



LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN
EL DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL

EL SHARENTING Y SU PROBLEMÁTICA

AINOA GARCÍA GARCÍA



Editorial

Universitat Politècnica
de València

INFANCIA Y ADOLESCENCIA

nº 10

Vicente Cabedo Mallol

(Director)



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, nº 10

Director: Vicente Cabedo Mallo

Los contenidos de esta publicación han sido evaluados mediante el sistema doble ciego, siguiendo el procedimiento que se recoge en: http://bit.ly/Evaluacion_Obras

Comité Editorial

Jorge Torres Cueco

Catedrático de Universidad. Dpto. Proyectos Arquitectónicos, Universitat Politècnica de València, España

Jorge Carlos Fernández del Valle

Catedrático de Universidad Dpto. Psicología, Universidad de Oviedo, España

Esther Pillado Gonzalez

Catedrática de Universidad Derecho Penal, Universidad de Vigo, España

Ignacio Aguaded Gómez

Catedrático de Universidad. Dpto. Educación en Medios de Comunicación y de Nuevas Tecnologías aplicadas a la Educación, Universidad de Huelva, España

**LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO EUROPEO
Y ESPAÑOL: EL *SHARENTING* Y SU PROBLEMÁTICA**

Ainoa García García

VII Premio de investigación sobre la infancia
y la adolescencia



Editorial

Universitat Politècnica
de València

Colección Infancia y Adolescencia, nº. 10

Director: Vicente Cabedo Mallo

Autora: Ainoa García García

Editorial Universitat Politècnica de València, 2021

Venta: www.lalibreria.upv.es / Ref.: .6656_01_01_01

Diseño y maquetación: Enrique Mateo | Triskelion disseny editorial

ISBN: 978-84-9048-974-1 (versión impresa)

Depósito Legal: V-689-2021



García García, A. (2021). *La protección del menor en el derecho europeo y español: el sharenting y su problemática*. Valencia: Editorial Universitat Politècnica de València.

Se permite la reutilización y redistribución de los contenidos siempre que se reconozca la autoría y se cite con la información bibliográfica completa. No se permite el uso comercial ni la generación de obras derivadas

AUTORA

AINOA GARCÍA GARCÍA

Graduada en Derecho por la Universitat de València, Máster en Acceso a la Abogacía por la UNED y Máster en Investigación en Derecho de la Cultura por la UNED y la Universidad Carlos III de Madrid. Paralelamente, se gradúa en Pedagogía del piano y en Musicología (Premio Extraordinario) por el Conservatorio Superior de Música «Joaquín Rodrigo» de Valencia. Sus líneas de investigación se centran en los derechos de la infancia y la adolescencia, el derecho y la política educativa, el desarrollo de proyectos culturales socioeducativos y la historia de la educación musical.

RESUMEN

En la actualidad, las redes sociales ostentan un papel fundamental en nuestra vida diaria y, en especial, en la vida de la mayoría de los menores. De hecho, el acceso a Internet se produce a edades cada vez más tempranas. Esta situación, sumada al fenómeno de los menores influencers, es decir, aquellos menores que reciben una contraprestación por subir contenido a las plataformas digitales, han provocado un aumento significativo de los riesgos a los que se exponen en la Red. Asimismo, nos encontramos ante el auge de un escenario particular: el sharenting, las familias que sobreexponen a sus hijos e hijas en las redes sociales.

De este modo, la presente monografía pretende examinar la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores en este contexto digital internacional por su propia naturaleza y la penetración de las redes sociales. Concretamente, esta investigación mostrará los riesgos a los que se exponen los menores de edad desde la perspectiva de género y analizará la normativa estadounidense, europea y española en la materia, con el fin de estudiar la actual regulación del fenómeno y elaborar un examen crítico del mismo para la defensa del interés de tan vulnerable sector de la población.

ÍNDICE

Índice de abreviaturas.....	vii
Introducción.....	1
1. Justificación.....	1
2. Objetivos	3
3. Metodología	4
4. Estructura.....	5
Capítulo 1. Redes sociales y menores en Internet.....	7
1. Las redes sociales y los menores de edad	7
2. El fenómeno del <i>sharenting</i>	24
A. El concepto de <i>sharenting</i> y su relación con los derechos de la personalidad.....	24
B. El uso indebido por parte de los titulares de la patria potestad o tutela.....	32
Capítulo 2. Los peligros de las redes sociales desde una perspectiva de género	55
1. Riesgos a los que se exponen los menores en la Red	55
2. Género, tecnología y acoso	59
Capítulo 3. Panorámica internacional sobre la protección jurídica del menor en Internet.....	63
1. La minoría de edad en el Derecho Internacional	63
2. Normativa internacional sobre la protección del menor en la Red ..	66
A. Organización de las Naciones Unidas.....	67
B. Unión Europea y Consejo de Europa.....	70
C. Derecho aplicable fuera de la Unión: Estados Unidos	73
Capítulo 4. Guía práctica para la defensa de los derechos de los menores en Internet.....	77
1. Valoración de la legislación actual: problemas y fortalezas	77
A. Unión Europea.....	77
B. España.....	79
2. Orientación jurídica para la defensa de los derechos de los menores en las redes sociales	81
Conclusiones	89

Referencias.....	93
1. Bibliografía.....	93
2. Webgrafía.....	103
3. Legislación.....	105
A. Internacional.....	105
B. Supranacional.....	106
C. Nacional.....	108
4. Jurisprudencia.....	109

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos.

CIPA: Children's Internet Protection Act.

CNIL: Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

COPPA: Children's Online Privacy Protection Act.

ICRW: International Center for Research on Women.

INTECO: Instituto Nacional de Tecnologías de Comunicación.

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOE: Ley Orgánica 6/2006, de 3 de mayo, de Educación.

LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016.

SEPD: Supervisor Europeo de Protección de Datos.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN

Actualmente, nos encontramos ante una nueva era: la era digital. La sociedad de la información y la comunicación ha supuesto grandes retos para el legislador. La masiva utilización de las redes sociales¹ por parte de los menores ha incrementado exponencialmente los riesgos a los que se exponen en Internet. Estas plataformas digitales se han posicionado como uno de los medios de comunicación más populares del ciberespacio, Llegando a superar en nuestro país los 29 millones de usuarios, constituyendo los niños y adolescentes el mayor porcentaje de perfiles de este tipo de plataformas². Precisamente, el acceso a Internet se produce a edades cada vez más tempranas³. A este contexto también debemos añadirle el incremento de los menores *influencers*, dicho en otras palabras, aquellos menores que reciben una contraprestación, ya sea económica o en especie, por compartir contenido en las redes sociales⁴. Por tanto, en estos casos, el acceso

¹ El concepto general de red social lo acuñó en 1996 Carlos Lozares Colina, que la definió como el conjunto delimitado de actores, incluyendo individuos, organizaciones, grupos, comunidades o sociedades vinculados unos con otros mediante una relación o conjunto de relaciones sociales. Lozares Colina, C.: "La teoría de las redes sociales", *PAPERS: Revista de Sociología*, vol. 48, 1996, pp. 103-126, pág. 108. En la actualidad, según José Luis Orihuela Colliva, "las redes sociales son los nuevos espacios virtuales en los que nos relacionamos y en los que construimos nuestra identidad". Orihuela Colliva, J. L.: "Internet: la hora de las redes sociales", *Nueva revista de política, cultura y arte*, núm. 119, 2008, pp. 57-65, pág. 59.

² We are social y Hootsuite: "Digital 2020: Informe sobre el uso del móvil, internet y las redes sociales", *Agencia creativa WE ARE SOCIAL*. Disponible online en: <https://datareportal.com/reports/digital-2020-spain> [Fecha de consulta: 23 de marzo de 2020].

³ UNICEF: *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital*, División de Comunicaciones de UNICEF, Nueva York, 2017, pág. 3.

⁴ López-Villafranca, P. y Olmedo-Salar, S.: "Menores en YouTube, ¿ocio o negocio? Análisis de casos en España y EUA", *El profesional de la información*, vol. 28, núm. 5, 2019, pp. 1-12, pág. 2.

a las plataformas digitales por parte de niños, niñas y adolescentes es de forma consciente, voluntaria y retribuida.

Una situación diferente es la cuestión del *sharenting*. La palabra anglosajona *sharenting* proviene de la fusión de las palabras *share* (compartir) y *parenting* (crianza)⁵. El término hace referencia a un fenómeno en auge: se trata de la exposición en redes sociales de todo tipo de información personal de menores, especialmente fotografías y vídeos, por parte de sus progenitores. Esta práctica se ha vuelto tan habitual que, desde 2016, *sharenting* ha sido incluida en algunos diccionarios⁶. Al igual que los menores *influencers*, las familias también pueden percibir una contraprestación por compartir contenido de sus hijos e hijas en dichas plataformas, pudiendo llegar a convertirse en la principal fuente de ingresos del núcleo familiar⁷. Todas estas circunstancias hacen que puedan llegar a verse vulnerados los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y, en especial, a la propia imagen de este sensible sector de la población.

A pesar de que sería interesante examinar en más detalle el primer supuesto, donde los menores son los que voluntariamente acceden a la Red, en el presente estudio nos centraremos, sobre todo, en el segundo escenario, donde los progenitores son los gestores de

⁵ Ammerman Yebra, J.: "El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del *sharenting*", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (bis), 2018, pp. 254-264, pág. 254.

⁶ En el diccionario *Collins English Dictionary* podemos encontrar la siguiente definición: "The habitual use of social media to share news, images, etc of one's children". Disponible online en: <https://www.collinsdictionary.com/> [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2020].

⁷ Gutiérrez Mayo, E.: "Instamamis: la exposición de menores en las redes sociales por sus progenitores. Análisis civil", *Portal Jurídico Notariosyregistradores.com*. Disponible online en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/> [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2020].

la identidad digital⁸ de sus hijos e hijas, sin tener estos últimos, en muchas ocasiones, la capacidad madurativa necesaria para poder decidir sobre la difusión de determinados aspectos de su vida privada.

El principal motivo por el que se ha optado por continuar con esta línea de investigación es por su gran repercusión social⁹. Los progenitores, actuando en el papel de representantes legales y garantes de los derechos personalísimos de sus hijos e hijas¹⁰, son los que, mediante estas acciones, exponen a los menores a los riesgos de Internet. Además, se trata de una materia de gran interés por el hecho de poder examinarse desde diferentes perspectivas. Por ejemplo, el fenómeno del *sharenting* con fines lucrativos podría entenderse como una actividad profesional, pudiendo estudiarse, de este modo, desde el punto de vista del Derecho Laboral.

2. OBJETIVOS

La cuestión central que se tratará de resolver en esta investigación es la protección internacional del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores en las

⁸ Entendida como “la expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona, física o jurídica, se individualiza frente a los demás. Los cimientos de la identidad digital se hallan tanto en la creación como en la recopilación de dichos atributos identificativos por su titular o por terceros”. Fernández Burgueño, P., “Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación *online*”, *adComunica: Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, núm. 3, 2012, pp. 125-142, pág. 127.

⁹ La prensa se ha hecho eco de esta práctica en innumerables ocasiones. A modo de ejemplo, “Qué es el “sharenting” y por qué deberías pensártelo dos veces antes de compartir la vida de tus hijos en redes sociales”, noticia de la BBC del 23 de mayo de 2018. Disponible online en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-44210074> [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2020].

¹⁰ Véase el artículo 162 del Código Civil y el artículo 4 quinto apartado de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

redes sociales, desde la perspectiva de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado.

Asimismo, este trabajo persigue otros objetivos, tales como:

- Ofrecer una visión panorámica de la protección jurídica del menor en el ámbito internacional.
- Valorar si las medidas que nuestro ordenamiento jurídico, el europeo y el norteamericano prevén sobre la protección del menor en Internet son suficientes y eficaces.
- Determinar la relación existente entre el *sharenting* y la creación de una precoz identidad digital.
- Expandir la comprensión sobre el fenómeno del *sharenting* para concienciar a la sociedad de sus riesgos y brindar una respuesta a esta situación.

3. METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo se hará uso de una combinación de diferentes enfoques:

- En primer lugar, se acudirá a la normativa internacional, supranacional, especialmente la dictada por la Unión Europea, y nacional que tenga relación con los derechos personalísimos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los menores.
- Asimismo, se expondrán las opiniones vertidas y se analizarán trabajos doctrinales que tengan relación con la materia de estudio.
- Además, se analizarán las soluciones que la jurisprudencia ha dado a las posibles vulneraciones de estos derechos personalísimos, prevaleciendo los de fecha más próxima a nuestros días.

- Por otro lado, se hará referencia a datos estadísticos e informes oficiales sobre el uso de Internet por parte de los menores: plataformas más utilizadas, rango de edades, horas al día empleadas, entre otros.
- Por último, se aportará alguna noticia en relación con el objeto de esta investigación, puesto que la prensa es la demostración más evidente de la pluralidad de ideas y opiniones de una sociedad democrática como la nuestra.

4. ESTRUCTURA

Antes de comentar la estructura de la investigación, es apropiado concretar que este estudio se centrará en el supuesto de los perfiles públicos en redes sociales, es decir, aquellos donde cualquier usuario puede tener acceso al contenido que se comparte, dejando a un lado las cuentas con perfil privado, donde el titular es quien elige a los usuarios que desean acceder a sus publicaciones.

El trabajo comenzará presentando, a grandes rasgos, la situación actual de los menores en las redes sociales, haciendo especial referencia al fenómeno del *sharenting* y a todo lo que a él envuelve.

Posteriormente se expondrán, en líneas generales, los peligros a los que se exponen los menores en la Red, incidiendo en este aspecto desde la perspectiva de género, puesto que las niñas y adolescentes son las que mayores riesgos asumen al introducirse en el espacio *online*.

A continuación, será necesario definir el concepto internacional de minoría de edad para, posteriormente, analizar el marco normativo internacional aplicable al objeto de estudio. Para ello, se examinará la protección del menor atendiendo, detenidamente, a los derechos de la personalidad. Esta sección se dividirá en Organización de las

Naciones Unidas, Unión Europea y Consejo de Europa, y Estados Unidos.

Seguidamente se elaborará una guía práctica para la defensa de los derechos de los menores en Internet. Para esta tarea, se examinará y se valorará la legislación aplicable en la actualidad, para después, una vez adquirido el conocimiento necesario, realizar una orientación jurídica al respecto.

CAPÍTULO 1. REDES SOCIALES Y MENORES EN INTERNET

1. LAS REDES SOCIALES Y LOS MENORES DE EDAD

Antes de analizar el uso de las redes sociales por parte de los menores de edad, debemos definir de forma más exhaustiva qué son las redes sociales para el ordenamiento jurídico.

La Agencia Española de Protección de Datos ofrece una definición de redes sociales considerándolas como servicios prestados a través de Internet que consienten a los usuarios “generar un perfil público, en el que plasmar datos personales¹¹ e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”¹².

Por otro lado, en el ámbito europeo, podemos citar la definición del Grupo de Trabajo del Artículo 29¹³, el cual recogió en su Opinión

¹¹ Entendidos como “toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”, según el artículo 4 del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

¹² AEPD e INTECO: *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, División de Comunicaciones de AEPD e INTECO, Madrid, 2009, pág. 7.

¹³ “Creado por la Directiva 95/46/CE, es el grupo de trabajo europeo independiente que se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del Reglamento General de Protección de Datos)”. Comité Europeo de Protección de Datos. Disponible online en: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/article-29-working-party_es [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2020].

5/2009¹⁴ que “los Servicios de Red Social pueden definirse, generalmente, como plataformas de comunicación en línea, que consienten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de estas plataformas, según Moreno Navarrete¹⁵ existe una relación contractual entre el proveedor de la red social y el usuario¹⁶. La red social pone a disposición de los usuarios una serie de servicios para establecer relaciones online con otros. Por ejemplo, mediante el acceso a información multimedia, envío de mensajería en tiempo real o publicación de eventos para anunciar acontecimientos. Sin embargo, aunque la mayoría de servicios son gratuitos, no se trata de un contrato de esta índole. Por

¹⁴ Opinión 5/2009 sobre las redes sociales en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29 del 12 de junio de 2009.

¹⁵ Moreno Navarrete, M. A.: “Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad”, en Boix Reig, F. J.: *La protección jurídica de la intimidad*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 335-360, pág. 341.

¹⁶ Durante el uso de los contenidos y servicios digitales puestos a disposición del consumidor por los distintos proveedores, los usuarios facilitan y crean gran cantidad de datos. El tratamiento legal del control sobre el destino de estos datos se bifurca en la actualidad en dos normas: por una parte, si se trata de datos personales, se aplicará el Reglamento General de Protección de Datos de 2016; por otra parte, respecto a contenidos generados por los usuarios que no sean datos personales, la Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. En este sentido, el ensayo de Sergio Cámara Lapuente es de gran interés ya que analiza la intersección de las normas sobre protección de datos personales con las normas sobre la defensa contractual del consumidor al tiempo de la extinción de este tipo de contratos por vía de resolución: Cámara Lapuente, S.: “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 838-862.

lo general, las redes sociales se lucran convirtiendo a los usuarios en receptores de publicidad¹⁷.

Los contratos de las redes sociales generalmente son fruto de un proceso de registro que consta de dos etapas: la identificación y la de aceptación de las condiciones de uso de la red social. En general, para formar parte de una red social hay que registrarse en el sitio que la sostiene. Para ello, se impone al sujeto la necesidad de completar un formulario de datos en donde destacan: nombres, apellidos, fecha de nacimiento, domicilio, nación, ciudad, género, contraseña, entre otros aspectos. La fase de identificación tiene como fin que el usuario adquiera una identidad en la red social, conformando de esta manera un usuario único e irrepetible.

Al tratar de registrarse en una red social, los sitios solicitarán no tan solo los datos con el fin de identificación, sino también solicitará lo que se denomina genéricamente como "Aceptación de los términos y condiciones". Esta expresión cumple la función de manifestación de voluntad en torno a la aceptación del contrato que se celebra entre el futuro usuario que desea registrarse para formar parte de la comunidad de red social, para con ello poder participar y visualizar los contenidos existentes dentro de la red social de que se trate. Siendo así, nos interesa saber qué es lo que está consintiendo el usuario. Las condiciones de las redes sociales usualmente se separan en tres secciones, estas son: 1) condiciones de uso, 2) política de confidencialidad o de privacidad y 3) pautas de la comunidad o códigos de

¹⁷ De las nuevas perspectivas de análisis que ofrece la imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en la esfera contractual, el trabajo de García Pérez centra su atención en la determinación de las bases de licitud, conforme al Reglamento General de Protección de Datos, de los tratamientos de datos personales derivados del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenido digital y servicios digitales, y su incidencia contractual (García Pérez, R. M.: "Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 875-907).

conducta de los usuarios. Cada sitio que sostiene una red social tiene objetivos y principios propios, lo que conlleva a que en casos determinados, sus reglas sean distintas o divergentes¹⁸.

Por otra parte, dependiendo de la información que contienen y el público al que van dirigidas, las redes sociales pueden clasificarse en dos grandes grupos¹⁹: 1) generalistas o de ocio, cuyo principal objetivo es facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen, y 2) las de servicio profesional, cuya finalidad es poner en contacto y mantener relación a nivel profesional con diferentes sujetos que tengan interés para el usuario (LinkedIn, Sumry o Xing). La primera tipología, a su vez, puede subdividirse entre las de intercambio de contenidos e información (YouTube, Instagram, TikTok o Pinterest) y las basadas en perfiles (Facebook, QQ o Weibo).

Asimismo, existen las denominadas redes de *microblogging* o *nano-blogging* que permiten la actualización constante de los perfiles de los usuarios mediante pequeños textos de hasta 240 caracteres. Aunque no se consideran redes sociales, ya que la interacción entre los usuarios no es su finalidad primordial, sí que existe un intercambio de mensajería y de archivos multimedia (Twitter, Tumblr o Yammer). En este aspecto, los intereses de los menores de edad están dirigidos al primer grupo de redes dado que, según la encuesta realizada en 2014 por el Ministerio del Interior²⁰, el motivo por el que los menores utilizan estas plataformas es la integración social.

¹⁸ Aravena López, C. A. y De la Fuente Gómez, O. N.: *Régimen contractual de las redes sociales en Internet*, Universidad De Chile - Facultad de Derecho. Centro de Estudios en Derecho Informático, Santiago, 2010, pp. 19-26.

¹⁹ AEPD e INTECO: *ob. cit.*, pp. 40-43.

²⁰ Ministerio del Interior del Gobierno de España: *Encuesta sobre hábitos de uso y seguridad de Internet de menores y jóvenes en España*, Informe del Ministerio del Interior, Madrid, 2014, pp. 46-49.

En España, la edad media en la que los niños y niñas comienzan a utilizar Internet de forma regular se sitúa en los siete años²¹. Según el Instituto Nacional de Estadística²², a los diez años, uno de cada cuatro menores posee teléfono móvil²³. De hecho, a partir de esa edad la progresión es exponencial, por ejemplo, a los trece años el 84% tiene móvil propio²⁴.

Además, según el informe del 2020 de *EU Kids Online*²⁵, en nuestro país, los menores entre nueve y dieciséis años se conectan a Internet más de tres horas diarias. En Europa, el tiempo que los menores pasan *online* oscila entre las dos horas de Suiza y las tres y media de Noruega. Es importante señalar que el tiempo de conexión se ha duplicado en países como Portugal, Italia, España, Francia o Alemania, respecto a la misma encuesta llevada a cabo en 2010²⁶.

En relación con el uso de las redes sociales, según el informe «Riesgos y seguridad en internet: los menores españoles en el contexto europeo»

²¹ Livingstone, S.: “La vida online de la infancia”, en Jiménez, E., Garmendia, M. y Casado, M. A.: *Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2018, pp. 1-12, pág. 1.

²² Instituto Nacional de Estadística: *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*, Nota de prensa del 16 de octubre de 2019, Madrid, 2019, pág. 3.

²³ Aunque cabría añadir que en el informe no se proporcionan datos de edades inferiores.

²⁴ Evidentemente, si contabilizamos el uso por parte de los menores de los dispositivos digitales de sus progenitores, el acceso a Internet se produce a edades aún más tempranas.

²⁵ *EU Kids Online* es un grupo de investigación referente en el estudio de menores de edad y nuevos medios de comunicación. Se trata de una red multinacional de investigación con más de 70 expertos y expertas que estimulan y coordinan la investigación sobre las oportunidades, los riesgos y la seguridad en Internet de los niños, niñas y adolescentes en Europa. Esta red está financiada por el *Safer Internet Programme* de la Comisión Europea. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao: EU Kids Online. Disponible online en: <https://www.ehu.es/es/web/eukidsonline/aurkezpena> [Fecha de consulta: 14 de abril de 2020].

²⁶ Smahel, D., Machackova, H., Mascheroni, G., Dedkova, L., Staksrud, E., Ólafsson, K., Livingstone, S., y Hasebrink, U.: *EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries*, London School of Economics and Political Science, Londres, 2020, pág. 17.

de *EU Kids Online*, el 40% de los menores españoles de entre nueve y trece años tiene un perfil propio en al menos una red social²⁷. Las redes sociales más popularizadas entre este sector de la población son WhatsApp, Instagram, Snapchat, Facebook y YouTube. Aunque desde 2018 a estas aplicaciones les ha surgido un potente competidor: TikTok, red social poblada principalmente por niños, niñas y adolescentes que acumula más de 800 millones de usuarios en todo el mundo²⁸.

A este contexto debemos sumarle las configuraciones de seguridad que establecen los menores en sus redes sociales. En torno al 44% de los menores configura su perfil como privado, el 30% limita el acceso de sus seguidores a la información personal que comparten, y un alarmante 25% lo establece en modo público. Además, gran parte de los menores incluyen en el perfil datos personales, como su nombre y apellidos o fotografías donde muestran el rostro. Igualmente, nueve de cada diez comparten su número de teléfono y uno de cada cien su dirección postal²⁹.

Asimismo, encontramos la situación de los menores *influencers*. Determinados blogueros, usuarios de redes sociales o creadores de contenidos tienen la capacidad de llegar a miles, o incluso millones, de posibles consumidores con cada una de sus publicaciones, lo que ha derivado en un interés creciente de los anunciantes por utilizar esta vía de comunicación. Por tanto, no se trata de contratar un espacio publicitario en una determinada red social, sino de que una persona, en nuestro caso un menor de edad, con influencia en la

²⁷ Garmendia, M., Garitaonandia, C., Martínez, G. y Casado, M. A.: *Riesgos y seguridad en internet: Los menores españoles en el contexto europeo*, Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao: EU Kids Online, 2011, pág. 34.

²⁸ We are social y Hootsuite: *ob. cit.* [Fecha de consulta: 14 de abril de 2020].

²⁹ Garmendia, M., Casado, M. A., Jiménez, E. y Garitaonandia, C.: "Oportunidades, riesgos, daño y habilidades digitales de los menores españoles", en Jiménez, E., Garmendia, M. y Casado, M. A.: *Entre selfies y whatsapps: Oportunidades y riesgos para la infancia y la adolescencia conectada*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2018, pp. 14-34, pág. 17.

misma presente un producto a sus seguidores³⁰. De esta forma, estos niños, niñas y adolescentes reciben una contraprestación, ya sea económica o en especie, a cambio de compartir contenido en sus redes sociales. Según los datos ofrecidos por el primer estudio «Content & Native Advertising» de IAB Spain, el 60% de los profesionales del marketing digital en España utiliza *influencers* en las campañas y se prevé que esta cifra se incremente en los próximos meses. Igualmente, los menores creadores de contenido de hasta trece años, así como la audiencia del mismo grupo de edad, crece a un ritmo del 25% anual³¹.

A pesar del impacto que las colaboraciones de las marcas con *influencers* tiene en los consumidores, España no dispone de una normativa directa y específica para ello. Por lo general, la contratación de *influencers* se lleva a cabo mediante un contrato de prestación o arrendamiento de servicios³² por cuenta propia, guiándose por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo³³. En el caso de los menores *influencers*, este contrato se regiría por lo expuesto en el artículo 9 del Estatuto:

“1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.

³⁰ Universidad Rey Juan Carlos y IAB Spain: *Guía legal sobre niños influencers*. Asociación de la publicidad, el marketing y la comunicación digital en España, Madrid, 2018, pág. 3.

³¹ ComunicAlicante: “Kidfluencers: así es el mercado de influencers menores de edad”, *Agencia de comunicación corporativa Comunicación Alicante*. Disponible online en: <https://www.comunicacionalicante.es/que-son-los-kidfluencers/> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

³² Dicho contrato viene definido en el artículo 1544 del Código Civil donde se establece que: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

³³ Martín-Sanz Barrachina, L.: “Influencers’, la nueva tendencia en ‘Fashion Law’”, *Legal. Cinco días El País*, Disponible online en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/03/legal/1580751696_816858.html [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

Por tanto, estamos ante un contrato de carácter mercantil y no laboral, ya que no se establece una relación laboral entre las partes. De esta suerte, dicho contrato regula los términos y condiciones a través de los cuales el *influencer* promocionará el producto o servicio del cliente. Además, este contrato se caracteriza por ser un contrato bilateral, puesto que genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes; oneroso, ya que se paga un precio acordado, y consensual, ya que se perfecciona con el consentimiento³⁴ de las partes.

De este modo, la plataforma se constituye únicamente como intermediaria de la relación entre las partes del contrato. Sin embargo, mediante el “Programa para Partners” de YouTube, los *influencers* o creadores de contenido digital pueden obtener ingresos directamente de la plataforma gracias a los anuncios que se publiciten en sus vídeos. Los requisitos mínimos para participar en este programa son: cumplir todas las políticas de monetización de YouTube³⁵, vivir en un país o una región donde esté disponible dicho programa, acumular más de 4000 horas de visualizaciones públicas válidas en

³⁴ “El consentimiento es la representación de la voluntad contractual debiendo ser esta voluntad (fruto de voluntades singulares de cada contratante) consciente y libre. Pero no basta que los contratantes estén de acuerdo en el negocio concreto, sino que se necesita que ese consentimiento sea manifiesto, o dicho de otro modo, es imprescindible que de una forma expresa o tácita, se declare el consentimiento, para que el contrato quede perfeccionado. Indudablemente la voluntad interna y la declarada han de coincidir con plena exactitud”. Pozo Arranz, A., Rodríguez de Castro, E. y Carrascosa López. V.: “El consentimiento y sus vicios en los contratos perfeccionados a través de medios electrónicos”, *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, núm. 12-15, 1996, pp. 1021-1032, pág. 1024.

³⁵ Las políticas de monetización te permiten obtener ingresos con tu contenido en YouTube. Entre estas políticas encontramos una referencia a los menores de edad: “Debes tener 18 años como mínimo para poder participar en AdSense. [...] Si eres menor de edad, la única forma de empezar a monetizar tus vídeos es vinculando la cuenta de Google a una cuenta de AdSense que esté aprobada (de un padre o tutor mayor de 18 años)”. Google AdSense: “Quiero monetizar mis vídeos, pero han rechazado mi solicitud por ser menor de edad”, *Google AdSense*. Disponible online en: <https://support.google.com/adsense/answer/2533300?hl=es> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

los últimos 12 meses, tener más de 1000 suscriptores y poseer una cuenta de AdSense³⁶ vinculada³⁷.

En otro orden de cosas, todas las redes sociales tienen una edad mínima para poder participar, que en el caso de no cumplirla se podría llegar a eliminar el perfil. En la práctica, pocas veces se comprueba este asunto si la cuenta no viola algún otro término de las condiciones de uso o si no es reportada por otro usuario³⁸.

En este sentido, cada país de la Unión Europea establece una edad límite para esta cuestión. Con la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD), se pretende superar el mosaico normativo irregular que provoca la existencia de diferencias importantes en la protección de los derechos de los ciudadanos³⁹. De esta forma, el RGPD es una revisión unificada de las bases legales del modelo europeo de protección de datos que se aplica a toda la ciudadanía europea y a todas las

³⁶ Google AdSense es, junto con Google Ads, uno de los productos de la red de publicidad en línea de Google. Básicamente, permite a los editores obtener ingresos mediante la colocación de anuncios en sus sitios web, ya sean de texto, gráficos o publicidad interactiva avanzada. Google AdSense: "Funcionamiento de AdSense", *Google AdSense*. Disponible online en: <https://support.google.com/adsense/answer/6242051?hl=es> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

³⁷ Google AdSense: "Descripción general y requisitos del Programa para Partners de YouTube", *Google AdSense*. Disponible online en: <https://support.google.com/adsense/answer/72851?hl=es> [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

³⁸ ABC Redes: "¿Cuál es la edad mínima para usar las redes sociales?", *Diario digital ABC*. Disponible online en: https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-cual-edad-minima-para-usar-redes-sociales-201802132152_noticia.html [Fecha de consulta: 14 de abril de 2020].

³⁹ Punto III del preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

entidades que operan en la Unión, con independencia de dónde tengan su sede. A este respecto De Miguel Asensio expone:

“Al regular su ámbito territorial de aplicación el nuevo Reglamento mantiene un planteamiento unilateral y la existencia de un establecimiento en la UE como primer criterio de aplicación, pero introduce importantes avances, en particular al sustituir el criterio relativo al empleo de medios en la UE por otro tendente a asegurar la aplicación de la normativa europea a los tratamientos de datos de personas que se encuentren en la UE cuando se producen en actividades dirigidas a la UE”⁴⁰.

De este modo, su alcance territorial es lo suficientemente amplio como para extenderse a responsables de datos (por ejemplo, prestadores de servicios en línea) de cualquier lugar del mundo.

Por otro lado, conforme al principio de seguridad jurídica, el RGPD permite que sus normas sean especificadas o restringidas por el Derecho de los Estados miembros en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios⁴¹.

⁴⁰ De Miguel Asensio, P. A.: “Competencia y derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 75-108, pág. 106.

⁴¹ Como indica Ugartemendia Eceizabarrena, el principio de seguridad jurídica obliga a los Estados miembros a integrar en el ordenamiento jurídico interno, la normativa europea. Esta incorporación será pública y se deberá realizar de la forma más clara posible para el pleno conocimiento por los operadores jurídicos y la ciudadanía. Este principio, a su vez, obliga a tales Estados a eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de incompatibilidades entre las normas nacionales y las europeas. Sin embargo, los reglamentos, pese a su aplicación directa, pueden complementarse mediante normativa interna para su aplicación plenamente efectiva. Ugartemendia Eceizabarrena, J. I., “El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, 2006, pp. 17-54, pág. 22.

De esta suerte, el primer apartado del artículo 8 del RGPD sobre las «condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información» indica que:

“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”.

Este artículo incluye por primera vez en el ámbito europeo una referencia explícita a la protección de datos de los menores de edad. Ni la Directiva 95/46/CE, 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, ni la Directiva 2002/58/CE⁴², de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, recogían mención expresa al caso de los niños, niñas y adolescentes.

Evidentemente, el RGPD se aplica a todos los menores residentes en la Unión Europea, independientemente de si son o no europeos y de su situación legal o jurídica en Europa. De hecho, el primer apartado del artículo 4 del RGPD, al referirse a los “interesados” no alude a ninguna diferenciación o discriminación por razón de nacionalidad o situación. En el caso de los niños, niñas y adolescentes esta aclaración tiene especial relevancia en relación con una situación cada vez más

⁴² Modificada por la Directiva 2009/136/CE que fue incorporada por los Estados miembros el 25 de mayo de 2011.

numerosa y preocupante, la de los menores extranjeros no acompañados, tema de enorme importancia en nuestros días⁴³.

Por tanto, el RGPD incorpora relevantes novedades dictando un marco regulatorio europeo común, más sólido y reforzado que el previsto por la precedente Directiva 95/46/CE, para garantizar con ello una eficaz tutela del Derecho de Protección de Datos, y cuya preceptiva ejecución genere confianza y seguridad (clave para el desarrollo del mercado interior de la Unión Europea), asimismo en pos de encaminar buenas prácticas ante el paradigma de la economía global y digital⁴⁴.

En cuanto al legislador español, este aspecto está regulado por el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), donde se establece que:

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

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

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

⁴³ Piñar Real, A.: “Tratamiento de datos de menores de edad”, en Piñar Mañas, J. L., Álvarez Caro, M. y Recio Gayo, M.: *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, Madrid, 2016, pp. 187-204, pág. 189.

⁴⁴ Dopazo Fraguío, P.: “La protección de datos en el derecho europeo principales aportaciones doctrinales y marco regulatorio vigente. (Novedades del Reglamento General de Protección de Datos)”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 68, 2018, pp. 113-148, pág. 114.

Para seguir leyendo, inicie el proceso de compra, click aquí