



© *Cadernos de Derecho Actual* N° 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 333-343
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Aproximación al tratamiento legal y ético sobre los menores edad influencers

Approach to the legal and ethical treatment of underage influencers

María Candelaria Martín González¹

Universidad de La Laguna

Mientras tratamos de enseñar a nuestros hijos todo acerca de la vida, nuestros hijos nos enseñan de qué trata la vida.
(Angela Schwindt)

Sumario: Introducción. 1. Regulación jurídica de los influencers. 2. Regulación jurídica de los influencers menores de edad. 3. Responsabilidad de los padres a la sobreexposición de sus hijos menores de edad en redes sociales. Conclusiones

Resumen: En la actualidad nos encontramos con un auge de apariciones en redes sociales de menores de edad, incluso bebés, que son expuestos por sus propios progenitores ante toda una comunidad seguidores.

Las redes sociales, en las últimas décadas, se han convertido en un medio social de entretenimiento para todas las edades totalmente aceptado, sin embargo, no nos percatamos de que se han convertido también en un medio publicitario en el que muchas marcas ofrecen sus productos y servicios a través de personas "influencers", en este caso menores influencers, que generan un impacto dentro del público al que se dirigen. Así estos menores son "utilizados" por las marcas para que sus productos lleguen a un público donde sus campañas publicitarias tradicionales no llegan a hacerlo.

Sin embargo, desde una perspectiva legal, cabe preguntarnos si esa exposición puede vulnerar derechos del menor. Cuestionarnos si al tratarse de prácticas de naturaleza publicitaria, estamos ante contratos de trabajo de menores de 16 años y cuál es su regulación. Qué responsabilidad tienen los padres frente a esas prácticas y si las mismas son ética y moralmente correctas.

¹ Profesora-Doctora Universidad de La Laguna. Abogada Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.

Recibido: 16/06/2024

Aceptado: 27/06/2024

DOI: 10.5281/zenodo.12594437

Palabras clave: influencers, redes sociales, menores de edad, progenitores, ley de influencers.

Abstract: Nowadays we find a boom of appearances in social networks of minors, even babies, who are exposed by their own parents to a whole community of followers.

Social networks, in recent decades, have become a fully accepted social medium for entertainment for all ages, however, we do not realize that they have also become an advertising medium in which many brands offer their products and services through "influencers", in this case minor influencers, who generate an impact within the target audience. Thus, these minors are "used" by brands so that their products reach an audience where their traditional advertising campaigns do not reach.

However, from a legal perspective, it is worth asking whether such exposure may violate the rights of minors. We must ask ourselves whether, since these practices are of an advertising nature, we are dealing with employment contracts for minors under 16 years of age and what is their regulation. What responsibility do parents have in relation to these practices and whether they are ethically and morally correct.

Keywords: influencers, social networks, minors, parents, influencer law.

INTRODUCCIÓN

Según el autor Díez Estrella, los influencers pueden definirse como "aquellas personas que tienen la capacidad de influir en el comportamiento de consumidores de manera mucho más incisiva que la publicidad tradicional, y de ahí que los fabricantes y las marcas se fijen en ellos para la promoción de sus productos y servicios".²

Otra definición dada por la fiscal Escarlata Gutierrez Mayo viene a decir que influencer "es aquel usuario que genera contenido a través de las redes sociales sobre diferentes temáticas, consiguiendo gran número de seguidores e interacciones a sus publicaciones y convirtiéndose en referente su ámbito. Estos influencers poseen la capacidad de modificar el comportamiento de sus seguidores, por lo que diferentes marcas de productos y servicios contactan con ellos para que promocionen sus productos a cambio de una remuneración"³

En el caso de los menores influencers que se exponen en las redes sociales se les denomina en el universo digital como "sharenting". Esta generación denominada Alpha, es decir, aquéllos nacidos después del año dos mil diez, utilizan las redes sociales, sobre todo la red social Tik Tok para subir videos de toda índole, muchos de ellos grabados por sus progenitores ya de forma profesional. Tales son los casos de "Las Ratitas", dos hermanas que tienen más de 25,4 millones de seguidores, MikelTube con más de 9,31 millones de seguidores, etc. Pero son cada día más los que se animan a estas prácticas y poseen perfiles en todas las redes sociales, recibiendo ingresos económicos, lo que a todas luces viene a ser un trabajo remunerado sin cobertura legal, tal como lo ponen de manifiesto Ramón Herrera y Alba Paños en su artículo "Los Menores en los entornos digitales".⁴

² DIEZ ESTRELLA, F. , "El régimen jurídico de los influencers". es.linkedin.com. 15 de mayo de 2018

³ GUTIÉRREZ MAYO, E, "Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers" www.icaoviedo.es

⁴ HERRERA, R y PAÑOS, A. "Los menores en los entornos digitales". Periódico El Mundo, 21 de junio de 2024, pág 2.

La utilización de estos "influenciadores" por las empresas y marcas se ha convertido en una práctica totalmente consolidada, por lo que tendremos que analizar cuál es la respuesta legislativa a dichas prácticas.

1. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS INFLUENCERS

Con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección del menor en los entornos digitales aprobado por el Gobierno el cuatro de junio de dos mil veinticuatro, se pretende entre otras medidas un alejamiento virtual de los menores de los entornos virtuales en general. Entre estas medidas, destaca la posibilidad de la realización de test pediátricos para detectar usos inadecuados de las redes, se establecen penas más elevadas por la difusión y creación mediante inteligencia artificial de contenido sexual o vejatorio en el que aparezcan menores, así como la imposición obligatoria y gratuita de controles parentales en todos los dispositivos digitales y etiquetado informativo.

Este anteproyecto de ley orgánica para la protección de menores en los entornos digitales incluye, como medida principal, la modificación del Código Penal en una serie de aspectos relacionados con lo ya establecido como "órdenes de alejamiento" con el fin de adaptarlas al actual paradigma tecnológico y crear lo que se podría definir como 'órdenes de alejamiento virtual', especialmente en entornos de plataformas virtuales y redes sociales.⁵ En este sentido, ya la Ley de Protección Digital recoge penas de cárcel de hasta dos años para los que creen contenidos falsos tanto visuales como de audio que contengan aspectos de corte sexual o vejatorio y recoge la agravante en los casos de distribución en internet o redes sociales. Así mismo, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal establece en el artículo 183 del Código Penal, tras la actualización de septiembre de dos mil veintidós, el acceso al menor a través de internet. Dicho artículo viene a decir lo siguiente, "1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si ponemos en relación la modificación del Código Penal en relación con el delito online child grooming y embaucamiento de menores a través de los entornos digitales, con el nuevo Anteproyecto de ley de protección de los menores en las redes sociales, observamos como pudiera ser el punto de partida para la regulación de la exposición de los menores en las redes sociales, pues podríamos llevarlas hasta su máxima interpretación entendiendo que los progenitores serían responsables de esa posible "utilización" de los menores para la comisión de los delitos establecidos en el artículo 183 del CP, estaríamos hablando de un supuesto de culpa in vigilando. En el delito de child grooming el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, tal como se ha establecido por la escasa jurisprudencia que tenemos hasta el momento, entendido dicho delito por la misma como el normal desarrollo y formación de la vida sexual; se trata de un delito de peligro, ya que lo que se protege no sólo es la

⁵<https://aulafamilia.malaga.eu/noticias/detalle-de-la-noiticia/ANTEPROYECTO-DE-LEY-ORGANICA-DE-PROTECCION-DIGITAL-DEL-MENOR/>

indemnidad sexual sino también el bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación en el ámbito sexual de los menores de dieciséis años.⁶

Por otro lado, en el Anteproyecto de Ley Orgánica se incluye también la obligación de incorporar de fábrica por todos los operadores y marcas el control parental en todos los móviles, tabletas, ordenadores y televisores inteligentes. Así mismo se prevee que este sistema de protección aparezca por defecto en todos los dispositivos y que se pueda configurar una vez encendido.

Otra de las medidas es el establecimiento de la edad mínima de dieciséis años para acceder y registrarse en las redes sociales, pasando de los catorce años actuales a los dieciséis, requiriendo el consentimiento de los progenitores en aquellos supuestos en los que se quisiera abrir una cuenta por debajo de la edad mínima. Por tanto, volvemos a cuestionarnos el papel de los padres en el acceso de los menores a las redes. Y, por otro lado, dado que algunas redes sociales, como por ejemplo tik tok, permiten el acceso a menores de trece o catorce años, cómo llevamos a cabo el control de protección. Se podría dar solución a este inconveniente mediante la utilización del método ya incluido en el artículo 89 de la Ley General de Comunicación Audiovisual de "verificación de la edad", en el que se dispone que la autoridad audiovisual competente "comprobará la efectividad de los sistemas de verificación y control de la edad para reducir el acceso de los menores de edad a contenidos audiovisuales dañinos o perjudiciales, que deberán estar alineados con las especificaciones técnicas que sirvan de base para la implementación de la cartera de identidad digital europea (EUDI Wallet) conforme al reglamento sobre el Marco para un Identidad Digital Europea (eIDAS2)".

Sería necesario toda una modificación de las herramientas existentes en nuestro sistema de control y verificación de la edad, del cual se prevé su incorporación en este año dos mil veinticuatro.

Por otro lado, otra de las medidas ya aceptadas y adoptadas por diferentes comunidades autónomas en sus centros educativos es la potestad de los mismos para regular el uso de los móviles y otros dispositivos. En estos casos, tanto en primaria como en secundaria se concede a las autonomías la regulación del uso de los móviles de acuerdo con lo establecido en el artículo 124 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece los planes de convivencia de los centros educativos. Sin embargo, esta es una de las medidas que ya ha sido aceptada y adoptada por muchos centros educativos para el próximo curso escolar siguiendo las directrices del Consejo Escolar de Estado.

En cuanto a la medida ya mencionada sobre los test pediátricos para detectar adicciones es una medida controvertida por varios motivos, entre los que destacan dos. En primer lugar, cabe preguntarse quién debe realizar el test, el propio médico-pediatra o un psicólogo. Y en segundo lugar, cómo detectar que estamos ante un caso de conducta adictiva, qué medios dispone el pediatra en la atención sanitaria general, cuando son los propios progenitores los que inducen al menor a la exposición en los entornos virtuales.

Además de todas esas medidas se incluyen también el control de las deepfakes y de las identidades falsas. Las primeras se incluirán dentro del nuevo artículo 173 bis del Código Penal, que regulará las falsificaciones con imágenes o voces manipuladas tecnológicamente, las que menoscaban la integridad de la persona afectada entre otras. En estos supuestos habría que plantearse cuánto está preparada la sociedad actual para enfrentarse a los avances de la Inteligencia Artificial. Y en relación a las identidades falsas, intenta este Anteproyecto sobre todo controlar aquéllos que mediante identidades falsas contactan con menores, se ganan su confianza logrando así que la víctima menor de edad envíe imágenes de contenido sexual. Se pretende agravar los delitos del Código Penal relacionados con las identidades falsas, artículos 181 y siguientes del CP.

⁶ MARTINEZ SANCHEZ, M. El acceso a menores con fines sexuales a través de las TIC: delito online child grooming y embaucamiento de menores, tras la reforma del CP por la LO1/2015. ELDERECHO.COM. Lefebvre, 2017

En el ámbito general de los influencers, se ha aprobado este año un Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en el que se entra a regular la actividad de los influencers en internet y que viene a obligar, entre otros aspectos, a etiquetar el contenido por edades. El objetivo de dicha norma es "la protección al menor y la difusión de contenidos publicitarios en coherencia con las normas europeas dictadas en los últimos años."⁷ En dicho reglamento se establecen una serie de obligaciones, las cuales son las siguientes: 1.- La prohibición de publicidad sobre tabaco. No se podrá realizar publicidad de cigarrillos electrónicos, cigarros, tabaco, hierbas para fumar, ni de las empresas que producen los productos referidos. 2.- La prohibición de publicidad sobre medicamentos, productos sanitarios o métodos con pretendida finalidad sanitaria, cuando no respete la normativa sobre publicidad y promoción comercial aplicable a este sector. 3.- La regulación de la publicidad de alcohol. Queda prohibido publicitar cualquier producto que sobrepase los 20 grados de alcohol en cualquier horario fuera de la franja entre la 01:00 y las 05:00 de la madrugada. Sí podrá hacerse publicidad de bebidas alcohólicas de una graduación menor a los 20° entre las 20:30 y las 05:00. Además, se contemplan otras limitaciones sobre el contenido de esta publicidad, que no podrá dirigirse a menores, asociar el consumo de alcohol al éxito social o personal, o fomentar un consumo sin moderación. 4.- La regulación de los juegos de azar. Se prohíbe la publicidad de las apuestas y los juegos de azar en toda programación dirigida a una audiencia potencialmente infantil. En el resto de los casos, solo podrá emitirse, por norma general, entre la 1:00 y las 5:00 de la madrugada. 5.- La protección a las personas menores de edad. Será necesario etiquetar el contenido por edades.

Este Decreto también obliga a todas las personas que se encuadren dentro del concepto de influencers, creadores de contenidos, followers, etc, según la descripción contenida en el mismo, a que se inscriban en un Registro en virtud a lo establecido en el artículo 39 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.⁸

También es de aplicación a estos supuestos la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que el artículo 3 de la citada Ley prevé las modalidades de publicidad ilícita. De entre ellas le serán de aplicación a los denominados influencers las siguientes: 1) La publicidad subliminal. 2) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios y 3) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.⁹ Entendemos que dentro

⁷<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/070524-influencers-regulacion-contenidos-publicidad.aspx>

⁸<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/070524-influencers-regulacion-contenidos-publicidad.aspx>

⁹ Artículo 3. Publicidad ilícita.

Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución. Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución. b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio,

de esta actividad cabría incluir toda aquella publicidad de la que no se especifica en los contenidos que se está haciendo uso de la misma.

Por último, hacer mención al Código de Conducta sobre el Uso de *Influencers* en la Publicidad. Dicho Código, que entró en vigor el 1 de enero del año 2021, establece que "las empresas que contraten o se valgan de *influencers* para la promoción de sus productos y servicios, deben advertir a éstos de que identifiquen en sus publicaciones la publicidad del contenido".¹⁰

En España es escasa la jurisprudencia y doctrina que se pronuncie sobre la regulación jurídica de la prestación profesional de los influencers. Así encontramos unas de las pocas sentencias que se han dictado, siendo la Audiencia Provincial de Madrid la que ha confirmado la sentencia dictada de condena a un anunciante por utilizar a influencers para promocionar sus productos sin revelar que es publicidad. El tribunal en cuestión desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de la anunciante contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 5 de Madrid, que estimó que la campaña de publicidad difundida era desleal, pues consistía en la difusión de vídeos de influencers publicados en el perfil de Instagram de la Compañía y en otras redes sociales, ya que en estos vídeos se hacía referencia a tratamientos específicos que se efectuaban en clínicas de la citada marca. En particular estos influencers explicaban en las redes los tratamientos que habían recibido, generando confianza entre sus seguidores, sin ponerse de manifiesto que se trataba de contenido publicitario. En este sentido, la citada Audiencia Provincial de Madrid consideró probado que la opinión vertida por el influencer tiene un evidente carácter publicitario y se enmarca en la campaña desarrollada por la demandada utilizando testimonios de personas conocidas, sin que pueda considerarse que se trata de una mera opinión o recomendación, sino que tienen un claro contenido y finalidad publicitaria, sin que se advierta de ello a los consumidores a quienes se dirigen estos mensajes.

Otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene a establecer la relación de trabajo entre las Compañías y los influencers, poniendo de manifiesto lo siguiente, "*Hemos sostenido reiteradamente que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia. Asimismo hemos afirmado que la dependencia y la ajenidad constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos, siendo la proyección*

explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros. c) La publicidad subliminal. d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

¹⁰ BENDITO, M. T. *La autenticación de publicidad y anunciante en la publicidad nativa y en particular en la publicidad de influencers*. Revista Aranzadi Doctrinal, Vol. nº8, pp. 217-250.2020

acumulada de indicios de una y otra sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación...En todo caso, la dependencia ha de ser entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa; y que la ajenidad consiste en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, quien a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios.”¹¹

2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS INFLUENCERS MENORES DE EDAD

La regulación examinada anteriormente tiene su aplicación y afectación al caso de los menores de edad que comparten sus historias en redes sociales, que suben contenidos o que se consideran influencers o sharenting. Pero concretamente la Ley 13/2022 de 7 de junio, de Comunicación Audiovisual, hace especial mención al caso de los menores influencers, en la que se establecen medidas de protección como “implementar sistemas que permitan calificar los contenidos de la plataforma; facilitar sistemas de control parental a los usuarios de la plataforma; indicar en los vídeos si los contenidos incluyen publicidad o prohibir usar datos de menores con fines comerciales, ”¹² entre otras.

Sin embargo, todos los estudios apuntan a que cada vez es más frecuente encontrar niños de nueve o diez años que se registran en las redes sociales sin el consentimiento de sus padres o incluso bajo la permisividad de los mismos, por lo que nos enfrentamos a un sistema de fácil acceso y escasos controles. Así, el problema con el que nos encontramos con respecto a los menores de edad y su relación con las redes sociales, no está en poner un límite en la edad de acceso establecida por el nuevo Anteproyecto de Ley mencionado, sino en la dificultad a la hora de establecer un sistema de verificación de esa edad, pues nos encontramos con muchas plataformas donde únicamente solicitan para su registro la fecha de nacimiento y los apellidos o alias, lo cual con poner una fecha anterior a la de su nacimiento basta para su incorporación a la plataforma.

En este sentido, tanto el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y el artículo 8 del Reglamento Europeo de Protección de Datos vienen a establecer que “El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”, por tanto, se podría decir que el legislador español ha hecho dejación de sus funciones a la hora de proteger el bien jurídico del menor, cual es su protección frente a las posibles intromisiones en su vida y por tanto, que pudieran afectar a su dignidad, todo ello bajo la sospecha de dejación de vigilancia debida por parte de los progenitores e incluso, en algunos de los casos bajo su permisividad o en otros exponiéndolos ellos mismos. En este último caso, estaríamos ante los supuestos en los que existiría consentimiento del titular de la patria potestad, por lo que el responsable del tratamiento de datos se vería absuelto de toda responsabilidad.

Los derechos de los menores que se trataría de proteger por el legislador con unas garantías mínimas serían los derechos de privacidad, intimidad, dignidad, a la propia imagen que estarían en riesgo por la exposición de los mismos en las redes sociales. La nueva Ley de protección del menor, en su artículo 5 de la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece en su apartado 1, “los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, **identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos**

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 445/2021, de 14 de junio.

¹² VALDÉS, B. Ley de Influencers en menores: si incumplen los requisitos y son multados, los padres responderán de forma solidaria. Confilegal.com, 2024

riesgos y protegerse de ellos. Así mismo el artículo 4 de la misma Ley viene a decir que, 1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. 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. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Por tanto, de la lectura de la exposición de motivos de esta ley se extrae que la sobreexposición del menor puede considerarse una falta de protección del menor.

Otra de las consecuencias que tiene la exposición de los menores de edad en los entornos virtuales es una de las formas de maltrato más frecuentes como es el ciberacoso, situación en la que la víctima sufre el acoso por redes sociales mediante mensajes ofensivos, burlas, etc. El ciberacoso puede adoptar muchas formas: correos electrónicos, grupos en redes sociales que invitan a excluir a esa persona de las actividades, juegos creados para gastar bromas, etc. Se organizan a través de internet y, como cualquier acoso o discriminación, tiene consecuencias muy dañinas para la víctima.¹³

A la vista de de todos los perjuicios que se generan con la exposición de los menores en las redes sociales, cabe preguntarse, qué límites se deben poner y cual es la responsabilidad los progenitores?

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES A LA SOBREEXPOSICIÓN DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD EN REDES SOCIALES.

El garantizar el respeto a los derechos de los menores de edad es tarea principal de cualquier progenitor que quiera preservar su intimidad, privacidad, etc, tanto desde una perspectiva ética como legal.

Abordando la Declaración de los Derechos del Niño, establece que "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."

Son impactantes los estudios que confirman que tres de cada diez padres publican imágenes de sus hijos en redes sociales, lo que se denomina como *sharenting*, que es un anglicismo que proviene de las palabras *share* (compartir) y *parenting* (paternidad) y según el diccionario británico Collins consiste en "*la práctica de los padres de usar las redes sociales para comunicar abundante y detallada información sobre sus hijos*"¹⁴. La cuestión es la siguiente, cómo puede protegerse un hijo de esa sobreexposición por parte de sus progenitores si no puede negarse a

¹³ PIÑAR RAMIREZ, A. Los derechos de la infancia en internet y las redes sociales. Lavanguardia.com/vida/junior, 2021.

¹⁴MARTIN DEL CAMPO FERNANDEZ PANIAGUA, A, Sharenting: ¿es ético publicar la vida de nuestros hijos en las redes? <https://docs.google.com/document/d/13CfbYy1dQay-U2DEqUghIOH27wDH2RCE/edit>, 2018.

ello o desconoce las consecuencias de esa actuación. A su vez, muchos de esos estudios afirman que esa sobreexposición es la causa de los supuestos analizados de grooming y bullying anteriormente. Por tanto, se da la paradoja que quien por quien se entiende que es quien tiene la potestad de protección del menor sea el mismo el que proporcione los medios para que se produzcan los delitos mencionados, por tanto, se debe exigir la responsabilidad debida a los progenitores en estos casos, que actúan en muchos de los casos en beneficio propio y no del menor.

En este sentido, a la vista de la falta de legislación que ponga límites a los padres que "utilizan" a sus hijos, exponiéndolos en los diferentes entornos virtuales, tanto con fines lucrativos como por el mero hecho de generar "me gustas" lo que conlleva según estudios científicos a generar dopamina y las consecuencias que ello implica, nos conduce a repensar el sistema de las redes sociales y cuáles son los aspectos a mejorar con respecto a los menores.

En un primer lugar, a los progenitores se les debe pedir dos acciones encaminadas a, por un lado, asegurar quién tiene acceso a las imágenes que suben de sus hijos, por tanto, deberían limitar los accesos. El problema se vería incrementado en aquellos supuestos en los que sus padres son influencers (instamamis o instapapis) y exponen a sus hijos en sus mismas redes donde ya tienen acceso infinidad de seguidores, lo que el límite se convierte en incontrolable. Por otro lado, los progenitores deberían repensar qué tipo de contenido suben de sus hijos, si el mismo pudiera perjudicarles en un futuro y si el menor tuviera la suficiente madurez, poder consensuar con los mismos qué tipo de contenido se va a exponer y sus consecuencias.

Sería necesario crear una normativa específica para estos casos, como lo han hecho en países de nuestro entorno. En Francia, por ejemplo se obliga a una comunicación previa a la autoridad laboral (en el caso de influencers con carácter lucrativo) y se limita las horas de grabación. Se prevé también una ley que imponga sanciones a los padres que difundan imágenes de sus hijos en las redes sociales y socaven su integridad física y moral pudiendo perder la autoridad parental. En Alemania se ha llevado a cabo una campaña publicitaria que dice lo siguiente: *"Hola mamá, hola papá. Soy yo, Ella... bueno, una versión digital de mí con un poco más de edad. Es sorprendente lo que puede hacer la tecnología en estos días ¿no? Todo lo que necesitas es un par de fotos como las que ustedes comparten en las redes sociales, en donde pueden ser recuperadas y usadas... por cualquier persona", dice el personaje en el spot. "Sé que para ustedes -agrega-, estas fotos no son más que recuerdos. Pero para otros son datos. Y para mí es quizás el comienzo de un futuro horrible".*¹⁵

Nuestra jurisprudencia ya se ha posicionado al respecto, y ha declarado la responsabilidad de los padres frente a la sobreexposición de los hijos en las redes sociales.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de dos mil quince, ya ha declarado ilegal la subida a la red de fotos de un menor cuando no existe consentimiento de ambos progenitores independientemente de quien ejerza la guardia y custodia, que se da sobre todo en los casos de separación de los mismos. Si alguno no lo concediere deberá acudir al Juzgado a solicitar autorización en virtud del artículo 156 del Código Civil. Por lo tanto, el progenitor que constata que han subido una foto de su hijo menor sin su consentimiento puede instar al juzgado, a través del correspondiente procedimiento judicial, para la inmediata retirada de esta. El juez, por su parte, valorará el caso atendiendo a las circunstancias, sin perjuicio de que se pueda reclamar por los daños y perjuicios que ello haya generado tanto al menor como a los padres. Pero ¿qué pasa cuando hay consentimiento por parte de los progenitores o son ellos mismos los que sobreexponen a sus hijos? En estos casos en que los menores no tengan suficiente madurez, "el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, así lo establece el artículo 3.2 de la

¹⁵<https://undergroundperiodismo.com/campana-alemana-alerta-sobre-compartir-fotos-de-los-hijos-en-redes-sociales-video/>

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 los supuestos en los que aunque los padres estén de acuerdo en subir imágenes de sus hijos menores de edad, el apartado 3º del artículo 4 de la LO de Protección Jurídica del Menor dispone que, *"Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales"*.

Por ello son numerosas las sentencias de nuestros tribunales que condenan a los progenitores a retirar dichas imágenes e incluso a resarcir por daños y perjuicios causados al menor. Esto ha significado que últimamente muchos progenitores hayan tomado la decisión de dejar de publicar material de sus hijos en las redes sociales aún a pesar de haberse lucrado con anterioridad a base de la utilización de sus hijos como influencers. Todo ello a la vista de las posibles demandas a las que se pudieran enfrentar en aquellos supuestos en los que sus hijos al adquirir la mayoría de edad pudieran demandarlos por vulneración de sus derechos. Estas posibles demandas a las que se enfrentarían los progenitores tendrán su base en lo establecido en el artículo 197.7 del Código Penal¹⁶. En estos casos tendría que intervenir el Ministerio Fiscal en su función de protección de los derechos del menor. Esta cuestión ya fue planteada en un tribunal de Roma, donde un hijo de dieciséis años denunció a su propia madre por colgar sin su consentimiento fotos y comentarios sobre él, lo que le provocaba una enorme "presión mediática". La progenitora contaba con un fuerte seguimiento en redes sociales, lo que justificaba la petición del menor para retirar las fotos. Por ello el tribunal ordenó la eliminación de todo el material y prohibió a la madre a seguir subiendo fotos de su hijo, so pena de una indemnización de hasta 10.000 €.¹⁷

En definitiva, cabría preguntarse muchas cuestiones que quedan en el aire como puede ser si se permitiría la revocación del consentimiento efectuado por un hijo menor de edad, cabría plantearse también si sería necesario implementar un Caja de consignaciones como se ha hecho en Francia, donde los progenitores ingresarían los beneficios obtenidos por los menores de edad. Son muchas las cuestiones que entendemos que la nueva Ley, a la vista del Anteproyecto aprobado, no entra a estudiar ni, por consiguiente, a regular.

CONCLUSIONES

Cuando pensamos en nuestros hijos menores de edad y su relación con las redes sociales, nos hacemos eco de todas las amenazas a las que se enfrentan a diario desde el punto de vista de personas ajenas que pueden entrometerse en sus vidas, vulnerando sus derechos a la intimidad, a la dignidad, a la propia imagen, a la privacidad, etc. Pero no nos damos cuenta de que podemos ser nosotros mismos los que los enfrentemos a esas amenazas unas veces con ánimo de lucro sin pensar en las consecuencias futuras y otras veces por desconocimiento.

Ese desconocimiento nos lleva a enfrentarnos a unas consecuencias tanto éticas como legales, que a pesar de no estar totalmente definidas en nuestra legislación, pues carecemos de una regulación específica al respecto, aún así son numerosas las normas y la doctrina jurisprudencial que aboga por la más alta protección del menor, lo que nos lleva a concluir que en nuestro sistema legislativo

¹⁶ Art 197.7 CP "Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona."

¹⁷ BARJOLA, J.M. Subir la imagen de un menor a redes sociales: cuándo es ilegal y cómo reclamar para ello. Noticias.juridicas.com, 2019

gozamos de unas garantías legales frente a la desprotección con la que se encuentran los bienes a proteger de los menores en su sobreexposición en las redes sociales por parte de sus progenitores. Esta desprotección la encontramos sobre todo cuando se utiliza al menor en los entornos virtuales con fines publicitarios y lucrativos. No existe una ley que regule el carácter publicitario de estas prácticas, lo que lleva a plantearse si la normativa actual es suficiente y si el nuevo Anteproyecto de Ley incide de forma específica en esta cuestión.

Lo que no debemos olvidar cuál es el bien jurídico a proteger, cuales son los derechos del menor y en este sentido nuestra legislación es clara "con los derechos de los menores no se juega". Sin embargo, la normativa con respecto al tratamiento de las imágenes de los menores con fines publicitarios es un tanto ambigua, pues no determina ni regula con exactitud todas las consecuencias que se generan por la exposición de los menores en cualquier entorno virtual, ni la responsabilidad a la que se enfrentan los progenitores ante las mismas. Ante esta situación, es preceptiva una regulación urgente que de forma específica regule estas situaciones con el fin de evitar futuros procesos judiciales en los que ver inmersos a padres e hijos, en pro de un buen entendimiento entre los mismos.

BIBLIOGRAFIA

- BENDITO, M. T. *La autenticación de publicidad y anunciante en la publicidad nativa y en particular en la publicidad de influencers*. Revista Aranzadi Doctrinal, Vol. n°8, pp. 217-250.2020
- BARJOLA, J.M. Subir la imagen de un menor a redes sociales: cuándo es ilegal y cómo reclamar para ello. Noticias.juridicas.com, 2019
- DIEZ ESTRELLA, F. , "El régimen jurídico de los influencers". es.linkedin.com. 15 de mayo de 2018
- GUTIÉRREZ MAYO, E, "Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers" www.icaoviedo.es
- HERRERA, R y PAÑOS, A. "Los DIE menores en los entornos digitales". Periódico El Mundo, 21 de junio de 2024, pág 2.
- MARTIN DEL CAMPO FERNANDEZ PANIAGUA, A , Sharenting: ¿es ético publicar la vida de nuestros hijos en las redes? <https://docs.google.com/document/d/13CfbYy1dQay-U2DEqUghIOH27wDH2RCE/edit>, 2018.
- PIÑAR RAMIREZ, A. Los derechos de la infancia en internet y las redes sociales. Lavanguardia.com/vida/junior, 2021.
- VALDÉS, B. Ley de Influencers en menores: si incumplen los requisitos y son multados, los padres responderán de forma solidaria. Conflegal.com, 2024 <https://aulafamilia.malaga.eu/noticias/detalle-de-la-noiticia/ANTEPROYECTO-DE-LEY-ORGANICA-DE-PROTECCION-DIGITAL-DEL-MENOR/>
- <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/070524-influencers-regulacion-contenidos-publicidad.aspx>
- <https://undergroundperiodismo.com/campana-alemana-alerta-sobre-compartir-fotos-de-los-hijos-en-redes-sociales-video/>