad la realización de determinados actos respecto de sus hijos que podrían cuestionar su derecho a la intimidad, en tanto que el foco difiera del interés para el menor de edad, supondrá una extralimitación de esta potestad. Se desprende así que la premisa a seguir será siempre la persecución del interés superior del menor de edad, pero dicho beneficio no deja de revelarse como un concepto jurídico indeterminado que obstaculiza el alcance de conclusiones firmes que permitan zanjar la problemática. De este modo, se establece que los poderes públicos deben velar por la actuación parental en beneficio del hijo y que, ante una situación de conflicto de intereses entre el padre y el hijo, la autoridad judicial será la competente para establecer qué es lo más beneficioso para el hijo, mediante una valoración en la que se aventajará al menor siempre en la medida de lo posible.

Siguiendo la redacción del artículo 154 CC, nos topamos con un límite añadido al anterior, debiendo la patria potestad ejercerse persiguiendo el beneficio de los hijos “de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Dicho de otro modo, los padres deben garantizar el derecho al libre desarrollo de su personalidad de sus hijos. Además, en relación con esto, el artículo 5.1 LOPJM reconoce a los menores el derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Surge pues, una nueva imprecisión con respecto a lo que a la personalidad del menor se refiere y cómo ésta debe ser respetada en el seno de las redes sociales en tanto que cuesta fijar qué se consideraría un ejercicio abusivo de los padres en cumplimiento de su derecho-deber de velar y educar a sus hijos al obligarles o al coartarles a la realización de concretos actos en sus redes sociales y en qué medida ello podría implicar impedir u oponerse al libre desarrollo de su personalidad.

Esto conduce a la referencia que hicimos en su momento de las redes sociales, sus ventajas e inconvenientes, considerándolas un arma de doble filo. Los menores de edad han adoptado la postura como “la generación de las nuevas tecnologías”. Las redes sociales se han convertido en una parte imprescindible para sus vidas y su desarrollo integral en el proceso de formación de su personalidad, descubriendo gustos y actividades, así como desarrollando nuevas habilidades. Por un lado, incluyen múltiples ventajas educativas y de socialización al poder mantener relaciones interpersonales y una comunicación fluida mediante las mismas excluyendo el riesgo de sentirse aislados de esta realidad, y ser facilitados el acceso a información para su aprendizaje. Partiendo de esta idea, se podría pensar que las redes sociales cubren la necesidad de procurar su formación integral y correcta educación, que constituyen parte del contenido de la patria potestad. Frente a ello, se presentan los numerosos riesgos que entrañan tales como el acceso a contenido inadecuado para determinadas edades (sexual, racista, xenófobo, de odio...) y una mayor probabilidad de convertirse en víctimas de *cyberbullying*, suicidio, trastornos alimenticios, acoso violento, pederastia... lo cual fundamenta y no solo faculta sino que hace necesaria la intervención parental mediante el adecuado control de las conductas de sus hijos en estos espacios precarios para prevenir que el menor, debido a su capacidad incompleta, sufra consecuencias para el oportuno desarrollo de su personalidad o quede afectado de por vida por una equivocada decisión que él mismo no estaba en condiciones para tomar por su insuficiente nivel de madurez. Una vez más, se alcanza la conclusión de que dicho control deberá responder a la madurez y al grado de autonomía del menor. Por lo tanto, la solución, aunque no nos resulte del todo satisfactoria para culminar la fijación de la frontera, descansa en que el límite al ejercicio de la patria potestad aumentará según el menor de edad vaya creciendo y consolidando su personalidad con el transcurso del tiempo.

Todo lo anterior enreda la cuestión más aún por la dificultad que supone precisar qué es lo más beneficioso para el menor de edad, lo cual resulta necesario para establecer en qué medida pueden los padres usar sus potestades para inmiscuirse en su esfera más privada blindada por el derecho fundamental a la intimidad y que permite al menor de edad ir desarrollando su personalidad. Concluimos en este punto que, sin ser del todo esclarecedor, tanto el beneficio del menor como el desarrollo de su personalidad son los límites infranqueables que ni el control parental puede transgredir.

Continuando con el contenido de la institución jurídica de la patria potestad, debemos subrayar que, en contrapartida a los deberes que se imponen a sus titulares, surgen también obligaciones para el menor frente a los padres regulados en el artículo 155 CC como son el permanente deber de respeto y el deber de obediencia mientras permanezcan bajo su potestad, como corolario del derecho de corrección que ostentan los padres. En línea con la finalidad de la patria potestad, conviene aclarar que el deber de obediencia se concreta en el acatamiento de los hijos de los mandatos que les sean impuestos en su beneficio por parte de sus padres. En el seno de las redes sociales, en caso de que el padre identifique un comportamiento inadecuado del menor en su uso, estará en su derecho de corregir y reconducir al menor, quien deberá reparar su conducta obedeciendo a sus padres siempre que éstos actúen buscando su beneficio. De este modo, “la autonomía del menor está limitada al criterio de éstos, que deben actuar siempre para beneficiar al menor” (De Couto Gálvez, 1997, p. 167). Por lo tanto, el hijo menor no está en modo alguno obligado a obedecer ningún mandato que implique una extralimitación del poder paterno. Se podrá llevar a cabo un examen de la licitud del imperativo para, de ser necesario, adecuarlo. Además, en el caso de tener capacidad suficiente, será oído antes de adoptar decisiones que le afecten.

En definitiva, el menor de edad es pleno titular de su derecho a la intimidad que, como derecho fundamental, goza del máximo nivel de protección. En ocasiones, para garantizar su defensa en los entornos en los que más cuestionado queda, como es el caso de las redes sociales, es necesario que sea blindado por los padres como representantes legales. Esta intromisión, no obstante, no puede hacerse a la ligera poniendo en peligro el propio derecho que mediante su actuación se pretende salvaguardar y cuya razón de ser debe ser el interés superior del menor. La pretensión de dicho control no debe ser restringir los derechos que se reconocen a los menores de edad pese a su peculiar capacidad, sino protegerles ante las contingencias que puedan darse en su ejercicio.

En vista a lo expuesto, se evidencia que existen casos en los que la actividad que los menores de edad despliegan en las redes sociales hacen que el control y vigilancia por parte de sus padres esté justificado en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia, por más que practicarlos conlleve una intrusión en la esfera íntima del menor, y así lo ampara la ley. Pero, pese a las facultades que ostentan los padres por su patria potestad que se lo permiten, no son absolutas y están sujetos a determinados límites para su correcto

ejercicio. Por esta vía, podrán los menores de edad, incluso empleando esta peligrosa herramienta, oponerse a las intromisiones injustificadas de sus padres.

Al plantearnos en qué condiciones queda justificado el control que deriva de la patria potestad que hacen los padres sobre las redes sociales del menor (que forman parte del ámbito de su derecho a la intimidad), ciñéndonos a los textos legales, nos topamos con respuestas legislativas inciertas por la multiplicidad de términos ambiguos sobre los que se construye la barrera. Así es que toda la materia relativa al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad, a la actuación parental sobre el mismo y a la prestación de consentimiento del menor, recae en su grado de madurez, con la incertidumbre que de su medición se deriva. Análogamente, la ley ubica el límite infranqueable y el sustento del ejercicio de la patria potestad en la persecución del beneficio del menor, su interés superior y el desarrollo de su personalidad; siendo todos ellos conceptos indeterminados y vagos, y, por tanto, fuente de inseguridad jurídica.

La indeterminación terminológica y la casuística de la problemática evidencian la inviabilidad de dar con una respuesta contundente, única y genérica de la mano de la ley. Deviene necesario, de un lado, graduar el nivel de capacidad a partir de distintos factores objetivos (como la edad y la emancipación) y atendiendo a las circunstancias concurrentes que rodean el acto en cuestión, y, por otra, llevar a cabo una interpretación conceptual para paliar la inseguridad jurídica que se genera. Sin dejar de ser útil, el desarrollo legislativo infructuoso e insatisfactorio realizado en este apartado, revela que se trata de un tema no solo legal, sino también moral, y la necesidad de acudir al dato objetivo de la edad partiendo del estudio de las redes sociales y los pronunciamientos de los tribunales para abordar la investigación desde otro enfoque con la finalidad de mitigar la inseguridad jurídica que queda al descubierto.

3. ENFOQUE DE LAS EDADES SEGÚN LA NORMATIVA APLICABLE

Tras el análisis legislativo llevado a cabo sobre la forma en la que se regula la colisión, la falta de seguridad que despiertan las referencias a la madurez y a la capacidad como eje vertebrador, nos conducen a atender a la edad del menor como punto de partida para dar con una respuesta conciliadora. Como vimos, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982

alude a la idea de que el consentimiento lo prestarán los propios menores de edad “si sus condiciones de madurez lo permiten” y, de no ser así, lo harán por medio de su representante legal, sin hacer mención alguna a la edad como guía. Por su parte, la LOPJM, además de reconocer a los menores como titulares de derechos de la personalidad (artículo 4), en su artículo 9⁵, relativo al derecho a ser oído o escuchado, introduce un criterio para valorar la madurez del menor y establece una presunción de madurez a los 12 años. Es decir, cuando la madurez del menor haga presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia.

Para tratar de soslayar la incertidumbre que genera la ambigüedad de la temática, partimos de la regulación de las distintas leyes aplicables en nuestro ordenamiento jurídico que se pronuncian con mayor concreción sobre las edades en el ámbito de las redes sociales.

En primer lugar, la protección de datos personales, a nivel europeo, viene regulada en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, el Reglamento). Su artículo 8.1⁶ fija los 16 años como la edad mínima para entender como lícito el tratamiento de los datos personales del menor, dando, por otra parte, libertad a los Estados miembros de la Unión Europea para rebajar este requisito hasta los 13 años.

Partiendo de esta posibilidad, la normativa española se rige por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), para dar respuesta a la edad requerida para el acceso a las redes sociales

⁵ 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

⁶ 1. Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

en España. En su artículo 7⁷, establece la admisión del tratamiento de datos personales cuando los menores presten su consentimiento siendo mayores de 14 años. En el mismo sentido, se pronuncia el en su artículo 13⁸ Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre.

Es decir, todo menor, mayor de 14 años, está facultado por la normativa española para aceptar y prestar su consentimiento por sí solo, impidiendo que lo hagan sus padres por ellos. Desde nuestro punto de vista, esto deberá ser tenido en cuenta sin desatender al deber y derecho de los progenitores de velar por ellos y protegerlos, entre otras formas, evitando que cedan datos delicados propios que les pongan en peligro.

4. ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS REDES SOCIALES

Una vez atendida la regulación por parte de la normativa española, es interesante observar en qué sentido se pronuncian los prestadores de las redes sociales sobre la navegación por los menores de edad en ellas, para dar mayor claridad a la cuestión. A tal fin, la realización de un pormenorizado estudio de la regulación de las edades establecidas por parte de algunas de las redes sociales más en boga, en lo concerniente al acceso y al empleo de estas por parte de los menores de edad, nos permite alcanzar una serie de afirmaciones. En lo relativo a la posesión de un teléfono móvil, no existe una edad mínima de referencia, más allá de las recomendadas por los expertos conforme a la madurez, necesidades familiares y funciones de los dispositivos (facilitando muchos de ellos el acceso a las redes sociales). En este caso, queda en manos de los propios padres la decisión de cuándo entregarles un dispositivo móvil a sus hijos y los límites a su uso.

⁷ 1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. 2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela.

⁸ 1. 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.

En cuanto a la edad de acceso a las redes sociales regulado por parte de sus prestadores, hemos basado el estudio, en concreto, en las siguientes: *Twitter*⁹, *Facebook*¹⁰, *Instagram*¹¹, *Tiktok*¹², *Twitch*¹³, *Discord*¹⁴, *Youtube*¹⁵, *Youtube Kids*¹⁶, *Tumblr*¹⁷, *WhatsApp*¹⁸, *Telegram*¹⁹, *Snapchat*²⁰ y *Onlyfans*²¹. Las políticas de privacidad de estas redes no garantizan de modo alguno que la pérdida de privacidad que tiende a darse en las redes sociales quede eliminada ya que a menudo son inseguras y poco garantistas de la protección de los derechos del individuo (Naranjo, 2012).

⁹ *Twitter* requiere que una persona tenga al menos 13 años para crear una cuenta. Algunos países europeos también pueden exigir que los titulares de cuentas tengan el consentimiento de los padres para tener una cuenta de *Twitter*.

¹⁰ *Facebook* ha modificado la edad requerida para ser usuario, de 13 a 14 años, con la pretensión de ajustarse a la legislación española. La STS 864/2015 de 10 diciembre alude a un caso de un menor de edad en el entorno de esta red social.

¹¹ *Instagram* exige que las personas que se registren tengan al menos 13 años. En algunos países, la edad exigida es incluso mayor. Si se es conocedor de que el usuario es una persona adolescente (entre los 13 a 17 años), se le proporcionará experiencias apropiadas a su edad. Por ejemplo, la cuenta se configura como privada de forma predeterminada, se previenen los contactos no solicitados de adultos que no conocen y se limita la visualización desde sus perfiles de determinados anuncios. El Auto núm. 31/2019 de 13 marzo de la AP de Asturias (Sección 4ª), se pronuncia sobre un caso de un menor en su navegación sobre esta red social.

¹² *Tiktok* establece la edad mínima para acceder a la misma a los 13 años. En caso de que los prestadores de esta red social sospechen que un usuario es menor de la edad requerida, su cuenta quedará automáticamente bloqueada. Además, una noticia reciente de marzo de 2023 sobre el uso de *Tiktok* por parte de los menores introduce un límite a los menores de 18 años tendrán a partir de ahora un máximo de una hora al día para ver vídeos en esta red social.

¹³ *Twitch* requiere tener mínimo 13 años para poder registrar una cuenta.

¹⁴ *Discord* exige que las personas tengan una edad mínima de 13 años para acceder a su aplicación o sitio web. Sin embargo, en España está marcada para mayores de 14 años.

¹⁵ *Youtube* requiere una edad mínima de 13 años para poder acceder a su aplicación o sitio web. Sin embargo, en España está marcada para mayores de 14 años.

¹⁶ *Youtube Kids* establece la edad mínima para crear una cuenta a los 13 años.

¹⁷ En *Tumblr*, la edad mínima general para navegar sobre la plataforma es de 13 años. Sin embargo, se exige que los usuarios de la Unión Europea y Reino Unido tengan al menos 16 años. Además, si los usuarios desean utilizar la función de propinas de *Tumblr*, deben tener 18 años o más.

¹⁸ *Whatsapp* requiere de forma general tener mínimo 13 años de edad para registrarse en esta red social y utilizar el servicio. Este requisito mínimo aumentará si así lo requiere la legislación del país en cuestión. Además, si se es residente en un país de la Región Europea, se requiere tener como mínimo 16 años. El Auto 893/2017, de 25 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 2ª, Rec. 914/2017, hace referencia a un caso de un menor de edad inmerso en esta red social.

¹⁹ En *Telegram* la edad mínima exigida es indeterminada. Para que se registre un usuario, no se requiere introducir su edad. Según los Términos de Servicio de *Telegram*, esta red social es más segura para mayores de 16 años, mientras que la *Apple App Store* lo tiene configurado para mayores de 17 años y el *Google Play Store* alude a la necesidad de una guía de los padres para los menores de edad.

²⁰ *Snapchat* requiere que los usuarios tengan como mínimo 13 años. Para abrir una cuenta en esta red social, es necesario ingresar la fecha de nacimiento, pero no se verifica la edad.

²¹ *Onlyfans* está prohibido para cualquier usuario menor de edad. Existen dos tipos de usuarios (los seguidores y los creadores de contenido) con acceso a esta red social y para ambos es necesario tener mínimo 18 años por el contenido erótico e inapropiado para toda persona menor de edad.

Por una parte, la investigación pone de manifiesto que, en términos generales, la mayoría de las redes sociales permiten la apertura de un perfil y el acceso a las mismas a una edad menor a los 14 años (muchas de ellas fijando el límite en los 13). Pese a ello, en España, solo se permite legalmente ser usuario de estas redes sociales a partir de los 14 años, de acuerdo con la regulación mencionada *ad supra*. Además, en los términos de servicio de algunas de las redes investigadas, se prevé la posibilidad de que la edad mínima por los prestadores establecida se vea rectificadora por la pertenencia a la Región europea (aplicándose el Reglamento) o en función de la legislación interna de cada país, en cuyo caso prevalecerá la concreta legislación del país del que sea residente el usuario.

Por lo tanto, si bien será importante tener en cuenta la edad mínima establecida por cada red social de cara a evaluar la protección de los menores de edad que se desenvuelven en ellas, aferrarnos a ello como criterio regulador de la cuestión, no resulta, de manera alguna, tranquilizador. Ello se debe a que dicho límite no garantiza que un menor que no cumple con la edad exigida en cada caso pueda variar algunos números de su fecha de nacimiento con tal de crearse un perfil y navegar por la red. No podemos, por lo tanto, hacer que la garantía de la seguridad de los derechos fundamentales de la personalidad del menor que quedan amedrentados al exponerse a las redes sociales descansa en las medidas implementadas por los prestadores de las mismas, precisamente por la inequívoca dificultad existente en lo relativo a la verificación de la edad de los usuarios que navegan en ellas. Vista la falta de control en estas plataformas, cualquier menor de edad que no cumpla con la edad mínima establecida para su uso, puede crearse un perfil falso y comenzar a interactuar en ellas sin ningún tipo de control. Aunque garantizar esta seguridad sería lo idóneo, en tanto que se podría prescindir del control parental y no existiría la posibilidad de que se diera la colisión de derechos, ello no da una solución conciliadora a la cuestión que nos atañe que confronta a los padres con sus hijos menores de edad. Precisamente, son los riesgos a los que quedan expuestas en estas redes sociales, lo que incita a los padres a querer ejercer ese control para garantizar la protección de sus hijos, que no parece quedar cubierta por otras vías.

5. ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

Dada la falta de solución al conflicto que enfrenta a los menores de edad que desean desenvolverse libremente en las redes sociales ejerciendo por sí solos el derecho a la intimidad, con sus padres, cuyo propósito es la protección de sus hijos y de sus derechos en interés de aquéllos, por parte tanto de la normativa comunitaria e interna española, como por la de los prestadores de estos servicios, nuestra investigación nos conduce, de forma imperativa, a atender a los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

La evolución de la institución de la patria potestad y la importancia de la revolución tecnológica sobre las más recientes generaciones, son explicativos de la forma en la que los jueces y tribunales han ido cambiando y mutando los criterios que han tendido a seguir para solventar este tipo de casos. A este respecto, cabe apuntar que, con el paso del tiempo, la prevalencia del afán protector por parte de los progenitores ha ido transitando a favor de una mayor libertad y autonomía de los menores de edad sobre sus derechos personales, extrapolándose esta tendencia al ámbito de las redes sociales. Además, ha permitido que determinados menores de edad, en función de su madurez, puedan impedir intromisiones de sus padres en ciertas esferas de su privacidad, algo inconcebible hace años.

Antes de comenzar con el concreto análisis jurisprudencial, consideramos pertinente hacer unas breves anotaciones acerca de los criterios o parámetros que, con carácter general, están utilizando nuestros jueces y tribunales para resolver los supuestos en los que entran en colisión el derecho a la intimidad de los menores y el deber de protección de quien ostenta la patria potestad en el entorno de las redes sociales. Dichos parámetros se ajustan a la regulación legislativa analizada.

El primer criterio sobre el que queremos hacer hincapié se basa en la búsqueda por la actuación parental del interés superior del menor y siempre con respeto al libre desarrollo de su personalidad, lo cual comporta el punto de inflexión de la extralimitación del control parental, siendo necesario que los progenitores escuchen al menor, si cuenta con capacidad suficiente, para conocer sus preferencias y, en base a ello, y siempre en persecución del interés de éste, tomar las decisiones pertinentes. A nuestro juicio, la

determinación de lo más beneficioso para el menor no deja de implicar una dificultad y una subjetividad insuperable.

En segundo lugar, se tratará de concretar el grado de madurez del menor en cada caso. De no acreditarse, el criterio a seguir será el objetivo, acorde a la edad en que se presupone la madurez, en general, a partir de los 14 años. Por tanto, de considerarse maduro el menor, será necesario su consentimiento para que la intervención sea legítima. En definitiva, será la madurez progresiva del menor la que irá determinando y modulando la posición de los padres respecto a la decisión y control sobre los actos de sus hijos menores mediante la supervisión, como también será la que posibilite una mayor libertad de actuación del menor en su estadio de mayor madurez (STS 864/2015, de 10 de diciembre).

Por último, los tribunales permiten la intromisión de los padres en la intimidad de sus hijos menores en caso de existir una sospecha fundada de extremo riesgo para ellos en el contexto de las redes sociales. Esto es, debe haber pruebas o indicios basados en razones objetivas que justifiquen una intervención por parte de los padres en el derecho a la intimidad del menor. Además, las medidas de control deberán ser, en todo caso, razonables, proporcionales, ponderadas y adecuadas a las circunstancias concurrentes. Bajo nuestro punto de vista, este criterio se queda, en algunos casos, escueto, por cuanto no avala aquellas situaciones en las que, sin poder acreditar dicha sospecha, los menores se exponen a numerosos peligros sin possibilitar a los padres tomar medidas preventivas dirigidas a evitar que sus derechos queden perjudicados.

Además, es oportuno recordar el deber que deriva de la patria potestad de vigilancia y control de las actuaciones de sus hijos menores en las redes sociales, sumándose, en ocasiones, como criterio la posible afectación de intereses de terceros. Es decir, que los menores de edad atenten contra los derechos de otros usuarios al llevar a cabo una conducta insensata en las mismas. En este caso, de no considerarse maduro el menor, serán los responsables civiles de los daños causados por sus hijos, serán los padres, conforme al artículo 1903 CC.

Por lo tanto, parece que el ejercicio de la patria potestad y el deber de los padres de velar por sus hijos puede llegar a justificar las medidas de vigilancia y control de las redes sociales de sus hijos menores de edad en base a estos criterios jurisprudenciales.

6. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES ESCENARIOS EN FUNCIÓN DE DISTINTOS RANGOS DE EDAD

Los enfoques hasta ahora expuestos encuentran la solución al conflicto que nos atañe en la idea de capacidad o madurez del menor. Como ya adelantamos, resulta incierto el momento concreto y común en el que todos los menores adquieren la madurez necesaria para otorgar su consentimiento y, en consecuencia, también para situar el límite exacto, para los padres, cuando pretenden ejercer sus labores de control y vigilancia de las redes sociales en menoscabo del derecho a la intimidad de sus hijos.

Dado que nuestro CC no contiene ninguna norma que establezca aquel preciso momento no hay más remedio, a fin de descubrir el grado de madurez alcanzado por el menor de edad, que acudir a las circunstancias concretas y al desarrollo intelectual y volitivo de ese menor con relación a la complejidad del acto que éste desee desarrollar.

No pudiéndonos acoger a esta idea por la casuística, inseguridad jurídica y la falta de practicidad que conlleva, parece razonable partir del criterio objetivo que adopta nuestro ordenamiento jurídico, consistente en fijar unas edades como presunción de madurez en lo que al ejercicio autónomo de sus derechos se refiere. Por lo tanto, atendiendo a la regulación legal y a la jurisprudencia que la interpreta, es conveniente analizar una serie de escenarios que motivan una respuesta diversa.

Los escenarios que estudiaremos serán los siguientes:

- a) Cuando existe mutuo acuerdo entre los padres y los hijos menores;
- b) en caso de ignorancia por parte del hijo del control que están ejerciendo sus padres; y
- c) en caso de desacuerdo entre ellos.

Lo haremos atendiendo a distintas franjas de edad: los menores de 12 años; los menores entre 12 y 14 años; los menores entre 14 y 16 años; y los menores, mayores de 16 años en adelante.

El motivo de la elección de estos casos descansa en que, como hemos visto, el derecho a la intimidad encuentra su razón de ser en la prestación de consentimiento por parte de su titular. Al ser el titular en cuestión el menor de edad, cuyo consentimiento queda condicionado a poseer “madurez suficiente”, nos acogemos al criterio objetivo de la edad para tratar de acotar la inseguridad jurídica lo máximo posible, sin caer en simplificaciones excesivas. En este sentido, no debemos olvidar los casos excepcionales y la posibilidad de determinar la madurez real en supuestos concretos. La elección de estas franjas de edad responde al hecho de que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, a los menores de edad se les reconoce la capacidad para realizar determinados actos jurídicos a partir del alcance de dichas edades.

Para llevar a cabo el estudio de forma ordenada y lógica, hemos hecho un esfuerzo por elaborar una tabla esquemática de los diferentes escenarios que se pueden dar en función de distintos rangos de edad, tratando de dar respuesta a la realidad actual. La hemos ido completando en base a los criterios jurisprudenciales y la normativa aplicable, haciendo referencia a sentencias que se pronuncian sobre casos de la colisión de derechos que nos ocupa.

EDADES X ESCENARIOS	MUTUO ACUERDO (consentimiento expreso/tácito)	IGNORANCIA (no conoce, no consiente)	DESACUERDO
<p>MENORES DE 12 AÑOS</p> <p>Jurisprudencia: - JP de Pamplona Sentencia núm. 145/2017 de 29 mayo (11 años). - Auto 893/2017, de 25 de octubre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra (9 años).</p>	<p>- No existe conflicto. - No se requiere acuerdo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Seguridad > privacidad 	<p>- No existe conflicto. - No se requiere consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Seguridad > privacidad 	<p>- No existe conflicto. - No se requiere acuerdo ni consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Seguridad > privacidad
<p>ENTRE 12-14 AÑOS</p> <p>- <u>12 años</u>: derecho a ser oído en los asuntos que le afecten.</p> <p>Jurisprudencia: - AP de Asturias (Sección 4ª) Auto núm. 31/2019 de 13 marzo (13 años).</p>	<p>- No existe conflicto. - No se requiere acuerdo.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Seguridad > privacidad 	<p>- No se requiere consentimiento, sí conocimiento. - Requisito para la legitimidad de la intromisión: 1. sospecha fundada de riesgo grave</p> <ul style="list-style-type: none"> • Seguridad > privacidad <p>(por lo general)</p>	<p>- No se requiere consentimiento. - Requisito para la legitimidad de la intromisión: 1. sospecha fundada de riesgo grave</p> <ul style="list-style-type: none"> • Seguridad > privacidad <p>(por lo general)</p>

<p>ENTRE 14-16 AÑOS</p> <p>- <u>14 años</u>: derecho a prestar consentimiento para tratamiento de datos de carácter personal.</p> <p>- Caso por caso.</p> <p>Jurisprudencia: - TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 864/2015 de 10 diciembre (15 años).</p>	<p>- No existe conflicto. - Sí se requiere acuerdo o prestación de consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dº intimidad > control parental • Desacuerdo → intromisión parental ilegítima (197 CP). 	<p>- Se requiere consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dº intimidad > control parental (por lo general) • No consentimiento → intromisión parental ilegítima (197 CP). <p>- Requisitos para la legitimidad de la intromisión: 1. Sospecha fundada de riesgo grave. 2. Consentimiento del menor // Prueba de falta de madurez suficiente.</p>	<p>- Se requiere consentimiento. - No oposición = consentimiento tácito si conocía la situación.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dº intimidad > control parental (por lo general) • No consentimiento → intromisión parental ilegítima (197 CP). <p>- Requisitos para la legitimidad de la intromisión: 1. Sospecha fundada de riesgo grave. 2. Consentimiento del menor // Prueba de falta de madurez suficiente.</p>
<p>ENTRE 16-18 AÑOS</p> <p>- <u>16 años</u>: derecho del menor a decidir sobre su intimidad.</p>	<p>- No existe conflicto. - Sí se requiere acuerdo o prestación de consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Desacuerdo → intromisión parental ilegítima (197 CP). 	<p>- Se requiere consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dº intimidad > control parental (por lo general) • No consentimiento → intromisión parental ilegítima (197 CP). 	<p>- Se requiere consentimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dº intimidad > control parental (por lo general) • No consentimiento → intromisión parental ilegítima (197 CP).

Fuente de elaboración propia en base a la regulación y jurisprudencia mencionada.

6.1. Los menores de 12 años

En términos generales, se considera que los menores de 12 años no tienen capacidad suficiente para prestar por sí mismos consentimiento, dado que se presume que, con carácter general, carecen de madurez suficiente. Por tanto, en este ámbito, para los casos que se refieren al conflicto entre los padres y los hijos menores de 12 años, no adquiere virtualidad la colisión de derechos y deberes, considerándose que los padres actúan legítimamente en su deber de protección debido a la vulnerabilidad del menor. Es decir, como observaremos, en los tres escenarios prima la seguridad por medio del control parental frente a la privacidad del menor que se desprende de su derecho a la intimidad. No obstante, a este respecto, se debe tener en cuenta que, conforme a la LOPJM, los menores deberán ser oídos a partir de los 12 años o incluso antes, si se acredita que cuentan con capacidad suficiente a una edad inferior.

6.1.1. En caso de mutuo acuerdo

Para el supuesto de que el menor de 12 años haya llegado a un acuerdo con sus padres sobre el control por parte de éstos sobre sus redes sociales, o haya consentido la intromisión de forma expresa o tácita, no existe conflicto que resolver. En cualquier caso, debido a su delicada edad, no se requiere que dicho acuerdo exista para que los padres puedan ejercer las actuaciones que se desprenden de su patria potestad en el entorno de las redes sociales. A pesar de ello, tanto la jurisprudencia como la Guía para padres y educadores sobre el uso seguro de Internet, móviles y videojuegos coinciden en que es recomendable que sea conocedor y esté de acuerdo con el control ejercido por sus padres para generar una relación de confianza y evitar situaciones en las que oculten posibles peligros a los que hagan frente en un futuro en el entorno digital.

El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 893/2017, de 25 de octubre de 2017, versa sobre el caso de un padre que revisó las conversaciones de WhatsApp de su hija menor con su madre. Se alega, por una parte, la solicitud de la contraseña del dispositivo móvil y la revisión del WhatsApp de su hija menor. La menor en cuestión tenía 9 años, edad relevante ya que la red no permite el acceso a menores de 13 años (siendo en España aplicable la edad mínima de 14 años), y por indicar una situación de clara falta de madurez, no quedando acreditada la concurrencia de una condición

excepcional de madurez a dicha edad. Se planteaba la posible subsunción del caso en el tipo del 197 CP, de descubrimiento y revelación de secretos, en caso de considerarlo una intromisión en el ámbito privado del derecho a la intimidad de la menor. No obstante, el recurso fue desestimado porque, partiendo de la jurisprudencia previa del TS, la comunicación a la que se tuvo acceso no tenía carácter de secreto y reservado y la actuación del padre no era calificable como una injerencia en el derecho a la intimidad de la menor. Pero, incluso sin llegar a comprobar esto, a nuestro juicio, es importante destacar que el supuesto encaja en el escenario de mutuo acuerdo entre el padre y la menor por cuanto la revisión llevada a cabo se hizo en su presencia (esto es, en su conocimiento) y con su consentimiento, al menos tácito, lo cual elimina la posible vulneración del derecho desde su origen.

Lejos de acusar al demandado, el auto alude a la obligación de los progenitores que se deriva del artículo 154 CC, dándole prevalencia al ejercicio de la patria potestad frente a la privacidad de la menor. Sienta que “el desarrollo de las redes sociales, como es el WhatsApp, requiere atención y vigilancia de los progenitores para preservar la indemnidad de los menores” (Auto AP de Pontevedra 893/2017, de 25 de octubre de 2017). Además, no puede pasar desapercibido el hecho de que la hija tenga WhatsApp a los 9 años, lo cual determina, con más razón, el control del padre a la vez que corrobora lo apuntado en relación con la falta de seguridad y garantía que aportan los prestadores de servicio en lo referente a la edad de acceso que establecen.

6.1.2. En caso de ignorancia del menor

En cuanto a aquellas situaciones en las que el menor de 12 años ignora el ejercicio de control por parte de sus padres y, por tanto, éstos no cuentan con su permiso, no chocan los derechos en cuestión. Esto se debe a que, como hemos apuntado en el apartado anterior, no se requiere que medie su consentimiento para que quede avalada la intervención de los progenitores, si bien sí resultaría beneficioso el conocimiento y consentimiento del menor para propiciar un uso seguro y consciente de las redes sociales.

En el caso resuelto por un Juzgado de lo Penal en Pamplona (Sentencia 145/2017 de 29 de mayo), el problema que se planteaba era el de una madre que había grabado las conversaciones que su hija, menor de 11 años, había mantenido con su padre desde el

teléfono móvil de ésta, instalando para conseguirlo una aplicación. Se trata de un caso que, si bien no hace referencia a las redes sociales, sí que es clarificador de la posición de los tribunales ante este tipo de conflictos.

A primera vista, al no mediar conocimiento ni consentimiento del menor, parece que se trata de un supuesto de clara vulneración de la intimidad. No obstante, lo que interesa es analizar hasta qué punto se considera esta intervención legítima cuando se hace en ejercicio del deber de protección parental. Siendo la hija una menor de 11 años que, según un informe pericial, requería tratamiento psicológico ya que se enfrentaba a una situación de sobrecarga y opresión por parte de su padre para la que “no estaba psicológicamente preparada”, no parece que tuviese el nivel de madurez necesario para requerirse su permiso frente a su madre ni para prescindir de la protección de su ésta. Siguiendo con los criterios establecidos *ad supra*, los hechos probados mencionan que la madre actuó por preocupación, fundada en el desconocimiento del origen de los cambios anímicos de su hija, la cual, en experiencias pasadas en las que había sido objeto de *bullying* y que “se encontraba triste, llorosa en ocasiones, nada comunicativa con su madre, y había bajado su rendimiento escolar” (Sentencia 145/2017 de 29 de mayo). Es decir, que la madre contaba con sospechas fundadas de riesgo para la menor. Asimismo, todo apunta a que, si bien la madre actuaba afectando conscientemente a la intimidad de la menor, actuó velando por la protección de su hija. Se plantea la posible aplicabilidad a la madre del delito tipificado en el artículo 197 CP, un ámbito en el cual, de acuerdo con el Tribunal Supremo, no existe, en condiciones de madurez, un derecho de los padres a controlar mediante su injerencia las comunicaciones de sus hijos menores de edad. Sin embargo, no pudiendo considerarse un menor maduro a los 11 años, sí se permite la intervención cuando quede justificada por un superior interés jurídico. El caso en cuestión encaja a la perfección en este escenario: la madre contaba con datos a priori que, razonablemente, despertaban preocupación en ella, quien actuó de forma proporcional y adecuada a la situación y con la finalidad de salvaguardar a su hija ante las contingencias que le pudieran amenazar, existiendo un claro riesgo para su integridad moral y desarrollo psíquico. Así, la madre cumplió con no sólo su derecho, sino su obligación de proteger, que, como titular de la patria potestad, le corresponden. Por ello, quedó absuelta. A todas luces, se trata de un caso en el que se cumplen los criterios establecidos jurisprudencialmente y en el que el grado de madurez se determina en función de su minoría de edad (inferior a 12 años), así como de las circunstancias concurrentes.

6.1.3. En caso de desacuerdo entre el menor y los padres

Ante los supuestos en los que el menor de 12 años no esté de acuerdo con la supervisión de sus redes sociales por parte de los padres, no existe conflicto, pues, como hemos reiterado, no es necesario que medie consentimiento en estos casos para considerar lícita la intervención parental.

6.2. Los menores entre 12 y 14 años

A una edad superior a los 12 años, los casos de colisión entre el derecho a la intimidad de los menores y el deber de patria potestad de los padres en la esfera de las redes sociales escala en complejidad debido a que, como tuvimos ocasión de observar, muchas redes sociales establecen la edad mínima para su acceso y uso a los 13 años. No obstante, ya adelantamos que, en cualquier caso, de acuerdo con el Reglamento y con la LOPD, que rigen con carácter prioritario la regulación española sobre la problemática, el menor que vaya a acceder a las redes sociales debe tener mínimo 14 años para prestar el consentimiento por sí mismo al no considerar, en términos generales, que cuente con la capacidad suficiente para ejercer sus derechos de personalidad en el espacio digital a una edad más temprana. Una vez más, cabe incidir que esto será así de no acreditarse una madurez superior en el caso concreto en cuestión.

En otra instancia, es importante tener en cuenta que, por encima de los 12 años, todo menor tiene derecho a ser oído en sede judicial y en todos los asuntos que les afecten, o incluso antes, si cuentan con suficiente juicio (artículos 770 LEC y 9 LOPJM). A estos efectos, el TS recuerda la necesidad de oír a los menores sobre la guarda y custodia cuando tengan suficiente juicio o cumplan 12 años (STSS 413/2014, de 20 de octubre de 2014 y 3299/2021 de 27 de julio de 2021). Asimismo, el artículo 9 LOPJM introduce una presunción de madurez del menor a los 12 años para el ejercicio de determinados derechos, como éste.

Sea como fuere, para los casos de conflicto que se encuentran en esta franja de edad, prima la seguridad del menor de edad frente a su privacidad, siendo legítimo el control y vigilancia de las redes sociales por parte de los padres en la generalidad de supuestos. No

obstante, debemos tener presente que la sana crítica del juez no deja de ser la clave de bóveda para resolver cada caso particular.

6.2.1. En caso de mutuo acuerdo

Si el menor de 14 años, mayor de 12, está conforme (ya sea expresa o tácitamente) con el hecho de que sus redes sociales sean supervisadas por parte de quienes ejercen la patria potestad, no existe roce entre los derechos y deberes, pues se entiende que el menor es tenido en cuenta en los asuntos que le pudieran afectar en relación con la patria potestad sobre ellos ejercida. Como ya vimos, sin que la existencia de dicho acuerdo sea requisito para la licitud de la intervención a esta edad, sí favorece la construcción de un vínculo familiar de confianza y transparencia que aumenta la probabilidad de un empleo correcto de las redes.

6.2.2. En caso de ignorancia del menor

Llegado el caso de que el menor entre 12 y 14 años no sea conocedor de la vigilancia de sus redes por sus padres y, por ello, no lo haya consentido (ni tácitamente), adquiere virtualidad el conflicto de intereses al que aludimos. Conforme al criterio objetivo, no se considera que a esta edad el menor pueda prestar consentimiento por sí mismo por lo que éste no se requerirá, haciendo prevalecer la protección parental. Esto será así, sin perjuicio de la posibilidad de que se pruebe su madurez en el caso concreto y de la necesidad, como ya apuntamos, de ser oído y tenido en cuenta (lo que conlleva ser conocedor de las medidas que le afectan). Para estos casos, se requiere la concurrencia del criterio jurisprudencial de sospecha de riesgo grave para el menor. Partiendo de lo anterior, si bien lo más probable es que el resultado de la pugna acabe siendo el mismo; quedando legitimada la intromisión de los padres debidamente fundamentado, el menor debe ser, en cualquier caso, oído (y, por tanto, conocedor de injerencia). Más allá de eso, contar con su acuerdo o comprensión sería lo óptimo para propiciar su adecuado desarrollo en las nuevas tecnologías, pero no es necesario.

6.2.3. *En caso de desacuerdo entre el menor y los padres*

Si la pugna entre derechos se refiere a un caso en el que el menor tiene entre 12 y 14 años, y no admite las conductas de revisión de sus padres sobre sus redes sociales, alegando la vulneración de su derecho a la intimidad, la solución generalmente sigue apuntando a la prevalencia del deber de protección de los padres. La situación diferirá si se consiguiera probar su madurez para el caso concreto. Igual que en el escenario anterior, el fundamento descansa en el hecho de que, de acuerdo con un criterio eminentemente objetivo, no se considera al menor suficientemente maduro a una edad inferior a los 14 años para prestar consentimiento. En todo caso, deberá ser oído en este asunto y, por su parte, ante la falta de acuerdo del menor, los padres deben de justificar la existencia de una sospecha de que el menor se encuentra ante una situación de peligro para garantizar la legitimidad de su actuar.

El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias 31/2019, de 13 de marzo de 2019, versa sobre el caso de una niña de 13 años con padres separados (ambos titulares de la patria potestad). La menor contaba con un teléfono móvil que le había proporcionado su padre y desde el cual tenía acceso a distintas redes sociales como Instagram, bajo el consentimiento de éste. En este supuesto, la madre pedía que se le permitiese el acceso al teléfono móvil y que se prohibiera el acceso de la menor a Internet mientras no contase con su consentimiento expreso (alegando que el del padre era insuficiente y constitutivo de un ejercicio inadecuado del deber de guarda de la menor). Siendo titulares de la patria potestad, su navegación en las redes sociales debería hacerse con el consentimiento de ambos progenitores, no obstante, al darse un desacuerdo sobre su ejercicio, quedaría en manos del juez la atribución de la facultad de decisión (artículo 156 CC). No siendo ese el propósito de la demanda, se estudia el supuesto en base al artículo 158 CC, que faculta al juez para tomar las medidas pertinentes dirigidas a apartar al menor de un peligro y evitarle perjuicios. El auto indica que la menor tiene 13 años, edad en la que es común disponer de un teléfono móvil con acceso a *Internet* y a las redes sociales (si bien debe ser restringido y controlado por sus padres).

En el fondo, se trata de un caso de desacuerdo no solo entre los padres en cuanto al ejercicio de la patria potestad (lo cual excede nuestro ámbito de estudio) sino entre la madre y la hija menor acerca del uso de las redes sociales, entendiéndose que ésta no desea,

de modo alguno, que su madre tenga acceso a su teléfono móvil ni tener que contar con su consentimiento y control de las redes sociales, mediando ya el de su padre. El auto se pronuncia sobre la problemática enunciando la necesidad de mecanismos de control “acordes al grado de madurez y desarrollo de su personalidad ... que impidan ... el perjuicio para su correcta formación y estabilidad emocional” siendo los padres, como titulares de la patria potestad, a quienes incumbe el control del uso de las nuevas tecnologías por parte de sus hijos menores de edad (Auto de la AP de Asturias 31/2019, de 13 de marzo de 2019). En base a ello, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre, quedando sus exigencias insatisfechas. No se trata de desautorizar a la madre ni de prescindir del control parental, más bien al contrario, el auto enfatiza la necesidad de vigilancia en el entorno digital que requieren los menores de edad, pero considera que, en este caso, “el acceso de la menor a las redes sociales está suficiente y correctamente supervisado por su padre mientras se encuentra en su compañía, y que no existe un ejercicio irresponsable de tal supervisión” (Auto de la AP de Asturias 31/2019, de 13 de marzo de 2019). Por tanto, la prohibición que solicita la madre no queda amparada en la necesidad de proteger a la menor de un peligro (que no existe), ni de evitarle perjuicios. Tampoco queda justificada su solicitud sobre el acceso al teléfono móvil de la niña que le facilita su padre en su compañía, lo cual supondría una violación del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de ésta.

A efectos del presente trabajo, es pertinente señalar que el auto hace referencia, aunque sea de forma indirecta, a que el ejercicio de la patria potestad no es absoluto y debe perseguir el interés superior del menor, con medidas que han de ser proporcionales y acordes al libre desarrollo de la personalidad, “sin prohibiciones absolutas, que podrían llegar a ser contraproducentes por restringir más allá de lo necesario las posibilidades de relación que dichas tecnologías ofrecen, condenando al menor a una situación de aislamiento digital en los ámbitos social y familiar” (Auto de la AP de Asturias 31/2019, de 13 de marzo de 2019).

6.3. Los menores entre 14 y 16 años

Tanto desde la perspectiva de la normativa aplicable en España como desde la jurisprudencia, podemos afirmar que a partir de los 14 años se produce el gran salto en el contexto de las redes sociales. De acuerdo con la regulación nacional y comunitaria, a partir de esta edad, se reconoce a los menores la capacidad para prestar por sí mismos el consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal por considerar que cuentan con la madurez suficiente para ello (a falta de prueba en contrario que deseche tal presunción). Por tanto, alcanzada esa edad, se les considera preparados para ejercer por sí solos sus derechos de personalidad en este ámbito tan precario, permitiéndoles el acceso autónomo a las redes sociales y la creación de un perfil propio. El control parental de las redes sociales de los mayores de 14 años deberá ceñirse al cumplimiento de los siguientes tres requisitos para considerarse legítimo; primero, que exista una sospecha fundada de riesgo real. En segundo lugar, que se busque el interés superior del menor respetando el libre desarrollo de su personalidad. Y, finalmente, que se cuente con el consentimiento del menor (al menos tácito) sobre la labor de vigilancia parental (y, de no existir tal consentimiento, que se acredite la falta de madurez en el caso concreto). Si, en cambio, los padres acceden a las redes sociales de sus hijos mayores de 14 años sin su permiso y sin existir sospechas fundadas de su involucración en un hecho grave, se da una extralimitación del ejercicio de la patria potestad. Ello implica una vulneración o intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad que va aparejada de su correspondiente sanción penal, al ser constitutivo de un delito, tipificado en el artículo 197 CP²².

Del mismo modo, es importante señalar que, desde los 14 años, los menores pueden incurrir en responsabilidad penal, conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esto es relevante en tanto que los menores quedan expuestos a peligros en el entorno de las redes sociales por la inseguridad implícita de estos medios y el actuar de otros que navegan en ellas. En contrapartida, en los mismos términos, pueden ser los propios menores, como atrevidos usuarios de las redes sociales, quienes hagan mal uso de los medios atentando contra los derechos de personalidad de otros.

²² El artículo 197 CP castiga con prisión de uno a cuatro años y multa al que “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualquier otro documento o efecto personal”.

6.3.1. En caso de mutuo acuerdo

Como en todos los casos de conformidad, si el menor entre 14 y 16 años está de acuerdo con la labor de vigilancia de sus redes sociales por parte de sus progenitores, no hay choque entre el derecho a la intimidad y el ejercicio de la patria potestad, pues media su consentimiento. Por tanto, no existe un conflicto a resolver. Sin duda, este es el escenario más oportuno para garantizar un uso adecuado de los medios tecnológicos por los menores de edad y evitar que los padres se extralimiten en sus derechos. Además, los 14 años es una edad determinante de cara a valorar una mayor autonomía del menor, fundada en un mayor grado de madurez, por lo que, para la generalidad de casos, se requerirá el acuerdo o permiso del menor de edad para legitimar la intromisión parental.

6.3.2. En caso de ignorancia del menor

Como ya apuntamos, al cumplir los 12 años, el menor deberá ser oído en los asuntos que le afecten. Por tanto, tampoco podrá el menor, mayor de 14 años, ignorar la actuación supervisora ejercida por sus padres sobre sus redes sociales. Se valorará caso por caso la licitud del espionaje realizado por los padres en desconocimiento de su hijo mayor de 14 años, pero, en términos generales, el menor debe ser no solo consciente sino también consentidor de dicha actuación protectora. Se fundamenta en el hecho de que, desde los 14 años, el menor tiene derecho a prestar consentimiento por sí solo para el tratamiento de sus datos de carácter personal, esto es, en términos generales, prevalece el derecho a la intimidad del menor sobre el control parental, pues se considera que éste cuenta con un nivel de madurez suficiente no solo para tener su propio ámbito de privacidad sino también para actuar de forma segura en el entorno de las redes sociales.

Partiendo de lo anterior, en caso de que el hijo entre 14 y 16 años no conozca (y, por tanto, no consienta ni expresa ni tácitamente) la vigilancia parental, adquiere virtualidad el conflicto de intereses. En estos supuestos, para que el actuar de los padres sea legítimo, deberán concurrir dos requisitos; que exista una sospecha motivada de riesgo grave para el menor, y que, de no mediar el consentimiento del menor, se pruebe su falta de madurez en el caso concreto.

6.3.3. En caso de desacuerdo entre el menor y los padres

Si se da la circunstancia de falta de acuerdo entre el menor de entre 14 a 16 años y sus padres, se pone de manifiesto, en su máximo exponente, la colisión entre el derecho a la intimidad del menor y los derechos y deberes inherentes a la patria potestad de los padres. Se trata de un caso que se asemeja al anterior. En primer lugar, al ser mayor de 12 años, el menor debe ser oído en los asuntos que le afecten. Además, por considerarse prestador de consentimiento desde los 14 años, los padres deben contar con el visto bueno de sus hijos en cuanto a la función de vigilancia de las redes sociales. El fundamento descansa en una especie de presunción de madurez que realiza nuestro ordenamiento jurídico a partir de los 14 años, reconociendo a este colectivo una serie de derechos y deberes que indican una mayor libertad y autonomía respecto a edades precedentes.

En este escenario, es conveniente recalcar que se entenderá por consentimiento aquél prestado de forma expresa o tácita. Se debe tener en cuenta que, a estos efectos, la jurisprudencia estima que la falta de oposición por parte del menor debe entenderse como una tolerancia tácita del control parental de las redes, siempre y cuando el menor sea conocedor de tal circunstancia. Es decir, en ningún caso debe ser ignorante de dicha supervisión.

De no contarse con su consentimiento (ni expreso ni tácito), en principio, la vigilancia parental tendría consideración de intromisión ilegítima, y quedaría penada por el artículo 197 CP. Para la mayoría de estos casos, prima el derecho a la intimidad del menor sobre el control parental, entendiendo que su privacidad a dicha edad es primordial y compatible con un amparo seguro de sus derechos de personalidad, prescindiendo de la salvaguarda de sus padres. Los requisitos para que el actuar parental quede justificado coinciden con el que se da en caso de ignorancia; no concurriendo la aceptación del menor, se debe acreditar la falta de madurez suficiente en el caso concreto y siempre deberá hacerse ante la existencia de indicios que llevan a suponer una situación de gravedad para el menor.

6.3.4. Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre de 2015.

La STS 864/2015 de 10 de diciembre de 2015 es, a nuestro juicio, la más elemental y esclarecedora en cuanto a la respuesta que ha de darse en los supuestos de colisión de intereses jurídicos entre el derecho de los menores a la intimidad y libertad de la comunicación y la obligación de los padres de velar por ellos y protegerles. Como vamos a tener ocasión de exponer, nuestro Alto Tribunal va a considerar que estos casos deben resolverse atendiendo, de una parte, al grado de madurez del menor y, de otra, a la determinación de si han concurrido, o no, circunstancias que justifiquen que la decisión de afectar a la intimidad es proporcional y razonable.

En el caso que se plantea en la sentencia, una madre que accede al perfil de *Facebook* de su hija, de 15 años, utilizando su contraseña, para posteriormente desvelar su contenido y usarlo como medio de prueba de la comisión de un delito contra su hija por un tercero (cuestión ésta última en la que no entraremos).

En primer lugar, es necesario determinar el grado de madurez de la menor. En este caso, la menor tiene 15 años, lo cual, a juicio del Tribunal (y a falta de una valoración concreta), se entiende que tiene madurez suficiente para el ejercicio de su derecho sin que sea completado por sus representantes legales. Por ello, es necesario que medie su consentimiento para que la madre acceda sus redes sociales.

En cuanto a la prestación de consentimiento, no existen pruebas de cómo contaba con las claves de su hija (sin descartar que las conociera por una comunicación voluntaria de la propia menor titular, en cuyo caso se entendería implícito el consentimiento a que ésta las revisara). Conforme a la sentencia, la posesión de la contraseña demuestra la autorización al acceso de la red. Además, se debe tener en cuenta que la menor no protestó en ningún momento por la intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un conocimiento o anuencia *ex post*). Partiendo de esta premisa, se cumple con el segundo requisito para legitimar la comisión: contar con el consentimiento. Sin embargo, “acceder a los contenidos o datos relativos al tráfico de comunicaciones de un menor en una situación en la que no pueda apreciarse, una vez adquirida la plena madurez de éste para ejercitar su derecho al secreto de sus comunicaciones, un consentimiento expreso o presunto dentro de su ámbito familiar, supondría una vulneración o intromisión ilegítima

que podría acarrear incluso una posible sanción penal”. (STS de 10 de diciembre de 2015).

Por otra parte, para evitar la extralimitación parental en sus derechos, debe acreditarse una sospecha fundada de riesgo grave para la menor. O, dicho de otro modo, que concurren “razones objetivas que justifiquen una intervención ponderada, proporcionada y adecuada, en su intimidad” (STS de 10 de diciembre de 2015). En este sentido, la sentencia alude al hecho de que la madre accedió a la cuenta de *Facebook* de su hija ante indicios claros de que se estaba llevando a cabo una actividad delictiva de la que su hija era víctima. Por tanto, queda debidamente justificada su acción protectora. Igualmente, en cuanto a la proporcionalidad de la actuación, parece razonable la revisión de las conversaciones de la menor por parte de su madre y más, teniendo en cuenta que, en este caso, la actividad criminal no estaba agotada, siendo prioritario hacerla cesar. Además, no cabe duda de que la madre actuó en el interés superior de la menor sin pretensión de menoscabar el libre desarrollo de su personalidad, sino más bien al contrario; de evitar, en medida de lo posible, los perjuicios que las circunstancias concurrentes le estaban generando. Yendo más allá, la acción de la madre se estima lícita, por no tratarse de cualquier particular, sino de la titular de la patria potestad, “concebida no como poder, sino como función tuitiva... respecto de la menor” (STS de 10 de diciembre de 2015).

Por tanto, al llevar a cabo un juicio de ponderación entre el derecho de la menor a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el deber de custodia y protección de la madre, la sentencia afirma que, en este caso, partiendo de la sospecha cierta de que la menor estaba inmersa en una situación de *cyberbullying*, “el derecho de la menor cede a favor del deber de la madre” (STS de 10 de diciembre de 2015).

Lo hasta ahora expuesto pone de manifiesto cual es la postura de nuestro TS en relación con la problemática: con este control, cuando se estima legítimo, no es restringir los derechos que les han sido reconocidos a los menores de edad, como el derecho a la intimidad, sino protegerles de los posibles riesgos que les puedan surgir en el ejercicio de los mismos. Y es que, como afirma el Tribunal, “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 controlar” (STS de 10 de diciembre de 2015).

Para terminar, nos gustaría hacer hincapié en la importancia de la edad de los 14 años como referente de una presunción de madurez, tratando de dar una respuesta más concisa y objetiva a los supuestos que se vayan dando, sin perder nunca de vista la casuística y la posibilidad de acreditar la madurez en cada caso concreto. Es pertinente aclarar que no se puede permitir que el proceder habitual de los padres de menores mayores de 14 años sea el acceso indiscriminado e injustificado a los perfiles de sus hijos en las redes sociales, debido a que, como se viene defendiendo, el menor es titular de los derechos a la personalidad y deben ser siempre respetados, salvo en un limitado número de excepciones en las que entren en juego otros derechos o deberes de los padres.

6.4. Los menores entre 16 y 18 años

Por último, nos corresponde analizar aquellos escenarios en los que el conflicto de intereses entre padres y sus hijos menores de edad, se refiere a mayores de 16 años. Los casos a los que atenderemos a continuación son menos conflictivos puesto que, a partir de los 16 años, se considera que los menores tienen derecho a decidir sobre su derecho a la intimidad (y también al de honor y a la propia imagen), no requiriendo de un tercero para completar su consentimiento. Quizá sea esta la razón que explica la falta de jurisprudencia y litigiosidad sobre esta coyuntura.

Para la generalidad de casos de personas menores de edad, mayores de 16 años, y, salvo situaciones excepcionales, será necesario su conocimiento y aceptación (expresa o tácita) acerca de la vigilancia de los padres sobre sus redes sociales para que tal intervención sea legítima. De hecho, los 16 años es la edad a partir de la cual el Reglamento considera que los niños pueden acceder y registrarse en las redes sociales de forma autónoma, si bien permite que los Estados miembros establezcan una edad inferior pero nunca por debajo de los 13 años (siendo en España los 14 años conforme a la LOPD). En general, si se realiza una ponderación entre el derecho a la intimidad del menor, mayor de 16 años y el control parental, el primero debe primar frente al segundo. No obstante, debemos incidir en que existen excepciones y que queda supeditado a las circunstancias de cada supuesto de hecho en particular, el poder dar una respuesta al conflicto que se presente.

6.4.1. En caso de mutuo acuerdo

Si el mayor de 16 años está de acuerdo con la supervisión de sus redes por parte de sus padres en ejercicio de la patria potestad, no existe disputa que requiera solución. De nuevo, esta es la situación más recomendable para que todo adolescente se desenvuelva de manera segura en las redes sociales, a partir de una comunicación fluida y libre de ocultaciones en el entorno familiar. Pero, es más, en estos casos, además de ser recomendable, se requiere la concurrencia de dicho acuerdo entre padres e hijos, o, al menos el consentimiento, expreso o no, por parte de éstos. Si no se da ni uno ni otro, a priori, nos encontraremos ante una situación de intromisión ilegítima por parte de los titulares de la patria potestad sobre el derecho a la intimidad del menor (artículo 197 CP), que difícilmente puede ser justificada.

6.4.2. En caso de ignorancia del menor

Los casos en los que el menor de edad, mayor de 16 años no conoce (y por tanto, menos aún consiente - ni siquiera tácitamente -) el acceso de los padres a sus redes sociales, son constitutivos de un delito contra la intimidad del menor (artículo 197 CP). Siendo mayores de 12 años, deberán ser oídos en los asuntos que les afecten como es la vigilancia de sus redes. Por lo tanto, no pueden ser ignorantes de una situación que claramente les afecta e involucra. Yendo más allá, al tener reconocido los mayores de 16 años el derecho a decidir sobre su intimidad, deberán autorizar la intromisión de cualquier tercero en su esfera de privacidad (como son las redes sociales), incluidos sus padres.

6.4.3. En caso de desacuerdo entre el menor y los padres

Cuando el hijo, de entre 16 y 18 años, es conocedor de la intención de los padres de supervisar sus redes sociales y se opone a ello, el proceder parental correcto sería respetar la decisión del menor. A esa edad, debe mediar el permiso del hijo para que los padres revisen sus redes sociales ya que es libre no solo para permitir el tratamiento de sus datos personales y para acceder a las redes sociales, sino para decidir unilateralmente sobre su intimidad. Si, por el contrario, pese a haber mostrado su desaprobación con el control parental los progenitores, deciden llevar a cabo el acceso a las redes sociales de su hijo, incurrirán en el delito tipificado en el artículo 197 CP. Esto será así en términos

generales, sin descartar que puedan darse situaciones excepcionales que permitan que aún sin el consentimiento del menor, sea lícita la medida de vigilancia parental.

6.5. En caso de desacuerdo entre los titulares de la patria potestad

Por último, merecen mención los casos en los que el conflicto con relación al uso del dispositivo móvil o de las redes sociales por los menores de edad se da entre los titulares de la patria potestad, es decir, entre los padres. Se trata de un supuesto conflictivo que se da cada vez con mayor frecuencia y respecto al cual no existe jurisprudencia.

La regla general para resolver casos de desacuerdo sobre el ejercicio de la patria potestad entre progenitores se encuentra en el artículo 156 CC²³. La solución es que decidirá aquél en cuya compañía se encuentre el menor, que es quien asume los deberes de control y vigilancia, sin perjuicio de lo que estime el juez de acuerdo con el interés superior del menor para el caso concreto. Sin embargo, cuando la patria potestad se posea conjuntamente y se trate de cuestiones importantes para el bienestar del menor, se requiere el consentimiento o autorización del otro progenitor.

No obstante, el tema se nubla más ante supuestos en los que, por ejemplo, el padre le entrega a menor un dispositivo móvil (desde el que puede tener acceso a *Internet* y a las redes sociales) para que éste pueda comunicarse con él con mayor flexibilidad y fluidez mientras permanezca en compañía de su ex cónyuge. Además, se puede complicar más el asunto, entrecruzándose con escenarios de desacuerdo o ignorancia del menor de la vigilancia por sus padres sobre sus redes sociales, si, en este caso, la madre revisara y controlara su dispositivo móvil sin el conocimiento o consentimiento de éste. La cuestión

²³ Si los progenitores viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio.

En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

es si acepta que, en este ejemplo, la madre decida unilateralmente que el menor no puede utilizar el móvil o acceder a sus redes sociales mientras esté bajo su guardia y custodia, argumentando que, como titular de la patria potestad, busca proteger a su hijo frente a posibles daños a los que puede quedar expuesto en el entorno digital, ocultando su verdadero deseo por impedir las relaciones del menor con su padre.

Bajo nuestro punto de vista, de darse estas circunstancias y para la resolución de este tipo de supuestos, la edad del menor también aquí es un factor relevante en tanto que indicador principal de la madurez, sin perjuicio de que ésta se pueda determinar para el caso concreto. Como sabemos, no es lo mismo un menor de 11 años que uno de 16, y se siendo preciso que se tenga en cuenta la paulatina adquisición de la madurez. Siguiendo la regulación mencionada *ad supra*, la opinión de éste deberá ser tenida en cuenta en los asuntos que les afecten (incluida la materia relativa al ejercicio de la patria potestad) siempre que tenga 12 años o, incluso menos, si se prueba que tiene suficiente madurez (artículo 156 CC). Por otra parte, partiendo de las conclusiones esgrimidas en los escenarios anteriores, alcanzados los 14 años, se presume que el menor tiene madurez suficiente para prestar su consentimiento y tomar decisiones al respecto, siendo el principal afectado por la disputa existente entre sus padres. De ser menor de 14 años, se podría validar el argumento de la madre en busca de la protección del menor, pero siempre que se cumplan los requisitos necesarios, expuestos en los otros escenarios.

Es decir, a nuestro parecer, la solución debe recaer fundamentalmente en el interés superior del menor y en su grado de madurez (que se presume por su edad) como los criterios seguidos para ponderar la patria potestad y el derecho de los menores a su intimidad personal. Además, debe existir proporcionalidad entre la restricción al derecho de la intimidad de los menores y la medida que se adopte. En este caso, ello podría motivar que los tribunales considerasen excesivas las medidas tomadas por la madre por cuanto, pese a su intención protectora de alejar a su hijo de los peligros de *Internet* y de las redes sociales, podrían implicar una infracción del derecho del menor a mantener una comunicación directa con su padre. Y ello porque, lo que debe primar en estos casos es el interés del menor, que se entiende atentado cuando se obstaculiza su comunicación con uno de sus padres. Además, a nuestro parecer, al estar los progenitores separados, el menor tiene, por una parte, relaciones paterno filiales y, por otra, relaciones materno

filiales. Ambas implican un núcleo de privacidad familiar que merece protección frente a posibles injerencias de cualquier tercero, entre los cuales se encuentra el otro progenitor.

En cambio, siguiendo esta línea argumentativa, sí podría llegar a aceptar la solicitud de la madre de imponer una restricción o vigilancia sobre el uso de las redes sociales del menor mientras esté en su compañía, como parte de su deber de velar por él. Por último, si la madre se respaldase en la exposición de su hijo menor a un riesgo, de ningún modo podría incluirse como contenido de ese “futuro peligro” el hecho de mantener conversaciones con su padre. En cambio, sí que podría entenderse como parte del mismo el acceso a determinadas aplicaciones o la realización de ciertas funciones que el teléfono móvil le posibilite.

A este respecto, es relevante recordar la Sentencia núm. 145/2017 de 29 de mayo del Juzgado de lo Penal en Pamplona, expuesta con anterioridad. En este supuesto, la madre accedió a las conversaciones mantenidas entre su hija menor y su padre, alegando una sospecha fundada de riesgo grave para la hija. Su intromisión fue estimada lícita, ya que se acreditó que la relación de ésta con su padre era opresiva y le generaba daños. Por tanto, se contempla que la madre actuó correctamente como titular de la patria potestad en el interés superior de su hija. En el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 893/2017, de 25 de octubre de 2017, también visto anteriormente, la razón por la que el demandado, en este caso, el padre, queda absuelto es que, pese a haber revisado las conversaciones de *WhatsApp* de su hija con su madre, se considera que su precaria edad, 9 años, hace necesaria la atención y vigilancia de las redes sociales por parte de quien ostenta la patria potestad (éste, en cuya compañía se encontraba) y en que la injerencia no era considerada ilícita ya que la comunicación a la que accedió no era calificable como secreta.

Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre los progenitores separados o divorciados sobre el ejercicio de la patria potestad, se prevé que estos casos lleguen a los tribunales con cada vez más frecuencia. Si uno de los progenitores accede a que su hijo un menor haga uso de redes sociales sin contar con el consentimiento del otro u omitiendo su autorización, el otro progenitor podrá emprender acciones legales en su contra el mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria alegando el incumplimiento del ejercicio de la patria potestad.

Por tanto, consideramos que el razonamiento a seguir por parte de nuestros tribunales debería ser el expuesto, para asegurar un proceder lógico y coherente con la línea jurisprudencial asentada para los casos en los que la colisión radica en el desacuerdo entre el menor de edad y sus padres, ambos o uno de ellos, respecto al control sobre sus redes sociales. Con ello, tratamos de evitar que disten de los criterios empleados para resolver los otros supuestos contemplados. Sin embargo, hasta que esto no se consolide, la falta de una respuesta reiterada y unánime por nuestros tribunales hace necesaria su evaluación caso por caso, que requiere de un análisis de las circunstancias, del nivel de madurez del menor, de la relación existente entre los progenitores, etc. En definitiva, como en todos los escenarios analizados, se habrá de estar a cada caso particular.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

El estudio realizado tiene como finalidad dar respuesta a la siguiente pregunta: en el ámbito de las redes sociales ¿dónde se encuentra la frontera entre el desempeño de la patria potestad por los progenitores y el derecho a la intimidad del menor? O, en otras palabras: ¿hasta qué punto, los padres, pueden ejercer la labor de vigilancia o el control sobre el uso de las redes sociales por sus hijos menores de edad?

Se trata de un conflicto que, previsiblemente, se va a dar cada vez con mayor frecuencia en el actual mundo tecnológico y para el que es imperativo que el Derecho se ajuste a la realidad que nos rodea con el fin de intentar lograr una respuesta única y conciliadora de esta problemática en la que se ve afectado un colectivo especialmente vulnerable, como es el de las personas menores de edad a las que el ordenamiento jurídico confiere una protección especial debido a su falta de madurez suficiente e incompleta capacidad de obrar.

Después de nuestra investigación, las conclusiones a las que hemos llegado son las siguientes:

- I.** Las redes sociales son espacios que representan la principal realidad en la que se desenvuelven los menores. A efectos del libre desarrollo de su personalidad, éstas presentan tanto aspectos positivos como negativos. Así es, al mismo tiempo que permiten su crecimiento y socialización, revisten numerosos peligros por el carácter inseguro e incierto de las nuevas tecnologías.
- II.** En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la intimidad goza, como derecho fundamental reconocido constitucionalmente, del máximo nivel de protección, en especial, cuando su titular es un menor de edad. Los padres, en tanto que titulares de la patria potestad, son los encargados de salvaguardar esta esfera privada de sus hijos, pues no siempre son capaces de gestionarla adecuadamente de forma autónoma.
- III.** No obstante, las facultades que integran la patria potestad no son absolutas. Los padres, a su amparo, no pueden acceder indiscriminadamente a las redes sociales

de sus hijos menores de edad, pues no existe una habilitación general que se lo permita. El propio Código Civil excluye del ámbito de representación parental el derecho personal a la intimidad, salvo que, debido a su insuficiente nivel de madurez, se requiera la intervención parental. Con carácter general, tras el análisis de la normativa vigente y de la más reciente jurisprudencia, constatamos una tendencia hacia un aumento en la autonomía del menor y una reducción de la protección parental.

- IV.** En efecto, del estudio de las sentencias de nuestros tribunales hemos descubierto que existen casos en los que la actividad que los menores de edad despliegan en las redes sociales hace que el control y vigilancia por parte de sus padres esté justificado en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia, por más que impliquen una intrusión en la esfera íntima del menor.
- V.** En nuestro país se propone la educación y concienciación a los menores desde una edad temprana acerca de un uso responsable de las redes sociales, pero, en nuestra opinión, esta apuesta resulta débil y simplista para abordar una materia de tal complejidad.
- VI.** En nuestra sociedad se propone dejar en manos de los prestadores de estas redes, la protección y seguridad del menor. Sin embargo, sus políticas de privacidad y condiciones de acceso han resultado infructuosas, a menudo movidas por beneficios empresariales, dejando el interés superior del menor en un segundo plano.
- VII.** Uno de los graves obstáculos con el que nos hemos encontrado a la hora de dar respuesta al problema planteado es la inseguridad de los criterios que se utilizan para darle solución. En primer lugar, el grado de madurez del menor. Éste, si bien se conforma como el principal sostén apaciguador de las posiciones enfrentadas, no obstante, su subjetividad y ambigüedad supone un obstáculo para dar con una solución universal y satisfactoria. Y, en segundo lugar, el principio de actuar siempre en interés o beneficio superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que da lugar a una clara inseguridad jurídica.

VIII. Ante esta situación, consideramos que el criterio más fiable para soslayar dicha inseguridad es acudir al dato objetivo de la edad para determinar el nivel de madurez a priori. A tal fin, hemos partido de la normativa aplicable y de la jurisprudencia más reciente para presentar una serie de escenarios particulares, divididos por franjas de edad. Sin lugar a dudas, de existir una edad de referencia que guíe la problemática, ésta se encuentra a los 14 años. Un menor, al alcanzar tal edad, se presume que cuenta con un grado de madurez suficiente que le permite el acceso y registro a las redes sociales, pudiendo navegar en ellas con mayor libertad y autonomía. Cumplida esta edad, se entiende que puede prestar por sí mismo el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, prescindiendo del respaldo de sus padres. Ahora bien, tal criterio ha de ser flexible en el sentido de que tiene que ser aplicado tomando en cuenta la persecución del interés superior del menor y, en su caso, la concreción de su nivel de madurez en el supuesto planteado.

IX. De los resultados obtenidos en cada uno de los escenarios que acabamos de anunciar, extraemos las siguientes conclusiones:

En primer lugar: cuando hay mutuo acuerdo entre los padres y sus hijos, la solución es siempre la misma, no existe conflicto a resolver. Contar con el consentimiento del menor sobre el control parental de sus redes sociales será el escenario más recomendable a cualquier edad. Sin poner en peligro el derecho a la intimidad del menor por contar con su admisión, aumentan las posibilidades de un uso sensato de las redes.

En segundo lugar: en los casos de ignorancia del menor acerca de la intromisión parental y en los de desacuerdo entre padres e hijos, las soluciones difieren en función de la edad y madurez de éste. Si el menor es suficientemente maduro, podrá evitar intromisiones de sus progenitores en sus redes sociales, sin que ello conlleve una completa desposesión de la patria potestad en este entorno. En cambio, si no posee la suficiente madurez, incluso pese a tener 14 años, la actuación de intervención parental quedará legitimada. Finalmente, en los casos en que concurra una sospecha fundada de extremo riesgo para el menor en el entorno de las redes sociales o para un tercero derivado de la actuación de éste, se considerarán justificadas las medidas de vigilancia y control de las redes sociales

de sus hijos menores de edad siempre que resulten razonables y proporcionales respecto del mal que se busca evitar.

Por último, en cuanto al caso particular en el que el desacuerdo se da entre los progenitores en relación con el ejercicio de la patria potestad, las sentencias se remiten a la norma general del artículo 156 CC. En cambio, ninguna ha entrado a resolver el objeto concreto que nos interesa: cuando este desacuerdo versa sobre el acceso de sus hijos menores en común a las redes sociales o la disposición de un teléfono móvil. A nuestro juicio, los tribunales deberían seguir la línea argumentativa empleada para resolver los escenarios precedentes, para asegurar la coherencia con la regulación aplicable y la realidad actual.

- X.** Con la exposición de los distintos escenarios, es oportuno recalcar que, en ningún caso, pretendemos dar por sentado que sus soluciones se tengan que aplicar sin tener en cuenta cada caso en concreto. Ello implicaría desvirtuar la naturaleza de la propia materia que nos concierne tan necesitada de los oportunos ajustes necesarios para adaptarse a la evolución de las distintas realidades que rodean el asunto. Por ello, no debemos subestimar el papel jugado por los jueces y tribunales para encontrar y proteger el interés superior de los menores en cada caso concreto, una vez determinado su específico nivel de madurez.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Carta Europea de Derechos del Niño de 1992.

Código Civil de 1889 (BOE núm. 206, 17 de julio de 1889).

Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre 1989.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 3 de septiembre de 1953.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959.

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924.

Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre 1948.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1981).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134 de 5 de junio de 2021).

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 (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 1982).

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298 de 13 de diciembre de 1999).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966.

Real Decreto 1720/2007, 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 (BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008).

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

2. JURISPRUDENCIA

Auto de la Audiencia Provincial de Asturias 31/2019, de 13 de marzo de 2019.

Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 893/2017, de 25 de octubre de 2017.

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Pamplona 145/2017, de 29 de mayo de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero de 1994.

Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1998 de 16 de marzo de 1998.

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 10 de mayo de 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril de 2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006, de 3 de julio de 2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo 413/2014, de 20 de octubre de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo 3299/2021 de 27 de julio de 2021.

3. OBRAS DOCTRINALES:

Alcón Yustas, M. F. & De Couto Gálvez, R.M. (1997). *Lecciones de Derecho Constitucional y de Derecho Civil (Derecho de la persona)*. Dykinson.

Brandeis, L.D. & Warren, S.D. (1980). *The right of privacy (the implicit made explicit)*. Harvard Law Review.

Celaya, J. (2008). *La empresa en la WEB 2.0: El impacto de las redes sociales y las nuevas formas de comunicación en la estrategia empresarial*. Editorial Grupo Planeta.

Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos: Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre la ética médica en atención del menor maduro, de 30 de noviembre de 2007. Disponible en: [https://www.comgi.eus/Fichero.aspx?mod=gescontenidos&sec=arc&lng=ES&cod=14&fil=20100525181131186ARCH_Fichero.pdf&nom=Declaraci%C3%B3n%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Central%20de%20Deontolog%C3%ADa%20sobre%20la%20%C3%A9tica%20m%C3%A9dica%20en%20la%20atenci%C3%B3n%20del%20menor%20maduro%20\(30%20de%20noviembre%20de%202007\)#:~:text=4.4%20Si%20el%20m%C3%A9dico%20decide,potestad%20tienen%20a%20ser%20informados](https://www.comgi.eus/Fichero.aspx?mod=gescontenidos&sec=arc&lng=ES&cod=14&fil=20100525181131186ARCH_Fichero.pdf&nom=Declaraci%C3%B3n%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Central%20de%20Deontolog%C3%ADa%20sobre%20la%20%C3%A9tica%20m%C3%A9dica%20en%20la%20atenci%C3%B3n%20del%20menor%20maduro%20(30%20de%20noviembre%20de%202007)#:~:text=4.4%20Si%20el%20m%C3%A9dico%20decide,potestad%20tienen%20a%20ser%20informados) (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Davara Fernández de Marcos, L. (2016). *Menores en internet y redes sociales: derecho aplicable y deberes de los padres y centros educativos. Breve referencia al fenómeno Pokémon Go*. Agencia Española de Protección de Datos. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/menores-en-internet.pdf> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

De Castro y Bravo, F. (1968), *Compendio de Derecho Civil, Madrid, II, Derecho de la persona*. 6ª edición. Institutos de Estudios Políticos.

Díez-Picazo, L. (1982). *Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*. Anuario de derecho civil. Vol. 35, nº1.

Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, XI edición. Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 3 de marzo de 1989. Disponible en: base de datos Thomson Reuters Aranzadi: RJ\1989\2380. (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Lacruz Berdejo, J.L. (2005). *Elementos de Derecho civil IV. Familia*. 2ª edic. Dykinson.

Lasarte Álvarez, C. (2010). *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil*. Tomo 6º, 9ª edic. Marcial Pons.

Legasa, M. (2019) *Adolescentes en las redes sociales: Hasta Dónde Podemos y debemos espiar a nuestros hijos, Uppers*. Disponible en: https://www.uppers.es/ciencia-y-tecnologia/redes-sociales/redes-sociales-hijos-adeolescentes-controlar-espiar_18_2795895029.html (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Martínez de Pisón, J. (2016). *El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional*. Universidad de la Rioja. Disponible en: <https://investigacion.unirioja.es/documentos/5c13b280c8914b6ed377ea05> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Rebollo Delgado, L. (2005). *El derecho fundamental a la intimidad*. 2ª edic. Dykinson.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M. (2018). *Derecho de la Persona: Introducción al Derecho civil*. 2ª edic. Dykinson.

4. RECURSOS DE INTERNET:

Ancla Abogados. (2021). *La Patria potestad ¿cómo está regulada?*. Disponible en: <https://www.anclabogados.es/patria-potestad/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Aplicación telegram messenger: Lo que los padres deben saber: Asuntos de internet (2022) *Internet Matters*. Disponible en: <https://www.internetmatters.org/es/hub/esafety-news/is-the-telegram-messenger-app-safe-what-parents-need-to-know> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Arteaga, S. and Naranjo, M. (2022) *Qué es onlyfans, cómo funciona y cómo ganar dinero en la Red Social Más Polémica, Computer Hoy*. Disponible en: <https://computerhoy.com/reportajes/tecnologia/onlyfans-como-funciona-red-social-adultos-polemica-809761> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Ayuda de YouTube (sin fecha) *Google*. Disponible en: <https://support.google.com/youtube/?hl=es&sjid=14565341053952257638-EU#topic=9257498> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Castillo, I. (2023) *Necesidad de oír a los menores sobre la guarda y custodia, Mundojuridico*. Disponible en: <https://www.mundojuridico.info/necesidad-oir-los-menores-la-guarda-custodia/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Capture, create & share what you love (sin fecha) *About Instagram*. Disponible en: <https://about.instagram.com/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Cillero Bruñol, M. (sin fecha) *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Discord (sin fecha) *Help Center*. Disponible en: <https://support.discord.com/hc/en-us> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

El Ejercicio de la Patria Potestad (2023) Iberley. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/ejercicio-patria-potestad-59601> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Galán, R. (2021) *La madurez del adolescente para tomar decisiones sanitarias: de la teoría a la práctica*, *Adolescere SEMA*. Disponible en: <https://www.adolescere.es/la-madurez-del-adolescente-para-tomar-decisiones-sanitarias-de-la-teoria-a-la-practica/#:~:text=Se%20reconoce%20la%20capacidad%20de,para%20ser%20tenido%20en%20cuenta> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Guía para Padres y tutores (2023) TikTok. Disponible en: <https://www.tiktok.com/safety/es-es/guardians-guide/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Help center (sin fecha) Twitter. Disponible en: <https://help.twitter.com/en> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

How can we help you? (sin fecha) WhatsApp Help Center. Disponible en: <https://faq.whatsapp.com/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (2017) Comité de Bioética de España. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_final_CDPD.pdf (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Labrador Encinas, F., Requesens Moll, A. and Helguera Fuentes, M. (sin fecha) *Guía para padres y educadores sobre el uso seguro de Internet, móviles y videojuegos*. Fundación Gaudi. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/39-2015-03-22-Gu%C3%ADa%20para%20padres%20con%20hijos%20en%20Educaci%C3%B3n%20Primaria%20sobre%20el%20uso%20saludable%20de%20las%20nuevas%20tecnolog%C3%ADas.pdf> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Mavrakis, N. (2015) *Fronteras del Mundo Digital: Cada edad tiene su red social*, LA NACION. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/fronteras-del-mundo-digital-cada-edad-tiene-su-red-social-nid1847290/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Menores en Twitch (sin fecha) *Customer support*. Disponible en: <https://help.twitch.tv/s/article/children-on-twitch?language=es> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Naranjo, F. (2012) *Políticas de privacidad, ¿Son realmente seguras las redes sociales?*, +COMUNICAWEB. Disponible en: <https://comunica-web.com/blog/marketing-digital/politicas-de-privacidad-son-seguras-redes-sociales/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Platero Alcón, A. (sin fecha) *Los Límites de la Patria Potestad frente a los derechos del menor en internet*, vLex. Disponible en: <https://vlex.es/vid/limites-patria-potestad-frente-685513977> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

RAE (edic. actualizada 2022) *Definición de Patria Potestad - Diccionario Panhispánico del español jurídico - rae, Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/patria-potestad> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Reseñas de contenidos según la edad para las familias (sin fecha) *Common Sense Media: Snapchat*. Disponible en: <https://www.common Sense Media.org/es/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

Servicio de ayuda (sin fecha) *Facebook help center*. Disponible en: <https://www.facebook.com/help/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

¿Qué es tumblr? Lo que Los Padres deben saber: Asuntos de internet (2022) *Internet Matters*. Disponible en: <https://www.internetmatters.org/es/hub/news-blogs/what-is-tumblr/> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).

YouTube for families help (sin fecha) *Google*. Disponible en:
<https://support.google.com/youtubekids/?hl=en> (Fecha de última consulta: 15 de mayo de 2023).