

LA PATRIA POTESTAD VS. EL MENOR ONLINE: UNA PONDERACIÓN DE DERECHOS CONSTANTE

ALEJANDRO PLATERO ALCÓN*

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos ancestrales, los progenitores han centrado sus esfuerzos en orientar y guiar a sus descendientes en sus actividades diarias. En el derecho romano, la institución de la patria potestad abarcaba facultades extensas que podían llegar a acabar con la vida de los hijos por parte de sus padres. Con el paso de los años, estas facultades se han ido moderando, de suerte tal que en pleno siglo XXI resulta difícil averiguar cuál es el alcance de la patria potestad de los progenitores frente a los derechos de los menores en el mundo digital.

Los poderes de la patria potestad han cambiado, porque el mundo ha cambiado. Efectivamente, en la actualidad, la vida diaria se realiza estando “pegado” a la pantalla de un teléfono móvil o de un ordenador portátil. Es en este contexto donde han nacido los denominados nativos digitales, es decir, aquellos menores que desde muy pequeños han convivido con aparatos electrónicos que en muchos casos les permiten conectarse a internet.

Estos nativos digitales, cuando empiezan a recorrer el camino complejo de su adolescencia, se comunican a través de dos vías fundamentales con el resto de sus amigos, vías que se encuentran llenas de peligros e inseguridades. Las mismas son las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea. ¿Son conscientes los menores de los peligros que se esconden detrás de las redes sociales? En estas se ocultan ciber-acosadores, delincuentes, personas dispuestas a difamarlos o in-

* Investigador y docente (FPU) del área de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura (España). Magíster en Abogacía y licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas. Miembro del grupo de investigación Estudios de Derecho en España, Portugal y América Latina, Universidad de Extremadura. Autor artículos de investigación en diferentes países, relativos a la relación entre el derecho civil y las nuevas tecnologías. Contacto: platero@unex.es. Fecha de recepción: 14 de abril de 2017. Fecha de aceptación: 31 de mayo de 2017. Para citar el artículo: Platero-Alcón, A. “La patria potestad vs. el menor online: una ponderación de derechos constante”, *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 23, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2017, pp. 171-186. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n23.07>

sultarlos, además de que suele ser difícil borrar información allí colgada por los propios menores y que podría perjudicarlos en el futuro.

Ante esos peligros, el objeto del presente trabajo consiste en determinar, con arreglo a la normativa española, el grado de intervención legítimo que pueden realizar los progenitores en el ejercicio de su patria potestad, dentro de la actividad de los menores en internet y en las redes sociales. Para conocer dicho grado de intervención, se estudia en primer lugar el régimen jurídico de la patria potestad, continuando con un análisis del derecho fundamental a la protección de datos. Posteriormente se analizan los derechos de los que disponen los nativos digitales, para terminar con un análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, de 10 de diciembre de 2015.

I. LA REGULACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La institución de la patria potestad se encuentra regulada en los artículos 154 a 171 del Código Civil español, en los capítulos I a IV del título VII de su libro 1.º. El artículo 154 del citado texto legal no aporta una definición de la institución objeto de análisis, sino que el mismo establece que “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”. Dicho artículo fue objeto de modificación por parte de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, para adaptarse a los casos en que la patria potestad fuera ejercida por ambos cónyuges en un matrimonio homosexual, ya que anteriormente este precepto establecía que los hijos no emancipados se encontraban bajo la potestad del padre y de la madre.

La doctrina se ha encargado de aportar un concepto de patria potestad. Así, puede ser definida como “el conjunto de relaciones jurídicas existentes entre los padres y los hijos menores de edad no emancipados o mayores de edad emancipados, que tienden a proteger los intereses de estos, mediante la asunción por aquéllos de responsabilidades y decisiones más trascendentes”¹. Para Lasarte, dicha institución puede ser definida como “el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de los padres”².

La doctrina sintetiza una serie de caracteres que son propios de esta figura: 1.º La actuación de los padres debe respetar siempre el interés del menor; 2.º La patria potestad es una institución dual porque corresponde su ejercicio a ambos progenitores; 3.º En el caso de que un descendiente llegue a la mayoría de edad

1 LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil IV, Familia*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 387-388.

2 LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, 6.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 393.

pero se encuentre incapacitado, la misma continuará vigente; 4.º Se prevé la intervención del Ministerio Fiscal para salvaguardar el interés del menor en los procesos judiciales; 5.º En todos los casos en que el menor tenga capacidad de discernimiento, deberá ser oído.

La figura de la patria potestad ha variado notablemente desde sus inicios, conociéndose desde su origen en el derecho romano como una institución donde el padre de familia albergaba un gran poder sobre sus hijos, hasta el momento actual donde los hijos han aumentado su núcleo de actuación considerablemente. En efecto, en la época romana, “el *pater familias* es el único sujeto de derechos [...] poseyendo la facultad de matar, exponer, vender por *mancipatio* e, incluso, castigar a sus hijos sin justificación alguna”³. Actualmente, la figura de la patria potestad se encuentra condicionada por la aplicación de los principios de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), fundamentalmente el consagrado en su artículo segundo, es decir, el de la primacía del interés superior del menor, lo que provoca que en muchas ocasiones los padres no puedan imponer su voluntad sobre sus hijos menores de edad.

El artículo 154 CC anteriormente citado establece el contenido fundamental de la patria potestad. Así, la misma comprende entre sus deberes y facultades la necesidad de velar por sus descendientes menores, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y desde luego, al tener limitada su capacidad de obrar, representarlos y administrar sus bienes. Realmente, si se pone de manifiesto la importancia del contenido actual de la figura, en contraposición con su función histórica, resulta de aplicación la opinión de autores relevantes que consideran que “en la actualidad, la patria potestad tiene mucho de *officium* y muy poco de *potestas*, pues los derechos y facultades que confiere tienen, en exclusiva, la finalidad de beneficiar, educar y proteger a los hijos”⁴.

Siguiendo con la dicción del Código Civil, el artículo 155 establece dos obligaciones de los hijos respecto a sus progenitores. En primer lugar, la de obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre, y por otro lado, la de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

En último lugar, dentro de esta breve introducción a la figura de la patria potestad se debe hacer mención al control judicial al que se encuentra sometida la figura. En efecto, independientemente de las posibles medidas judiciales en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad por parte de ambos progenitores, que no interesan el estudio del presente trabajo, debe ser destacado el contenido del artículo 158 CC, donde se establece el auxilio judicial del menor en cuestiones tan importantes como la falta de alimentos, la posible decisión unilateral de desplazar a los hijos a otros territorios o estados y, por supuesto, la alteración de las comunicaciones de los menores, cuestión que interesa bastante en el presente trabajo.

3 LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil IV, Familia*, 4.ª ed., cit., p. 409.

4 ACEDO PENCO, A., *Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 215.

La patria potestad tiene un importante límite en relación con el menor electrónico, como es el relativo a su nivel de madurez. En efecto, el artículo 162 CC establece que los padres no ostentan la representación legal en los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. El menor de edad es titular de todos los derechos fundamentales que la Constitución española pero, de forma especial, esta titularidad adquiere mayor fundamento con los denominados derechos de la personalidad. Así lo marca el artículo 4.1 LOPJM anteriormente citado, cuando establece que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La Constitución española en su artículo 18.1 consagra los denominados derechos de la personalidad, estableciendo que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”⁵. Dichos derechos son objeto de desarrollo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que establece en relación con los menores de edad que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”⁶.

El objeto del presente trabajo es el de determinar el nivel de impacto que pueden provocar los progenitores en el ejercicio de su patria potestad en la actividad del menor en internet, concretamente en su actuación en las redes sociales. El menor de edad puede acceder a una red social en el ordenamiento jurídico español a partir de los 14 años, ya que esta es la edad fijada por la el artículo 13.1 del 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, al establecer que “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”.

Por tanto, parece que la legislación especial no permite a los padres controlar la actividad de sus hijos en las redes sociales, ya que se aparta del criterio de la madurez establecido en el artículo 162 CC, y establece una edad a partir de la cual el menor puede decidir si accede o no a una red social. En realidad, en el actual mundo tecnológico se está produciendo una nueva revolución en el concepto de patria potestad, como ya ocurrió anteriormente al surgir un concepto distinto al entendido en el derecho romano. Así lo consideran también algunos autores al señalar que “el advenimiento de las nuevas tecnologías, internet y las redes sociales,

⁵ Artículo 18.1 de la Constitución Española, BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶ Artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE n.º 115, de 14 de mayo de 1982.

y su uso, cada vez más masivo, han importado una redefinición del ejercicio de la patria potestad de los padres hacia sus hijos”⁷.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN INTERNET: ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y EUROPEA, Y BREVES MENCIONES AL RÉGIMEN DE LATINOAMÉRICA

Los menores de edad al acceder a una red social no solo están poniendo en peligro sus derechos al honor, la intimidad y la imagen, sino también otro derecho de carácter fundamental, olvidado en su tratamiento como derecho a la personalidad por parte de la doctrina civilista, esto es, el derecho fundamental a la protección de datos.

El derecho a la protección de datos es un derecho fundamental del individuo consagrado en la normativa comunitaria, concretamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000. El artículo 8 de la Carta establece:

Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

La regulación instrumental de este derecho fundamental se encuentra recogida a nivel comunitario en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos. Así, el artículo primero de la Directiva 95/46 regula el objeto de esta, siendo “la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”⁸.

Pero, la directiva del año 1995 ha quedado obsoleta, ya que en ese año no se podían tener en la mente los avances que la Revolución Informática ha venido produciendo en el mundo. Debido a ello fue necesario aprobar el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016,

7 AIMÉ ROJAS, M., “Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de internet y las redes sociales”, *Ratio Juris. Revista de Derecho Privado*, n.º 2, 2014, p. 100.

8 Artículo 1 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de Octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DOUE* n.º 281, de 23 de noviembre de 1995.

relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. El considerando 171 del Reglamento establece que existe un proceso de dos años para adaptarse a su nuevo articulado, razón por la cual el presente estudio se realiza de acuerdo con el marco todavía vigente, aunque se debe destacar una excepción. En efecto, si el tratamiento de datos en cuestión se hubiera iniciado con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, su articulado resultaría de plena aplicación.

En todos los países europeos, la protección de datos personales se encuentra recogida directamente en sus constituciones, debido a la influencia de la normativa europea. Así, en el caso de España, el derecho fundamental a la protección de datos aparece consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución. Dicho precepto dicta que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁹. La regulación instrumental del derecho fundamental a la protección de datos se encuentra en el ordenamiento jurídico español en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD), dictada como consecuencia de la necesidad de trasponer la Directiva 95/46 aludida y su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

Distinto al caso de los países europeos es el de la regulación del derecho a la protección de datos en los países de Latinoamérica. En efecto, en Latinoamérica no existe una regulación global que vincule obligatoriamente a los diferentes Estados, sino que cada país puede decidir legislar o no sobre la materia, e incluirla o no en su norma constitucional. Con un reconocimiento constitucional expreso del derecho a la protección de datos personales pueden destacarse países como Perú, Venezuela, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y México.

En el caso colombiano, el derecho al *habeas data* se consagra en la propia Constitución, siendo un derecho autónomo, diferenciable y de amplio espectro. Al respecto, el artículo 15 declara que todas las personas “tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”. La regulación instrumental de la protección de datos personales se encuentra regulada en la Ley 1581 de 2012, definiéndose los datos personales como cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.

3. EL MENOR DEL SIGLO XXI: EL NATIVO DIGITAL

El menor nacido en el siglo XXI recibe el nombre de nativo digital, ya que convive desde su nacimiento con elementos que le permiten una conexión al mundo *online*.

⁹ Artículo 18.4 de la Constitución Española, BOE n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

Al principio, cuando son más pequeños, lo más que se les permite es acceder a un móvil para jugar con las aplicaciones instaladas, pero cuando empiezan a entrar en la adolescencia los menores quieren relacionarse, a través fundamentalmente de las redes sociales. ¿Conocen estos nativos digitales los peligros que se esconden detrás de las mismas?

Existen autores que consideran que a los menores se les debe educar en cuanto a la forma de actuar en dichas plataformas, recurriendo tales autores al símil según el cual, si se les enseña a cruzar la calle solos, también se les debería a enseñar a navegar en internet y a utilizar *apps* de mensajerías o redes sociales, esto para que cuando lo hagan en solitario puedan minimizar el riesgo al que se enfrentan. Uno de estos riesgos es el derivado del ya señalado derecho fundamental de protección de datos, ya que “es precisamente la condición de minoría de edad la que provoca que tengamos que determinar en qué situaciones podrá el menor de edad prestar su propio consentimiento en relación con esos datos sin necesidad de que medie una actuación de sus representantes legales”¹⁰.

El menor, al abrir una cuenta en cualquiera red social, está otorgando una autorización a una red social para que trate sus datos personales, tratamiento que puede ir desde compartir una inocente foto de un equipo de fútbol hasta compartir una foto personal de un menor de edad que puede atentar contra su intimidad. ¿Pueden los progenitores prohibir a sus hijos que accedan a un red social si tienen 14 años o más?, ¿pueden prohibir que acepten determinadas solicitudes de amistad?, ¿pueden compeler a no subir determinadas fotos o videos?.

4. LÍMITES DE LA ACTIVIDAD DE LOS PROGENITORES FRENTE A LOS DERECHOS DEL MENOR ONLINE

Responder a las anteriores cuestiones no es nada fácil. En efecto, se podría llegar a amparar una actuación extensiva de la patria potestad de los progenitores que intenten proteger a sus hijos frente a peligros como el *sexting*, el ciberacoso, la suplantación de identidad, y más concretamente, en el orden civil, de ataques contra su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; pero, al considerar al menor como titular de los derechos de la personalidad en exclusiva, y atendiendo a su grado de madurez, es difícil poder realizar una privación absoluta de la actuación del menor en las redes sociales. Así se manifiesta algún autor al considerar que “el control que ejerzan los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales, ni puede anular la personalidad del menor, ya que la legislación vigente lo imposibilita, ni debe hacerlo, porque de ser así coadyudaría a una involución

10 VILLANUEVA TURNES, A., “El Derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, enero, 2017, p. 219.

del concepto mismo de patria potestad, acercándolo a la vieja idea que de esta se tenía como poder absoluto del poder sobre el hijo”¹¹.

Es difícil encontrar a unos progenitores ajenos a la intención de proteger a sus descendientes menores en su actividad en las redes sociales, ya no solo por las injerencias externas en dicha actividad, sino quizás también por la propia conducta del menor, quizás no del todo consciente de las consecuencias de sus actuaciones. De esto modo, se encuentran voces que apuntan:

... cada vez son más numerosas y frecuentes las muestras de renunciadas al derecho a la intimidad y a la propia imagen, provenientes de los propios menores, quienes proporcionan datos y difunden imágenes propias y ajenas sin el consentimiento de los menores afectados o de sus representantes legales [...] [S]on ellos quienes delimitan el alcance y contenido del ámbito de protección de sus derechos de la personalidad, renunciando, a menudo, de forma indiscriminada.

También existen autores que consideran que la labor de los padres debería ser la educación en valores digitales, en vez de la utilización autoritaria de la patria potestad para prohibir ciertas conductas; así, “se debería ejercitar un buen uso de la patria potestad por parte de las personas que la ostenten, por ello se debe cibereducar al menor, es decir, debemos transmitir a los menores que Internet no es un espacio sin normas impune o sin responsabilidades”¹².

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la norma de protección de datos personales mencionada, los padres no pueden prohibir a sus hijos acceder a una red social cuando estos alcanzan la edad de 14 años. Sin embargo, en el caso de que los progenitores deseen conocer algún dato personal del menor en la red social en cuestión, debido por ejemplo a una sospecha de que pueda estar realizando cualquier actuación peligrosa tanto activa como pasivamente, la citada Ley Orgánica 15/1999 (LOPD) establece que los progenitores pueden solicitar la cesión de tal dato a la propia red social.

Las cesiones de datos personales se encuentran reguladas en el artículo 11 LOPD, donde se establece que los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado. De lo anterior se extrae que en el caso de que los progenitores soliciten a la red social información de su descendiente menor, se necesitará el consentimiento de este para que la cesión se pueda llevar a cabo, si

11 BATUECAS CALETRÍO, A., “El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales”, en APARICIO VAQUERO, JUAN PABLO y BATUECAS CALETRÍO, ALFREDO (coords.), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada, Comares, 2015, p. 137.

12 BUENO DE MATA, F.; MUNIVE CORTÉS, E. y MARTÍN RUANI, H., “Estudios comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales”, *Revista de Estudios Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito*, vol. 6, enero-junio, 2014, p. 35.

bien esto no es del todo cierto. En efecto, el precepto continúa y enumera una serie de supuestos en que el consentimiento del afectado no es preceptivo, y entre ellos destaca el siguiente motivo: “cuando la cesión está autorizada en una ley”.

De lo anterior se deduce que unos progenitores preocupados por alguna actividad de su descendiente menor podrán solicitar a la red social que ceda esa información, sin necesidad de que el menor preste su consentimiento, debido a que estarían actuando bajo la salvaguarda de un precepto legal, como es el artículo 154 CC; es decir que la solicitud se efectuaría al amparo de su patria potestad y de su deber de velar por el interés y cuidado del menor.

Ahora bien, lo que no puede ampararse en ninguna norma legal es el comportamiento de unos progenitores que decidan acceder sin el consentimiento del menor a su cuenta personal de la red social, introduciendo una contraseña propia que solo corresponde al menor. Los menores son titulares absolutos de los derechos de la personalidad, y además la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor consagra que el interés del menor debe prevalecer en caso de conflictos jurídicos, estableciendo especialmente en su artículo 4.1 la protección de su acceso a las comunicaciones, y todo ello sin olvidarse de tener en cuenta el artículo 154.2 CC que, como se dijo anteriormente, obliga a ejercer la patria potestad de forma que no limite el libre desarrollo de la personalidad del menor. Todo lo anterior conduce a que los progenitores no puedan adoptar medidas tan dañinas sobre la intimidad del menor como la descrita con anterioridad, ya que ello supondría atentar contra todo el sistema en el que se basa la actuación de la patria potestad en la actualidad en el ejercicio de derechos no patrimoniales, como es el de la madurez del menor y su titularidad absoluta de todos los derechos de la personalidad, incluido el derecho fundamental a la protección de datos personales.

La actuación correcta de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad debe venir por lo establecido en el Código Civil. En efecto, en caso de que se pretenda conseguir cierta información del menor, o sugerir al mismo la no realización de ciertos actos en las redes sociales, el artículo 154 CC establece que si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Es decir, los padres deberán hablar y dialogar con sus hijos antes de adoptar medidas drásticas que impidan al menor el libre desarrollo de su personalidad en su actuación en las redes sociales.

Existen autores que consideran que la audiencia y el diálogo con los hijos menores de edad, en relación a su actuación en el marco de las redes sociales, deben producirse en todos los casos en que el menor supere los 12 años, en virtud de lo establecido en el Código Civil, concretamente dentro de la regulación de la patria potestad, como figura en el artículo 156 del citado cuerpo legal, aunque en opinión del autor de este trabajo esta edad en el caso del tratamiento de datos personales en redes sociales y afectación de derechos tan importantes como el de la intimidad personal debe ser la de los 14 años, al ser la fijada por la legislación especial para permitir el acceso del menor a la redes sociales, y al tener la previsión

del artículo 156 CC un carácter genérico y ser difícilmente aplicable al marco de actuación objeto de estudio.

En caso de que los progenitores impongan al menor medidas tan restrictivas como la imposibilidad de acceso a la comunicación a través de las redes sociales, el artículo 158.5 CC anteriormente citado faculta al juez, tanto de oficio como a instancias del propio menor, o del Ministerio Fiscal, a dictar una resolución que permita al menor el ejercicio de este tipo de comunicación, siempre y cuando se demuestre que tiene la madurez suficiente para comprender la importancia de los actos realizados en una red social.

Existen autores que consideran que si se acepta que los menores de edad pueden tener la madurez necesaria para actuar en el mundo *online* sin necesidad de que medie el consentimiento de sus padres, también deberían abrirse nuevas vías que permitieran a los padres exonerarse de la responsabilidad civil a la que los menores pudieran dar lugar en su actividad digital.

5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015

El régimen descrito anteriormente es quebrado por el contenido de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015. En esta sentencia se juzgaba un caso de abuso sexual y de exhibicionismo donde el acusado, según los hechos probados de la misma, a través de la red social Facebook mantuvo conversaciones sexuales y realizó actividades sexuales a través de su cámara con una menor de 15 años durante al menos 3 veces, y además, ésta menor obligó a otra menor de 7 años para quedar en persona con el acusado y ella, y presenciar otra actuación sexual por parte del acusado, tocando las partes genitales de la menor de 7 años en ese acto. Este asunto llega al Tribunal Supremo porque el acusado fue condenado por un delito de exhibicionismo sobre la menor de 15 años y con un delito de abusos sexuales sobre la menor de 7 años, con la única prueba de la transcripción de los mensajes de la red social existentes entre la menor de 15 años y su persona.

Pues bien, estos mensajes fueron aportados al proceso por la madre de la menor de 15 años y no por la titular de la cuenta. En función de lo aducido en el presente trabajo, la actuación correcta de la madre se fundamentaría en tener en primer lugar una audiencia con su hija para que ella aportara esos mensajes voluntariamente, o segundo lugar, pedir en virtud de lo establecido en el artículo 11.1 LOPD la cesión de datos directamente a la red social. Ninguna de estas dos acciones se produce en el presente caso. En efecto, es la misma madre la que accede a la cuenta privada de su hija menor de edad y presenta las conversaciones como prueba de cargo, sin que medie en ningún momento el consentimiento para realizar esta acción por parte de su hija menor, ya que, “en todo caso, no cabe hablar de intromisión ilegítima cuando el propio menor, si tiene suficientes condiciones de madurez, consiente, salvo

que pueda implicar un menoscabo a su honra o reputación, o sea contraria a sus intereses, máxime cuando aquella ha tenido lugar en un medio de comunicación”¹³.

Del cuerpo de la sentencia se puede extraer que *“la Sala expresa que no se ha determinado cómo llegó a conocimiento de la madre la clave a través de la que accedió a la cuenta de la menor; pero es palmario que contaba con ella. Es presumible hasta el punto de poder descartarse otra hipótesis que sería inverosímil, que si la conocía no es través de métodos de indagación informática que permitieran su descubrimiento al margen de la voluntad de la titular de la misma (...) es inferencia fundada que la contraseña pudo ser conocida a través de la hermana de la menor que la conocía”*¹⁴. ¿Existe una violación de los derechos de la personalidad de la menor al acceder a esa cuenta sin su consentimiento, y sin realizar los pasos legales que determina el ordenamiento jurídico? Para el Tribunal Supremo NO.

Efectivamente, en palabras del Tribunal, el hecho de que esta posible violación de la intimidad, el secreto de las comunicaciones y acceso a datos privados, se encuentra legitimada en base a diferentes argumentos. En primer lugar, *“el artículo 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros”*¹⁵, con lo que quiere expresar que el hecho de que haya sido la hermana, hecho no constatado en la Sentencia por cierto, quien conociera la contraseña y se la proporcionara a su madre, no implica ninguna violación de los derechos de la personalidad del artículo 18 años. En segundo lugar, el Tribunal razona acerca sobre la capacidad de actuación de los progenitores ejercientes de la patria potestad, para decir que *“la madre es titular de la patria potestad, siendo ella quien accede a la cuenta ante signos que se estaba produciendo una actividad presuntamente criminal. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres una obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar actuaciones como las descritas”*¹⁶.

En último lugar, el Tribunal considera que el hecho de que la propia menor no haya protestado por una supuesta violación de la intimidad indica que ella ha mismo la ha consentido, *“no podemos ignorar que la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esa intromisión en su intimidad, lo que permite presumir un consentimiento o anuencia ex post”*¹⁷. Todos los anteriores motivos llevan a considerar por parte del Tribunal Supremo que no se han violado los derechos de la personalidad de la menor.

13 BERROCAL LANZAROT, A., “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 5, 2016, p. 39.

14 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015, parte a) del fundamento jurídico quinto.

15 *Ibid.*

16 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015, parte b) del fundamento jurídico quinto.

17 Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015, parte c) del fundamento jurídico quinto.

Este pronunciamiento jurídico es cuanto menos cuestionable. De los tres motivos aducidos en la Sentencia, dos ya han sido bastantes tratados en el presente trabajo, al dejarse claro que la titularidad de estos derechos corresponden a los menores, máxime cuando la menor en cuestión tenía la edad suficiente para prestar consentimiento válido para el acceso a las redes sociales. Es por tanto, el tercer motivo esgrimido el que merece mayor reproche.

En el último motivo se alegaba la falta de queja por parte de la menor sobre la violación de sus derechos de la personalidad, lo que implicaría una especie de consentimiento o anuencia *ex post*. Este motivo se encuentra completamente fuera de lugar. En efecto, es el artículo 4. 2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor el que establece que “la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”. Era el propio Ministerio Fiscal el que debía haber denunciado la violación de la intimidad de la menor en el proceso, con independencia de que los supuestos hechos delictivos al acusado se hubieran obtenido de otros medios de prueba, ya que ese análisis no interesa al presente trabajo, ¿Cómo puede imaginarse el Tribunal que una menor de 15 años en el seno de un proceso penal tan grave, y consciente de que ella ha obligado a otra menor de 7 años a acudir a encuentros con el acusado, que ha consentido que su madre haya accedido a su cuenta personal?, ¿Por qué no los ha entregado ella si consiente dicha actuación?

El fundamento jurídico quinto de la sentencia analizada es del todo impreciso, lleno de “saberes populares”, más que de evidencias contrastables en la legislación. Ahora bien, es distinto que se justifique dicha actuación en amparo del interés superior del menor, ya que, “*la privacidad e intimidad puede ceder en presencia de otros intereses constitucionalmente protegidos, a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales*”¹⁸. Una fundamentación del auge del poder de la patria potestad en el presente caso a través de la protección del interés superior del menor hubiera resultado correcta, necesaria y porque no decir, más brillante que la aducida en la Sentencia Analizada.

En efecto, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor de España, anteriormente citada en el presente trabajo, permite en el caso de que existan diferentes derechos en contradicción, como ocurre en el presente caso al conjugarse el derecho y deber de los padres de ejercer su patria potestad, y el derecho de la menor a ejercer libremente sus derechos de la personalidad en el mundo *online*, realizar una ponderación de los citados derechos y poder considerar

18 Sentencia del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril, fundamento jurídico quinto.

para en el caso en concreto que la patria potestad puede incidir en ciertas situaciones donde la menor puede ser objeto de algún tipo de peligro sexual.

Desde el punto de vista académico, el presente estudio debe ser objeto de revisión en el futuro para observar si la jurisprudencia existente sigue manteniendo la postura explicada con anterioridad, ya que dos años después de se dictará la sentencia objeto de análisis, el Tribunal Supremo no se ha vuelto a pronunciar sobre la extensión de la patria potestad en relación a los derechos del menor *online*.

A pesar de lo anterior, se debe destacar que están apareciendo pronunciamientos que resuelven contiendas con semejanzas al caso anterior, aunque con fundamentos distintos. Este es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de junio de 2015, donde se establece que un padre al amparo de la patria potestad no puede colgar en Internet una foto de su hijo menor de edad, salvo que medie el consentimiento del otro progenitor. Lógicamente, si el menor tuviera 14 años o más, el consentimiento debería ser prestado por el propio menor. En función de lo anterior, se puede observar como las relaciones entre los progenitores y sus hijos en relación al mundo *online*, van a seguir creando controversias que el Derecho deberá solucionar.

CONCLUSIÓN

La patria potestad que ostentan los padres respecto a sus hijos les faculta para velar por su interés el mundo digital, pero respetando en todo momento sus derechos de la personalidad. Como se ha expuesto en el presente trabajo, a partir de los 14 años la decisión exclusiva del acceso a una red social es del menor de edad y, la conducta de unos progenitores que en el ejercicio de la patria potestad restrinja dicha actividad *online* del menor, puede originar una resolución judicial que permita al menor desarrollarse en el ejercicio de sus comunicaciones del siglo XXI.

La protección de los datos personales es uno de los caballos de batallas constantes por parte de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del siglo XXI, ya que, la actual revolución tecnológica, ha provocado que se produzca un importante negocio económico con el tráfico de los datos de los ciudadanos. Lógicamente, la exposición en Internet de los menores de edad, puede provocar a unos progenitores que conocen en mayor medida, los peligros que se esconden con el simple hecho de registrarse en una red social, rellenando para ello una serie de datos privados. El legislador, comunitario o no, debe poner mayor énfasis en la protección del menor de edad en su actividad *online*, facilitando la labor de protección de los progenitores, pero eso sí, sin perjudicar en el libre desarrollo de la personalidad de los menores que ostentan una serie de derechos que como se ha expuesto en el presente trabajo, son personalísimos.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015, objeto de análisis en el presente trabajo, sienta a juicio del que escribe estas líneas, un grave precedente, ya que entre las funciones de velar por el libre

desarrollo del menor, no parece encuadrarse la facultad de sus progenitores de acceder a los mensajes privados del mismo en una red social, máxime cuando supera los 14 años de edad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A., *Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2013.
- AIMÉ ROJAS, M., “Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de internet y las redes sociales”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, n.º 2, 2014.
- ANTONIO TRAVIESO, J., “Protección de datos personales y tecnología. En busca del paraíso perdido”, *Tribunal Internacional*, vol. 5, n.º 9, 2016, pp. 109-122.
- BARCIA LEHMANN, R., “La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez”, *Ius et Praxis*, año 19, n.º 2, 2013, pp. 3-52.
- BARRERA RODRÍGUEZ, S., “Privacidad en Internet y condiciones de uso en Google, Facebook y whatsapp”, *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, julio-diciembre, 2015, pp. 1-20.
- BATUECAS CALETRÍO, A., “El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales”, en Juan Pablo Aparicio Vaquero y Alfredo Batuecas Caletrío (coords.), *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada, Comares, 2015, pp. 137-170.
- BELTRÁN BALLESTEROS, J., “Aproximación al régimen jurídico de las redes sociales”, en *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, n.º 2, 2014, pp. 61-90.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 154 CC”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984.
- BERROCAL LANZAROT, A., “La protección jurídica de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores de edad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 5, 2016.
- BUENO DE MATA, F.; MUNIVE CORTÉS, E. y MARTÍN RUANI, H., “Estudios comparativo entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito*, vol. 6, enero-junio, 2014.
- DE MIGUEL ASENSIO, P., “Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, n.º 1, 2017, pp. 75-108.
- DE NIETO ALONSO, A., “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, n.º 3, julio-diciembre, 2016, pp. 22-25.
- DE SACCO DENA, T., “Sexting: Youth Practices and Legal Implications”, *Cyberlaw Clinic, Harvard Law School*, n.º 22, 2010, pp. 1-45.

- GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA, I., “Hacia un nuevo derecho de protección de datos para las personas especialmente vulnerables en la sociedad digital del siglo XXI: los niños y las personas mayores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 14, 2015, pp. 217-240.
- GUALLPA ZATÁN, L., “Redes sociales digitales y derechos de la niñez y adolescencia en Ecuador”, *Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación*, n.º 2, 2014, pp. 1-20.
- GUILLÉN CATALÁN, R., “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19, enero, 2015, pp. 758-767.
- GUZMÁN DELGADO, F., “El contexto actual del derecho a la imagen en Colombia”, *La Propiedad Inmaterial*, n.º 21, enero-junio, 2016, pp. 47-77.
- HERAS HERNÁNDEZ, M., “Internet y el derecho al honor de los menores”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 29, enero-junio, 2012.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, S., “Evolución cronológica de la protección de datos personales en México”, *Nueva Época*, n.º 17, marzo-mayo, 2014, pp. 36-38.
- HERT, P. y PAPA-KONSTANTINO, V., “The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals?”, *Computer Law and Security Review*, n.º 32, 2016, pp. 179-194.
- LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de derecho civil IV, Familia*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid, Dykinson, 2010.
- LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, 6.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MONSALVE CABALLERO, V., “La protección de datos de carácter personal en los contratos electrónicos con consumidores: análisis de la legislación colombiana y de los principales referentes europeos”, *Prolegómenos, Derecho y Valores*, n.º 1, 2017, pp. 163-195.
- MUÑOZ GARCÍA, C., “Responsabilidad civil de los Grandes Menores a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer”, *La Ley*, n.º 8719, 2016.
- MUÑOZ RUIZ, J., “Factores de riesgo en el acoso escolar y el ciberacoso: Implicaciones educativas y respuesta penal en el ordenamiento jurídico español”, *Criminalidad*, vol. 58, n.º 3, 2016, pp. 71-86.
- NÚÑEZ LADEVÉZE, L.; NÚÑEZ CANAL, M. e IRISARRI NÚÑEZ, J., “Afectividad normativa como fundamento de la autoridad doméstica en la sociedad digital”, *Revista Latina de Comunicación Social*, n.º 72, pp. 331-348.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M., “La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad”, en *Curso de derecho civil IV, Derecho de familia*, Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), Madrid, Colex, 2011.
- ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Colex, Madrid, 1987.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: Carencias, interrogantes y retos del legislador”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, 2017, pp. 168-191.

- SUÁREZ BLÁZQUEZ, G., “Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad: Desde la Roma hasta el derecho altomedieval visigodo”, *AFDUC*, n.º 17, 2013, pp. 605-634.
- VILLANUEVA TURNES, A., “El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23, enero, 2017, pp. 208-221.

LEGISLACIÓN

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 1581 de 2012.
- 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.
- Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- 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.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.