

Dra. Isabel SERRANO-MAILLO

Universidad Complutense de Madrid, España. miserran@ucm.es. <https://orcid.org/0000-0003-4919-9834>

Menores y contenidos digitales. Derechos y obligaciones

Minors and digital content. Rights and obligations

Fechas | Recepción: 01/09/2021 - Revisión: 16/10/2021 - En edición: 10/11/2021 - Publicación final: 01/01/2022

Resumen

Cuando hablamos de niños y mensaje publicitario, nos enfrentamos a tres realidades muy distintas: el niño frente al mensaje, el niño como actor publicitario y el niño como creador de contenidos publicitarios. En este artículo abordamos estas tres situaciones desde la perspectiva de los derechos y obligaciones de los menores. Partimos del acercamiento a conceptos básicos como la definición de niño, madurez suficiente, el mejor interés del menor, principios publicitarios, limitaciones a la publicidad por sector, edad o producto. Posteriormente, tratamos de dar respuesta a preguntas como: ¿Qué se puede y qué no se puede hacer en la publicidad dirigida a los niños? ¿Qué derechos y obligaciones tienen los niños en el entorno publicitario? ¿Vale todo para un influencer? Preguntas que requieren respuesta. En este trabajo se hace referencia a todas las normas que regulan estos temas en nuestro país. Normas jurídicas y de autorregulación que conviven con normas europeas, autonómicas, sectoriales... Como conclusión principal: hay demasiadas normas para regular una única realidad, lo que dificulta distinguir las conductas lícitas de las ilícitas, sobre todo en el campo de la infancia. Sería deseable -y necesaria- una legislación clara y unívoca que regulara todos los aspectos referidos a la infancia y la publicidad.

Palabras clave

Contenidos digitales; derechos; menores influencers; medios digitales.

Abstract

In considering children and the advertising message directed at them, we face three very different realities: the child facing the message, the child as an advertising actor and the child as the creator of advertising content. Herein, we address these three situations from the perspective of the rights and obligations of minors. We start from the approach to basic concepts such as the definition of a child, sufficient maturity, the best interests of the minor, advertising principles, limitations on advertising by sector, age or product. Later, we try to answer questions such as: what can and cannot be done in advertising addressed to children? What rights and obligations do children have as recipients of advertising or as advertising actors? Is anything of worth to an influencer? What to do when the rule is violated? Questions that need to be answered. This paper refers to all the rules that regulate these issues in our country, the legal and self-regulatory standards that co-exist with European, regional, sectoral standards, etc. A major conclusion is drawn from the exposition: there are too many rules to regulate a single reality, which makes it difficult to distinguish lawful from illicit behaviours, especially in the field of childhood. Clear and unequivocal legislation regulating all aspects relating to children and also, of course, the advertising phenomenon would be desirable - and necessary.

Keywords

Digital contents; rights; children influencers; digital media.

1. Aproximación al tema. Noción de menor y otros conceptos jurídicos

Al hablar de niños y su relación con los medios, la preocupación tradicional desde la perspectiva jurídica era cómo protegerlos de los mensajes que recibían. Hoy, el abanico se amplía dado que los niños han pasado de ser simples receptores (Marta, 2005) ^[1] a ser sujetos activos del fenómeno mediático. Niños receptores, niños actores, niños comunicadores... diferentes roles que deben ser contemplados por el Derecho desde perspectivas diferentes.

Antes de entrar a valorar la relación de los niños con los medios, es necesario hacer una serie de consideraciones generales sobre ciertas cuestiones jurídicas que deben ser tenidas en cuenta cuando se trata el tema de los menores y sus derechos.

El primer paso será determinar cuál es el sujeto al que nos estamos refiriendo, es decir, qué debemos entender por niño. Según la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad" (Art. 1), según nuestra Constitución "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años" (art. 12), misma edad que se establece en la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 1). Vemos pues, que según la legislación vigente el límite está en los 18 años, pero es evidente que el trato -desde la perspectiva jurídica- que debe darse a los niños no puede ser igual si estamos ante uno de 5 años que ante uno de 17, dado que tanto su madurez, como su grado de desarrollo son diferentes.

Así, a grandes rasgos, entenderemos por niños (infantes) a los menores de 12 años (teniendo en cuenta que hasta 3 serían bebés y hasta 5 preescolares); preadolescentes a los que tengan más de 12 años y menos de 14 y adolescentes a los que tengan más de 14 y menos de 18 años (y no están emancipados, se entiende). Obviamente, esta clasificación genérica nos servirá tan solo como apoyo para determinar (o más bien para aproximarnos a la determinación de) la madurez del menor en relación con la responsabilidad por sus actos y a la autonomía para ejercer sus derechos, porque para otras cuestiones (publicidad, cine, videojuegos, crecimiento...) ya existen clasificaciones con rangos más específicos.

La segunda cuestión que tomar en consideración es si los niños son sujetos de derechos o no. Una cuestión que no es pacífica, pues, aunque parece haber cierto consenso en el sentido de considerar que, tras la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, "los niños pasarán de ser considerados objetos de protección, a ser considerados sujetos de derecho" (Cardona, 2016: 39), algunos autores, entre los que destaca Santiago Sánchez González ^[2], mantienen que para ser titular de derechos fundamentales es preciso ser mayor de edad. Luis Acebal Monfort, en cambio, considera que los niños son titulares no solo de derechos humanos -lo que no se discute-, sino también, de derechos de libertad personal, civiles y políticos (Acebal, 2010), lo que implica otorgarles la titularidad y además la capacidad del ejercicio de los derechos. Estas distintas posturas responden a las dos principales teorías que han abordado esta cuestión: la teoría de la voluntad o elección, representada por Hart ^[3] que no les reconocería derecho alguno "al carecer de autonomía o capacidad propia para actuar como un agente moral" (Lozano, 2016: 3) y la teoría del interés o beneficio, cuyo máximo exponente es McCormick ^[4] y que considera a los niños titulares de derechos, al hacer depender la titularidad de los derechos de "la existencia de una necesidad básica o un interés superior a favor del sujeto titular" (Lozano, 2016: 4). Nuestra postura es la de reconocer que los niños son titulares de derechos pero que la posibilidad de ejercerlos dependerá del tipo de derecho y de la madurez del menor. Nadie se atrevería a negar que todo niño tiene derecho a la vida, pero, por el contrario, difícilmente podría defenderse la posibilidad de que los infantes (menores de 12 años) ejercieran plenamente derechos políticos, pues el ejercicio de estos precisa de cierta madurez y autonomía moral. En esta misma línea se pronuncia Ana M^a Gil Antón cuando, refiriéndose al derecho a la propia imagen, dice: "los derechos humanos se poseen por el hecho de ser personas, se posee su titularidad ya se esté en la minoría de edad o en la mayoría, otra cosa será lo relativo al ejercicio del derecho" (Gil, 2015: 19). Es por ello que se nos antoja fundamental establecer una clasificación por edades (y tipos derechos), asunto al que ya nos referíamos antes, cosa que no hace la legislación.

En cualquier caso, la discrepancia se produce en torno a cuestiones teórico-jurídicas. En la práctica, todos los autores coinciden en la necesidad de otorgar a los niños derechos, pero desde una especial protección, dada su vulnerabilidad. Así, padres, tutores y Administración deben garantizar un entorno adecuado para que los niños puedan desarrollar su personalidad de manera normal. Esto implica otorgarles una protección especial ^[5], adecuada y adaptada a su edad; un cuidado ^[6] que debe convivir y equilibrarse con, por un lado, la posibilidad de que los niños ejerzan ciertos derechos de los que son titulares y, por otro, de que participen en la toma de decisiones sobre aquellos asuntos que afecten a su propia vida y ellos sean capaces de comprender en virtud de su mayor o menor madurez.

La madurez es el criterio que se utilizará, como norma general, para determinar el grado de autonomía de los niños: se le otorgará mayor autonomía para el ejercicio de los derechos cuanto mayor sea su grado de madurez. Pero ¿cómo se mide el grado de madurez de un niño? Una cuestión un tanto

subjetiva que habría que determinar caso por caso, pero que generalmente se determina en función de la edad, en el entendimiento de que cuanto mayor sea el niño mayor será su grado de madurez y más parcelas de autonomía podrá ir ocupando.

No encontramos en la ley una clara clasificación por edades de los niños en este sentido, pero sí ciertas referencias a ello. Así, la L.O. de Protección Jurídica del Menor, establece a este respecto que "la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos" (art. 9.2). Por su parte, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores establece: "Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales" (Art. 1.1) y la L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales "1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años" (Art. 7).

Así pues, aunque lo ideal es "observar a la persona en concreto y su situación psicológica, física, así como sus circunstancias para vislumbrar o esclarecer la aplicación legal del caso concreto" (Rocha, 2014: 51), vemos que el Derecho ha resuelto el problema de la madurez apelando únicamente al criterio de la edad dada la dificultad (si no imposibilidad en ciertos casos) de atender a cada caso concreto, pero es obvio que el criterio de edad puede ser insuficiente, puesto que las circunstancias de cada uno pueden ser muy distintas (Sillero, 2017).

Junto al criterio de madurez, debe atenderse al del interés superior del menor, el cual, tiene un doble objetivo: Por un lado, asegurar la protección de los derechos de los niños y, por otro, garantizar su implicación—en la medida que su madurez lo permita— en aquellos asuntos que les conciernen. Significa que cualquier actuación o medida a adoptar que les afecte (del tipo que sea e independientemente de quien provenga) debe regirse por este principio (Fernández, 2017: 228). Siempre que haya varias opciones, debe optarse por la que beneficie más al niño y si una disposición jurídica puede interpretarse de diferentes formas, se hará de la que mejor responda a sus intereses ^[7].

Una de las dificultades con la que nos enfrentamos es, sin duda, el carácter de indeterminado de este principio, lo que obliga a determinar su propio contenido caso por caso; algo positivo porque facilita adaptar cada resolución a cada situación concreta, y negativo porque el margen de actuación del juez es tan amplio que puede dar lugar a cierta arbitrariedad (Martínez, 2015: 201). Lo cierto es que el interés superior del menor "ha superado los márgenes del ámbito familiar para ser elevado al rango de principio general informante del actual sistema jurídico" (Rocha, 2014: 54) y, por tanto, no solo aparece recogido en todas las normas referentes a menores, sino que obliga a todas las demás. El interés superior del menor actúa, incluso, como límite al ejercicio de sus propios derechos, es decir, aunque el niño tenga derecho, por ejemplo, a la intimidad, sus padres (o sus responsables) podrán intervenir si sospechan que existe algún peligro para él (por ejemplo, entrar en sus redes si creen que hay un pederasta que lo acecha).

Este principio debe ser aplicado con proporcionalidad y no puede convertirse en excusa para anular la autonomía de los menores. Los niños deben ser protegidos por su especial vulnerabilidad, pero su interés superior es el de ir adquiriendo autonomía a la vez que van madurando.

Hay que advertir, no obstante, que el ejercicio de derechos implica asumir responsabilidades por las acciones llevadas a cabo, sobre todo cuando terceras personas se ven afectadas. Como decía John D. Rockefeller "Cada derecho implica una responsabilidad; cada oportunidad, una obligación, cada posesión, un deber".

Según nuestra legislación, los menores son penalmente responsables desde los 14 años ^[8] y responden por cualquier acción tipificada como delito en el Código Penal. El catálogo de delitos que se pueden cometer en las redes es muy variado (contra la intimidad, contra el honor, contra la propiedad intelectual, delitos de odio, etc.). Por el contrario, los niños no tienen responsabilidad civil plena, siendo responsables civiles solidarios sus progenitores o responsables legales. El art. 1903 del Código civil así lo establece ^[9], en base a la obligación de guarda y vigilancia que los padres tienen respecto de sus hijos. Esta obligación de reparar el daño causado por los hijos solo cesa si el padre demuestra que actuó diligentemente e hizo todo lo posible por prevenir el daño. En este mismo sentido se expresa la Ley de Responsabilidad Jurídica del Menor, en su art. 61, donde dice que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, (...)".

Dicho esto, vamos a centrarnos en tres situaciones concretas en las que los niños entran en contacto con los medios de comunicación y la publicidad para determinar cuáles son sus derechos y obligaciones.

2. Los niños frente a la televisión: “Cómo les venden la moto”

Los niños son titulares del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la información ^[10], que incluye las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo por cualquier medio, siempre que sean adecuadas para su edad. Cuando un niño se sienta frente a la televisión, recibe mensajes informativos, de entretenimiento y publicitarios y ninguno de ellos será inocuo para él. Existen limitaciones legales a aquella programación que es susceptible de ser vista por los menores, pero, en cualquier caso, los padres (o tutores legales) deben ser conscientes de que ellos son los principales garantes del bienestar de sus hijos. Tengamos en cuenta, además, que cuando un niño está frente a la televisión u otros medios semejantes, no solo está expuesto a mensajes informativos y/o de entretenimiento, sino que también recibe gran cantidad de contenido publicitario.

El único medio que indica un horario determinado para emitir contenidos adecuados para los menores es la televisión, de acuerdo con la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia. Así, se establece un horario legal de protección de los menores en relación con los contenidos y la publicidad de 06:00 a las 22:00 horas. Además, hay una franja horaria de protección reforzada que es: de lunes a viernes: de 08:00 a 9:00 y de 17:00 a 20:00 horas; los sábados y domingos: entre las 9:00 y las 12:00 horas. Además, se aplica la franja de protección horaria de sábados y domingos y los siguientes días: 1 y 6 de enero; viernes santo; 1 de mayo; 12 de octubre; 1 de noviembre; 6, 8 y 25 de diciembre. Durante el verano se aplican las franjas de protección reforzada establecidas con carácter ordinario en los apartados anteriores para el conjunto del año. Todos los contenidos que no sean objetivamente adecuados para menores deberán ser emitidos de 22:00pm a 6:00am. En caso de que un menor acceda a estos contenidos, lo hará bajo la responsabilidad de un adulto.

2.1. Principios publicitarios

Además de estas limitaciones genéricas, los mensajes publicitarios dirigidos a los niños deben cumplir una serie de premisas con el fin de no confundir a los menores. Así, la publicidad en términos generales de acuerdo con las normas jurídicas y con los códigos de autorregulación debe: identificarse como tal (principio de autenticidad u honestidad) ^[11], diferenciarse claramente de los contenidos de entretenimiento (principio de identidad) ^[12], ser leal con sus competidores para no confundir a los consumidores (principio de lealtad) ^[13], ser veraz (principio de veracidad) ^[14] y respetar la ley ^[15], así como los valores y derechos reconocidos por la Constitución. Obviamente, las exigencias jurídicas en relación con estas premisas deben adaptarse al público al que va dirigido el mensaje en concreto.

2.2. Contenido de los mensajes

Los contenidos que reciben los menores desde los medios deben favorecer su integración y su crecimiento, siendo preferibles los mensajes que fomenten la tolerancia, la igualdad, etc. y no recomendables aquellos que fomentan la discriminación, los de carácter violento, los que incluyen mensajes contra el medio ambiente, los que pueden llevar a los menores a ponerse en situaciones de riesgo o los que generan ciertas expectativas de éxito o amistad por el simple hecho de adquirir un determinado producto o servicio.

a) Mensajes discriminatorios.- La información o publicidad dirigida a menores nunca debe incluir mensajes discriminatorios hacia otras personas por razón de su raza, nacionalidad, religión sexo u orientación sexual, ni que atenten contra la dignidad de la persona (art. 10 Código de Conducta Publicitaria (CCP)). Se hace especial hincapié en evitar los mensajes que discriminan a la mujer, los que le dan un rol de inferioridad o de servilismo, así como los que presentan la imagen de la mujer cosificada sin que exista una relación directa con el producto anunciado (Art. 73. LGCA). Con esta premisa se pretende evitar que los menores se creen una imagen de la sociedad lejos de la realidad ^[16].

b) Mensajes Violento.- Los mensajes dirigidos a menores no deben incitar a los niños a la violencia ni deben sugerir que actuar violentamente puede conllevar ventaja alguna (art. 6 CCP). No deben inducir al menor a provocar daño físico o moral ni a sí mismo ni a terceros (art. 3b) Ley General de Publicidad (LGP).

c) Contra el medio ambiente.- Debe evitarse mostrar cualquier conducta que pueda alentar comportamientos que perjudiquen el medio ambiente (art. 12 CCP). Es más, los mensajes deben mostrar la necesidad de ser respetuosos con el medio ambiente como parte de su aprendizaje social.

d) Mensajes peligrosos.- No se debe presentar a los menores en situaciones peligrosas ni favorecer que las vean como normales por el peligro que supone que las puedan imitar (art. 7.3 LGCA) ^[17]. Caso diferente es cuando se utiliza el recurso del miedo -como una estrategia- para prevenir conductas peligrosas en los menores (art. 5 CCP), situación en que su uso será legítimo.

e) No generar falsas expectativas.- Los anuncios no deben generar en los menores expectativas de éxito, amor, amistad o triunfo por el mero hecho de adquirir un producto determinado. Los mensajes no deben crear falsas expectativas en relación con la adquisición de fortaleza, estatus, popularidad, crecimiento, habilidad e inteligencia. Tampoco "deben sobrestimar el nivel de habilidad o el límite de edad de los niños para poder disfrutar o utilizar los productos" (Art. 28 CCP).

Del mismo modo, no se podrán emitir mensajes publicitarios que "promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética" (art. 7 LGCA). Tampoco debe lanzarse este mensaje desde series o programas de entretenimiento para estas edades tempranas.

f) No incitar directamente a la compra.- La publicidad no debe incitar directamente al menor a la compra de un bien o servicio explotando su inexperiencia o incredulidad o persuadiendo a los padres o tutores de los menores (Art. 3.b) LGP y Art. 7.3 LGCA). También se considerará desleal, por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convezan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados (Art.30 Ley de Competencia Desleal (LCD)).

Debe considerarse que los menores, por su falta de experiencia y su credulidad, deben ser protegidos de manera excepcional. Se entiende que un consumidor medio es una persona "normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz" (artículo 3.5 CCP), pero un niño carece de esas características, por lo que "la publicidad dirigida a los niños deberá ser extremadamente cuidadosa. La misma no deberá explotar la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad natural de los niños o adolescentes, ni abusar de su sentido de la lealtad" (Art.28 CCP).

g) No mentir ni exagerar sobre las características reales de los productos. - Con el fin de no defraudar la ilusión de un niño respecto al producto que quiere comprar, es importante que la publicidad no induzca a error sobre las características del producto. Esto debe ser aplicado en función de la edad del niño al que va dirigido el producto, pero, en cualquier caso, esta publicidad debe indicar claramente "tamaño real, valor, naturaleza, durabilidad y rendimiento del producto anunciado" (Art. 28 CCP y Art. 7.3 LGCA). También es necesario indicar claramente si el producto necesita elemento no incluidos para su funcionamiento (como pilas), o para conseguir un resultado igual al que ve el niño (por ejemplo, pintura) (art. 28 CCP).

Es necesario que quede claro qué encontrará al comprar el producto, cómo es el producto anunciado en realidad y qué se requiere para su utilización.

h) Mensajes contra la salud.- Nunca debe incitarse a los menores a tener comportamientos que puedan ser nocivos para su salud (artículo 29 CCP). En este sentido, no son admisibles los mensajes y/o anuncios que promuevan el culto a la extrema delgadez.

i) Mensajes que promuevan comportamientos ilegales.- No podrán difundirse mensajes para menores que promuevan comportamientos ilegales como el consumo de estupefacientes o de alcohol, así como conductas no apropiadas para menores (artículo 7 CCP).

j) Sexo.- La publicidad y los programas dirigidos a niños no deben incluir mensajes ni imágenes de sexo explícito ni mostrar a los menores conductas de carácter sexual, como se recoge en los Códigos de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia (artículo 9.2 CCP).

k) Lenguaje.- El tipo de lenguaje que se utiliza en los medios condiciona el mensaje de los menores, por ello tienen que ser un lenguaje claro evitando ser técnicos, obsceno, exagerado, bélico o ambiguo (Art. 9.2 Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia).

2.3. Derechos que asisten a los niños como consumidores de publicidad

Los niños, como ya apuntamos más arriba, tienen derecho a la información veraz. Podemos decir, pues, que tienen derecho a que la publicidad que se les muestre sea veraz, muestre los productos reales y la información relevante. Asimismo, tienen derecho a que se cumplan las normas respecto a horarios protegidos y mensajes prohibidos.

En cuanto a los órganos encargados de la protección de los derechos de los menores frente a la publicidad, son muchos tanto públicos como privados. Así, si la vulneración tiene que ver con contenidos publicitarios podrá acudir a la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), al Instituto Nacional de Consumo, a los organismos autonómicos de protección de los consumidores, a las asociaciones de consumidores y usuarios, a los juzgados y

tribunales, al Defensor del Menor (en las Comunidades Autónomas en las que existe), al Defensor del pueblo (en aquellas Comunidades en las que no existe la figura del defensor del menor).

En caso de incumplimiento, como hemos visto, se puede optar por la vía judicial o por la vía del autocontrol, la vía judicial suele reservarse para los casos más graves, como los referidos al incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios referidos a bebidas alcohólicas, productos sanitarios peligrosos, juegos de azar... (art. 5.6 LGP) o para aquellas actuaciones que impliquen la comisión de un delito, como las que supongan publicidad ilícita por engañosa (artículo 282 Código Penal (CP): "Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos"). En todo caso, no existiendo delito o grave violación de los derechos, lo más habitual es recurrir a los órganos de autocontrol de la publicidad para resolver los conflictos relativos a la publicidad.

Si se produce un incumplimiento de estas normas de autorregulación, el ciudadano puede recurrir a Autocontrol de la Publicidad a través de un correo a esta Asociación de forma gratuita.

En el caso de la televisión y los menores también se puede reclamar los contenidos publicitarios además de contenidos no apropiados para los menores en televisión, a través del formulario online en el sitio del Código de Autorregulación de contenidos de TV e infancia en el sitio <http://tvinfancia.es/tvinfancia/content/reclamaciones>. Las reclamaciones interpuestas llegan directamente a Autocontrol de la publicidad en donde el Jurado dará la resolución al asunto en cuestión.

2.4. El niño como consumidor de servicios y productos publicitados

Queremos hacer aquí una breve referencia a la situación en la que un niño no es simplemente un observador de la publicidad, sino que pasa a ser consumidor de un servicio de los publicitados. Solo recordar y advertir sobre el hecho de que no se pueden recabar (ni tratar) los datos de los menores de 14 años sin consentimiento (directo y expreso) de los padres o tutores legales. Tampoco se podrán recabar ni tratar los de los menores mayores de 14 sin su consentimiento (directo, expreso e informado). Cuando nos movemos en el medio analógico tradicional todo es más controlable, pero si nos encontramos en el medio digital, las comprobaciones y aseguramiento de los derechos de los niños se hace en ocasiones difícil. Es por ello por lo que deben exigirse verdaderos medios técnicos de verificación, como la introducción de DNI válido (obligatorio en España desde los 14 años) y/u otros mecanismos efectivos de control.

En el caso de producirse una vulneración del derecho a la protección de datos, el órgano competente para resolver será la Agencia Española de Protección de Datos.

En el resto de las cuestiones relacionadas con los menores como consumidores de servicios publicitados (honor, intimidad, propia imagen, etc...), los órganos competentes para resolver las demandas presentadas será lo tribunales ordinarios.

2.5. La edad como criterio limitativo en publicidad

Como no podía ser de otro modo por lo que venimos apuntando, la edad se establece como un criterio limitativo del mensaje publicitario. Y como es obvio, este límite varía en función de las diferentes etapas evolutivas de los menores y se afectará de diferente manera a los productos determinados.

A) Los niños.- No hay un claro consenso en las leyes referidas a la publicidad en torno a qué sujetos se encuentran en su infancia (para unos serán considerados niños los menores de 12 años ^[18], mientras que para otros serán los menores de 14 ^[19]). Por su parte, el Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes muestra tres franjas diferentes de edades hasta 7 años, entre 7 y 14 años y entre 15 y 18 años, de entre las cuales requerirán de una especial atención y cautela las dos primeras franjas de edades en relación al producto publicitario, el diseño del mensaje y las circunstancias en que se lleve la difusión del mensaje. Así pues, en lo que sí existe acuerdo es en el entendimiento de que los niños deben estar especialmente protegidos frente a los mensajes publicitarios, dadas "sus características de inmadurez, credulidad, facilidad de persuasión y sugestión resulta especialmente vulnerable". Si bien, obviamente, el control será mayor cuanto menor sea la edad del público objetivo y habrá una mayor permisibilidad en aquellos mensajes dirigidos a preadolescentes y adolescentes por entender que tienen un mayor discernimiento.

Para algunos sectores muy concretos, niños son todos los menores de 18 años, sin distinguir otras franjas. Son aquellos sectores cuyos productos o servicios son específicos para adultos como las empresas alcoholeras ^[20], las dedicadas a los juegos de azar, etc.

En este sentido, llama especialmente la atención el sector de la cerveza por ser tremendamente exquisita la protección que hacen del menor, ya que no se queda en los mensajes publicitarios, sino que alcanza, incluso, a la regulación de quiénes pueden o no aparecer en los anuncios publicitarios de cervezas (con o sin alcohol). Su código indica que "sólo podrán utilizar actores que tengan al menos 21 años" permitiendo identificar con la representación que es un producto para personas adultas (Art. 4).

B) Preadolescente.- Los preadolescentes (12-14 años) como edades de interés para la difusión de la publicidad quedan recogidos en la LGCA para diferenciar a los menores que son susceptibles de las franjas horarias de protección reforzada. Éstos se entienden mayores de 13 años. El artículo 7 de la LGCA dice "Los contenidos calificados como recomendados para mayores de 13 años deberán emitirse fuera de esas franjas horarias, manteniendo a lo largo de la emisión del programa que los incluye el indicativo visual de su calificación por edades".

El Código PAOS (de corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud), por su parte, indica que se considerarán menores hasta los 12 años en los medios audiovisuales e impresos, y hasta 15 años en Internet, porque que tienen una menor experiencia y una mayor credulidad e ingenuidad.

El Sistema de calificación por edades de productos audiovisuales del Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, coloca la preadolescencia entre los 12 y los 15 años, identificando como adolescencia la franja entre los 16-18.

C) Adolescentes.- El Sistema de calificación por edades de productos audiovisuales del Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia indica claramente como edad adolescente más de 16 y hasta los 18 años.

D) Adultos.- Ciertos contenidos publicitarios solo pueden ser emitidos en horario no protegido, en aras de proteger a los menores de conductas típicamente adultas o de contenidos que incluyan violencia, sexo, etc...

Así pues, no se podrá insertar publicidad de cerveza y de bebidas espirituosas en televisión hasta que arranquen los informativos de la tarde/noche y, en ningún caso, antes de las 20:30 horas. La publicidad de cerveza sólo podrá insertarse en aquellas franjas horarias, programas o secciones cuyas audiencias estén compuestas, al menos en un 70%, por mayores de 18 años -o así quepa esperar de manera razonable- (art. 10 Código de Autorregulación Publicitaria de FEBE (Federación Española de Bebidas Espirituosas) y Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España).

En el caso de los videojuegos los que están "recomendados para mayores de 18" se emitirán fuera del horario de protección de menores, es decir, entre las 22:00 y las 6:00 horas (Directrices de Buenas Prácticas Publicitarias de Productos de Software Interactivo) y los que están "recomendado para mayores de 16 años" no podrán emitirse en horario de protección reforzada. Durante la franja de protección reforzada, se evitará que la publicidad de productos de software interactivo clasificados como "recomendados para mayores de 12 años" incluya imágenes, sonidos o contenidos que puedan ser inadecuados para esa edad (art. 14 Directrices de Buenas Prácticas Publicitarias de Productos de Software Interactivo).

En cuanto a la publicidad de juegos de azar, la norma es muy estricta con los anuncios y autopromociones de las actividades de juego de ruleta, punto y banca, black Jack o póquer, que solo podrán emitirse entre la 1:00 y las 5:00 a.m. mientras que los anuncios y autopromociones de bingo, las apuestas mutuas y otras apuestas podrán emitirse en horario normal siempre que sea fuera de las franjas de protección reforzada. Los anuncios y autopromociones de concursos incluidos en un programa cuya calificación por edades no sea "no recomendado para menores de dieciocho años", de loterías con efecto diferido, de juegos complementarios y de rifas no tendrán restricciones horarias siempre y cuando no sean emitidas junto o insertadas en programas dirigidos específicamente al público infantil (Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego, art. 8).

Especiales restricciones encuentran los contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias, que solo podrán emitirse entre las 22 horas y las 7 de la mañana (Códigos de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia).

2.6. Limitaciones a Sectores específicos

Una vez vista la importancia de proteger a los niños de ciertos contenidos publicitarios, vamos a centrarnos en productos especialmente significativos.

a) Medicamentos.- Los medicamentos nunca podrán dirigirse exclusiva o principalmente, a niños (artículo 6 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se Regula la Publicidad de los Medicamentos de Uso Humano).

b) Los espectáculos.- "La publicidad de espectáculos cinematográficos, teatrales o de cualquier otra índole, que contenga imágenes obscenas o expresiones contrarias a la moral y buenas costumbres, solamente podrá efectuarse en el interior de los locales en que se celebren legalmente dichos espectáculos. Queda, en consecuencia, prohibida dicha publicidad en el exterior de los locales, vallas publicitarias, carteleras informativas o publicitarias de los periódicos y demás medios de comunicación social, si bien podrá efectuarse en publicaciones cuya venta se realice en los establecimientos a que se refiere el artículo tercero" (art. 1, Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre Regulación de Determinadas Actividades Inconvenientes o Peligrosas para la Juventud y la Infancia).

c) El juego.- Se prohíbe toda la publicidad de juego dirigida a los menores con el objeto de prevenir conductas adictivas (artículo 1, Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego). No se permiten anuncios en los que (Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego) aparezcan menores, se incite a menores al juego o se atribuyan valores al juego de azar a la madurez.

No se permite: que aparezcan niños en los anuncios de juegos de azar, que se dirijan a menores de 18 años, que se sugiera que los menores pueden jugar o realizar apuestas, que se presente el juego como un regalo que un niño puede dar o recibir, etc. Tampoco se puede incitar directamente o indirectamente a los menores a la práctica del juego, ni utilizar figuras con las que el menor tiene una especial relación de confianza como sus padres, profesores u otras personas. Tampoco se mostrará la práctica del juego como una señal de madurez o signo de haber alcanzado la edad adulta.

d) Los juguetes.- De los juguetes se deben diferenciar dos aspectos de un lado la seguridad de los juguetes y, de otro, la publicidad de los juguetes.

En cuanto a la seguridad del juguete se deberá indicar claramente para qué edad está recomendado y especificar que debe mantenerse fuera del alcance de los menores de la misma (Art.3 de la Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la Seguridad de los Juguetes). En especial los juguetes que contengan sustancias o mezclas peligrosas advertirán de su peligrosidad e indicarán las precauciones que deberán adoptar los usuarios para evitar los peligros que entrañan, que deberán especificarse de manera concisa en función del tipo de juguete.

En cuanto a la publicidad en sí misma, debe huirse de todo lo que pueda confundirlos sobre la naturaleza comercial del mensaje (norma ética 21 y 16). Para ello, deben incluirse leyendas o mensajes sonoros comprensibles por los niños (lenguaje adaptado, velocidad de las letras adecuado para su nivel de lectura, y tamaño de las letras sobreimpresa adecuado; norma ética 14). Asimismo, debe explicarse bien al niño las características el juguete y todo lo relativo al montaje (normas éticas 8 y 9), al funcionamiento (norma ética 7), a si necesita o no pilas, si van incluidas, información sobre los accesorios (norma ética 11) y, en definitiva, aclarar todo lo necesario para evitar cualquier decepción en el niño cuando adquiera el juguete.

No deben generar estereotipos de género, ni deben aparecer prescriptores ^[21] ni líderes de opinión que creen en los niños una sensación de confianza y seguridad en el producto (20 Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes (CAPIJ), tampoco deben exaltar positivamente conceptos como el racismo, la violencia, la agresividad, el peligro... (Art. 33 CAPIJ), no deben crear falsas expectativas en el niño en relación a que la adquisición del producto o juguete le proporcionará mayor fortaleza, estatus, popularidad habilidad, inteligencia... (Art. 4 y 8 CAPIJ), no debe incitar al consumo dado que el menor no tiene suficiente madurez para tomar decisiones de compra y palabras como "ahora o solo" puede inducirles a la compra (17 y 18 CAPIJ) ni a través de expresiones como "de regalo" o "gratis" (23 CAPIJ).

e) El tabaco.- La publicidad de tabaco está prohibida en nuestro país. Solo se puede publicar dentro de los estancos y en revistas especializadas del sector destinadas adultos ^[22].

f) Bebidas alcohólicas.- Se prohíbe que la publicidad de estos productos se dirija a menores o que aparezcan menores en los anuncios (de hecho hace falta tener 21 años para aparecer en los de cerveza o 25 para protagonizar un anuncio de bebidas de alta graduación). Se recalca que la publicidad de este tipo de productos no debe dar a entender que su consumo es un signo de madurez y que el no beber es un síntoma de inmadurez. En los spots no se podrá utilizar ni diseños ni personajes de ficción vinculados con el público menor de edad para atraer su atención. Ni se podrá distribuir material promocional diseñado para el público infantil y menores de edad (Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España, Art. 4 Código de Autorregulación del Vino y Art. 10 FEBE).

g) La alimentación.- La regulación de la publicidad de productos alimenticios es muy estricta de cara a fomentar una alimentación o hábitos saludables o, al menos, a no fomentar lo contrario (Código PAOS).

El Código PAOS es especialmente cuidadoso o exigente en relación con los mensajes orientados a menores. Así, este tipo de publicidad no podrá inducir a error sugiriendo que el producto alimenticio que se está promocionando posee características particulares – si, en realidad, todos los productos similares poseen tales características- (art. 6). Tampoco podrá incitar a los menores de hasta 12 años a la compra/consumo del producto, ni incitarles a que pidan o persuadan a sus padres o a otras personas para que compren los productos anunciados (art. 10). Ni evocar un sentimiento de inmediatez o exclusividad (art.11). Ni indicar “solo” o “nada más” (art. 13). Además, deberán observarse todos los principios publicitarios a los que nos referíamos en el apartado segundo de este trabajo, como la necesidad de que el lenguaje utilizado sea comprensible para este público (art. 9), que no dé a entender que consumir un producto significará que el niño se hará más fuerte, más popular, más hábil o más inteligente (art. 5 y 12), o que el padre o madre -u otro adulto- que le compra ese producto a un niño es mejor padre o mejor persona, más inteligente o más generoso que el que no lo hace (art.10).

Solo podrán aparecer personas reales o de ficción de gran popularidad entre los menores si es para promocionar en campañas de salud o educativas.

h) Los videojuegos.- La Directriz de Buenas Prácticas Publicitarias de Productos de Software Interactivo se refiere a la difusión y exhibición de la publicidad de los videojuegos. Hay una regulación exhaustiva en relación con el medio de difusión. Así, cuando la difusión se realiza en televisión, los que están “recomendados para mayores de 18” se emitirán fuera dentro del horario de protección de menores, es decir, entre las 6:00 y las 22:00 horas (Directrices de Buenas Prácticas Publicitarias de Productos de Software Interactivo) y los que están “recomendado para mayores de 16 años” no podrán emitirse en horario de protección reforzada. Durante la franja de protección reforzada, se evitará que la publicidad de productos de software interactivo clasificados como “recomendados para mayores de 12 años” incluya imágenes, sonidos o contenidos que puedan ser inadecuados para esa edad (art. 14 Directrices de Buenas Prácticas Publicitarias de Productos de Software Interactivo). Si el medio es la radio, los videojuegos “recomendados para mayores de 18” en radio durante, inmediatamente antes o inmediatamente después de programas específicamente dirigidos o cuya audiencia esté principalmente constituida por menores de edad (art. 15). Y en los medios impresos no podrá difundirse publicidad de videojuegos “recomendados para mayores de 18” ni en páginas impresas que contengan artículos, reportajes o informaciones especialmente dirigidas a un público mayor de edad (art. 16).

En la red tampoco podrá haber publicidad de videojuegos “recomendados para mayores de 18”, en portales, sitios, áreas o secciones dirigidos a menores de edad o cuya audiencia mayoritaria esté compuesta por menores de edad (art. 18); ni “recomendados para mayores de 16 años” o “recomendados para mayores de 12 años” en portales, sitios, áreas o secciones dirigidos a menores de 16 o de 12 años respectivamente o cuya audiencia mayoritaria esté compuesta por menores de dichas edades. En el cine (art.18) no podrán anunciarse videojuegos “recomendados para mayores de 16 años” o “recomendados para mayores de 18 años” sólo podrá acompañar a largometrajes o películas para mayores de 18 años -esto es, películas calificadas como “no recomendadas para menores de 18 años”-(art. 18).

No se podrá publicitar en publicidad exterior videojuegos “recomendados para mayores de 18 años” ni exponerse en carteles, vallas y otros medios de publicidad, que estén a menos de 100 metros lineales respecto de la/s puerta/s de acceso de los Centros Educativos de enseñanza infantil, primaria y secundaria (art. 20). La publicidad directa, así como, el envío de folletos, publicidad gráfica y otros soportes publicitarios de productos de software interactivo clasificados como “recomendados para mayores de 18 años” a un consumidor o conjunto de consumidores determinados se dirigirá en todo caso a personas mayores de edad y, a tal efecto, en su presentación exterior se hará constar el nombre de la persona mayor de edad a la que se dirige e incluirá la leyenda “No válido para menores”.

La leyenda podrá ser “recomendado para mayores de 18 años”, “recomendado para mayores de 16 años”, “recomendados para mayores de 12 años”, “recomendado para mayores de 7 años” o “recomendado para mayores de 3 años”. 3. No se repartirán folletos o similares de productos de software interactivo clasificados como “recomendados para mayores de 18” ni “recomendados para mayores de 16 años” en el interior o en las inmediaciones de los Centros Educativos de enseñanza infantil, primaria y secundaria.

3. El menor como actor publicitario

Además de las situaciones expuestas, puede darse el caso, al hablar de niños y publicidad, que aquellos se sitúen al otro lado de la cámara. En este caso habrá que atender a: las normas sobre trabajo y

contratación infantil; normas contrarias a la aparición de menores en cierto tipo de anuncios (caso en que aparecer junto a marcas o productos determinados pueda tener consecuencias negativas para la imagen del menor, llegando, incluso, a vulnerar su derecho al honor). Es decir, que cuando se habla de proteger a los niños en el ámbito publicitario, no solo hay que referirse a sus derechos en el entorno laboral, sino también a sus derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen).

Ámbito laboral: Como norma general, se prohíbe el trabajo a los menores de 16 años (Art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET)), aunque se deja un resquicio legal por el que se justifica la contratación de niños para trabajos publicitarios: "La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados" (Art. 6.4 ET).

Aunque la excepcionalidad no suele tenerse en cuenta, sí suelen exigirse una serie de estrictas normas en defensa de los derechos del menor (estas pueden variar en función de la Comunidad Autónoma, pues se recogen en los convenios colectivos de actores). Algunas de ellas son: Se precisa de la autorización de los padres o tutores (y del menor mayor de 7 años con madurez suficiente). Debe ser previa, expresa y por escrito; habrá que firmar un contrato laboral específico; se precisa la autorización de la Consejería de Trabajo de la Comunidad Autónoma correspondiente; el trabajo no puede suponer un peligro físico para el menor; el trabajo no puede suponer un peligro para la integridad moral del menor; los menores deben ser dados de alta en la Seguridad Social.

Junto a estas normas, existen otras más concretas respecto al trabajo de los niños. Lo ideal es que se recogieran en el Convenio Colectivo Regulador de las Relaciones Laborales entre Productores de Obras Audiovisuales y Actores que prestan su servicio en las mismas (de la Comunidad de Madrid, en este caso), pero lo cierto es que en él hay referencia alguna a los niños. No obstante, no parece errático considerar que, por analogía, pudieran aplicarse las normas recogidas en el V Convenio Colectivo de Actores de Teatro de la Comunidad de Madrid, sector que sí regula las condiciones de trabajo de los niños. Entre las exigencias que recoge, destacan algunas como que el menor tiene que estar acompañado por una persona de su familia o por un adulto que lo vele por sus intereses y atienda sus necesidades durante el rodaje, que el trabajo del menor no puede interferir en su horario escolar, que la jornada máxima de un niño será de 5 hora, siendo obligatorio un descanso de 30 minutos, que los menores solo pueden participar en una función al día, que no pueden aparecer en escenas violentas, pornográficas o en espectáculos no aptos para menores o que el salario será el que le corresponda, sin que puedan hacerse diferencias por cuestión de edad, pues caso contrario se consideraría discriminatorio.

Las autoridades competentes que deben velar por el cumplimiento de estas normas y la protección de los menores son los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, siendo la Dirección General de Trabajo y la Inspección de Trabajo, las entidades encargadas de comprobar que las actividades de los menores se desarrollan dentro de la legalidad. Si esto no fuera así, pueden llegar a imponerse multas -a los padres o a las empresas, dependiendo de quién sea considerado causante del abuso- que oscilan entre los 3.000 y los 90.000 €.

Ámbito de la personalidad: Más grave es cuando el niño se ve afectado en sus derechos de la personalidad (honor, intimidad y/o propia imagen). Así, para evitar que esto ocurra, es necesario tomar ciertas precauciones, como: conocer a priori los planos, tipos de imágenes, ropa que llevará el menor, look, datos reales que se darán de él, etc.... Además, hay que tener claro que el consentimiento se presta para cada campaña concreta y debe ser renovado cada vez, no pudiendo ser extensible el consentimiento a otras diferentes. Y esto porque estamos en el ámbito de los derechos fundamentales.

Como medio de protección reforzada, la Ley de Protección Jurídica del Menor exige que se informe al Ministerio Fiscal cuando la imagen de un menor vaya a ser emitida a través de un medio de comunicación y exista peligro de vulnerar alguno de estos derechos. En caso de conflicto, las autoridades competentes para resolver las demandas serán los tribunales ordinarios.

3.1. Edad

En la ley no se recoge referencia alguna a que sea preciso tener una edad mínima para ser contratado para publicidad. Será preceptivo, no obstante, el consentimiento de los padres o representantes legales del menor, así como de él mismo si tuviera la madurez suficiente y, en cualquier caso, siempre que tenga más de 7 años. No obstante, el Convenio Colectivo de actores de teatro de la Comunidad de Madrid, se aplica solo a los niños a partir de 4 años.

3.2. Obligaciones

Como en cualquier otra relación laboral/contractual, el menor (si su edad lo permite) y sus padres o representantes legales son responsables del cumplimiento del contrato y deberán responder en caso de incumplimiento.

Además, es importante tener en cuenta que es preceptivo un doble consentimiento: el de los padres (que deben velar por el bien de sus hijos) y el de los menores (mayores de 7 años), que podrán decidir si quieren o no participar en un anuncio. Con esto se pretende evitar que su participación responda más a los intereses de sus padres o tutores que de él mismo. En caso de que exista un conflicto de intereses, será la Fiscalía la encargada de velar por los intereses del menor.

3.3. Contratos

La normativa común que rige los contratos publicitarios se fundamenta en los principios de rapidez y buena fe. Prima el principio de libertad de forma, pero lo más habitual es que se hagan por escrito (en el caso de menores el permiso debe ser por escrito, con lo que entendemos que el contrato debe adquirir esta forma).

Cosas a tener en cuenta: Antes de firmar un contrato publicitario, es imprescindible leerlo bien y preguntar cualquier duda. Hay que evitar firmar cláusulas generales o demasiado genéricas. Así, deben quedar claros extremos como: en qué consistirá el anuncio, a quién va dirigido, cuál es el producto que se publicita, cómo irá vestido o peinado el menor... Además, debe quedar claro que el padre o responsable del menor y que podrá estar presente en las grabaciones.

Si el niño va a participar en varias campañas, lo mejor es firmar un contrato diferente para cada actuación del menor.

4. El menor como creador de contenidos

En los últimos tiempos estamos asistiendo a un nuevo fenómeno mediático que es el protagonizado por los *influencers*, los blogueros y demás personas que adquieren notoriedad por sus apariciones en Internet.

Sus páginas son visitadas por miles de personas y cuentan con gran cantidad de seguidores. Son personas con credibilidad para los internautas y las marcas se han fijado en ellos por la influencia que pueden llegar a tener en los consumidores. Las marcas se han dado cuenta de que a través de estas personas tienen más posibilidades de acceder a ciertos nichos de consumidores. Son denominados *influencers* por esa influencia que tienen sobre el público en general y sobre los posibles consumidores en particular. Muchos de ellos son menores de edad, grupo que nos interesa especialmente.

En ocasiones, estas personas hablan de ciertos productos (para bien o para mal) por voluntad propia, pero otras veces son las marcas las que provocan esos contenidos. Unas veces a través de contrato y otras muchas por el hecho de enviarles sus productos a modo de regalo con la esperanza de que aparezcan en sus blogs, en sus videos de YouTube o en sus páginas web.

El tratamiento jurídico es diferente en ambos casos, aunque debemos advertir de que si se produjo el envío del producto con intención de que lo publicitara, podría llegar a considerarse como relación contractual, si bien lo normal es que en este caso exista un contrato por escrito.

En el caso que nos ocupa, la protección debe ser en una doble dirección: por un lado, la protección de los derechos del menor *influencer* y por otro, la de los menores a los que se dirige con sus mensajes publicitarios. En relación con estos últimos, será de aplicación todo lo dicho en el apartado 2. "Los niños frente a la televisión: "cómo les venden la moto", prestando especial atención a que al provenir un mensaje de un igual y por tanto poder darles más credibilidad, habrá de ponerse el máximo cuidado en la protección de sus derechos. Para ello, debe partirse de la obligación que pesa sobre el *influencer* de informar sobre que está haciendo publicidad, cuando así sea. Debe estar claro que el mensaje es publicitario y qué producto se está publicitando (la marca). Reiteramos la idea de que los niños tienen menos capacidad para identificar los diferentes tipos de contenidos, con lo que debe quedar muy claro, que se trata de publicidad. Además, hay que tener en cuenta, que la responsabilidad por el incumplimiento de esta norma recaerá sobre el *influencer*.

Así pues, tanto en televisión como en vídeos emitidos en las redes sociales se debe identificar claramente que se trata de publicidad y que es diferente del contenido informativo o de entretenimiento. Para ello, el mensaje publicitario debe incluir imágenes y sonidos claramente identificables para que el consumidor o usuario identifique inequívocamente, que se trata de un contenido publicitario. Deberá incluir un cambio en el tipo de letra, títulos, subtítulos y la marca del anunciante. (Ver art. 5 del Código

de Confianza on line). De hecho, si no se hace así se entenderá que es publicidad encubierta, dado que "se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario" (Art. 26 LCD). Esto es relevante porque si no se actúa correctamente, es posible que los menores no sepan diferenciar el mensaje publicitario de un mensaje informativo o de entretenimiento. Si esto ocurriera, podría el niño atribuir a aquél la objetividad y neutralidad que tienen los mensajes informativos o de entretenimiento pero que no tiene los publicitarios.

4.1. Derechos del menor *influencer*

Hemos de partir de la idea de que la situación del menor varía en función de su edad y, en consecuencia, de la madurez que tenga. Así, los mayores de 14 años cuentan con una mayor autonomía dado que ya pueden autorizar el tratamiento de sus datos y, por tanto, darse de alta en redes sociales. Si bien es cierto que ciertas redes no exigen una edad determinada o la edad es inferior, la normativa española no permite autorizar el tratamiento de datos a los menores de 14, con lo que, en este caso, se precisará la autorización de los padres o tutores legales.

Debe existir un contrato por escrito donde se especifiquen todo lo que tendrá que ver con la actividad publicitaria del menor y la marca (tipo de mensajes, tiempo, repeticiones, ambiente, etc...). El contrato suele ser mercantil (del tipo arrendamiento de obra o servicio) sin que exista una relación laboral. Por tanto, el menor se obliga a lo que ponga el contrato y responde legalmente (junto a sus padres, tutores...) por el incumplimiento de cualquiera de las cláusulas.

El menor tiene derecho a una remuneración que será la pactada y que podrá ser en dinero o en regalos. Es importante tener en cuenta que los regalos también tienen valoración económica y que, por tanto, no tienen por qué estar exentos de obligaciones fiscales. También es relevante atender al hecho de que el dinero obtenido por el menor debe ser para él, aunque los padres puedan disponer de una cantidad, pero no de todo. Así se recoge en el código civil, cuando dice: "Pertenece siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno sólo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones" (art. 165 del Código civil).

En caso de incumplimiento o vulneración de los derechos del menor, actuará la Administración competente en materia de inspección de trabajo, o los juzgados y tribunales ordinarios si las vulneraciones son de otro tipo.

4.2. Obligaciones del menor *influencer*

Como norma general, hay que recordar que los mayores de 14 años son penalmente responsables de sus actos y los padres o tutores son responsables solidarios en el ámbito civil de las actuaciones de sus hijos.

Es conveniente hacer este recordatorio porque cuando un niño se pone frente a una cámara corre el peligro de vulnerar derechos ajenos con o sin conocimiento de ello (si bien el desconocimiento no excluye la culpa):

Es responsable de cumplir las condiciones pactadas en el contrato.

Es responsable del cumplimiento de las normas básicas sobre el mensaje publicitario (identificación del mensaje, veracidad, no degradar otras marcas...).

Está obligado a cumplir con las obligaciones fiscales que devengan de su retribución.

Es responsable de la vulneración del honor de otros: Tanto si se trata de otras marcas como de terceras personas, el menor será responsable de los insultos que profiera contra ellos. En este caso podrá responder en base a la LO 1/82 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, o en el ámbito penal si su conducta fuera constitutiva de delitos de injurias o calumnias.

Es responsable de la vulneración de la intimidad de otros: El menor no puede revelar datos que se refieran a la vida íntima de otras personas sin consentimiento de estas. El hacerlo podría suponer la violación de su derecho a la intimidad. Si además los datos que se divulgan se refieren a un menor, la conducta se considerará más grave, dada la extrema protección de que son titulares los niños.

Es responsable de la vulneración del derecho a la propia imagen de otros: No podrá difundir imágenes de terceras personas sin consentimiento de estas. El hacerlo podría suponer la violación de su derecho a la propia imagen. Si además las imágenes que se divulgan son de un menor, la conducta se considerará más grave, dada la extrema protección de que son titulares los niños.

Es responsable de los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal ^[23].

Es responsable de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de otros. No puede usar contenidos (videos, fotos, frases, música...) creados por otro sin su consentimiento. Debe utilizar contenidos originales o conseguir el permiso correspondiente por usarlos. En este punto cabe hacer unos breves apuntes: no todo lo que parece que es gratis lo es realmente (por lo que hay que cerciorarse) y lo que es gratis para ciertos usos (particular, docencia, etc...) no suele serlo para ser utilizado con fines publicitarios y/o lucrativos. Aunque el contenido sea gratis, si se conoce el autor, hay que reconocer su autoría, pues una cosa es utilizar una obra ajena y otra muy diferente apropiársela. Los derechos morales permanecen al autor, aunque los patrimoniales se cedan.

Hay que tener en cuenta, además, que las conductas ilícitas (especialmente las consistentes en difundir insultos, imágenes, datos personales o mensajes de odio y xenofobia) llevadas a cabo a través de Internet son especialmente graves (lo que supondrá una agravación de la pena) por la gran difusión que estas ofensas tienen en poco tiempo.

Sería deseable que se incluyera en el canal o en la página del menor algún medio que facilitara la denuncia de contenidos ilícitos. Esto, fundamentalmente, para intentar que el daño sea el menor posible (aunque una vez que se difunde algo por la red es incontrolable).

5. Normativa aplicable

La normativa aplicable es amplia y farragosa, como venimos viendo. Además, la que deba aplicarse dependerá de en qué situación (rol) se encuentra el niño. En el ámbito del mensaje publicitario será de aplicación: Ley General de Publicidad, Ley de Competencia Desleal, Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, Ley General de la Comunicación Audiovisual, etc.: en cuanto a las relaciones contractuales habremos de atenernos a lo que dice el Estatuto de los trabajadores, Código de Comercio, Código Civil, Código Mercantil, etc.; si nos referimos a la vulneración de derechos de autor: Ley de Propiedad Intelectual o Ley de Propiedad Industrial y, si de lo que se trata es de resolver un conflicto con los derechos de la personalidad, se acudiría entonces a la letra de la L.O 1/82, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, La Ley de responsabilidad Penal del Menor, Ley de Protección Jurídica del Menor, el Código Penal, Código Civil, etc.

Además, serán de aplicación los Códigos de Autorregulación. En caso de un posible incumplimiento de normas publicitarias, el ciudadano puede recurrir a Autocontrol de la Publicidad a través de un correo a esta Asociación de forma gratuita.

6. Conclusiones

Como hemos mostrado a lo largo del trabajo, las normas que regulan la publicidad cuando los menores entran en juego, son muchas y muy variadas. Normas jurídicas y normas sectoriales, normas nacionales, normas autonómicas, normas que regulan derechos, normas que recogen obligaciones, códigos de autocontrol... Gran cantidad de leyes, principios y prescripciones que convierten casi en épico poder escalar qué debe aplicarse en cada situación concreta, pues hace muy complicado abarcar toda la complejidad que encierra un tema como el que nos ocupa. Así pues, consideramos que es esencial trabajar en la línea de conseguir una regulación unificada de la publicidad y los menores. Es necesario contar con regulación específica sobre todos los extremos que afectan a los niños en el mundo publicitario y que, por ende, resuelva la especial situación de los niños *influencers*.... El objetivo de la existencia de una regulación unitaria y específica no es otra que la de proteger adecuadamente los derechos de los menores en los diferentes papeles que puede ocupar ante el fenómeno publicitario. (Martínez-Pastor, Vizcaino-Laorga, Serrano-Maillo y Nicolás, 2017) Es necesario simplificar la normativa para facilitar su conocimiento por parte de todos. Y esto porque conocer la ley facilita su cumplimiento y, sobre todo, una mayor eficiencia en la defensa de los derechos de nuestros niños.

7. Bibliografía

[1] Acebal, L. (2010). Los derechos del niño. *Temas para el debate*, 191, 40-42.

[2] Cardona, J. (2016). *Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.

- [3] Fernández, M. B. (2017). La protección pública de los menores. En X. O'Callaghan, *La reforma del derecho de la persona y de la familia. Jurisdicción Voluntaria y protección a la infancia y a la adolescencia* (pp. 225-258). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- [4] Gil, A. M. (2015). *¿Privacidad del menor en Internet?* Madrid: Thompson Reuters Aranzadi.
- [5] Hart, H. (1982). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford: Oxford.
- [6] Lozano, A. (2016). El niño como persona y su relación con los derechos del niño. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 11, 1-17. <https://doi.org/g2mg>
- [7] MacCormick, N. (1988). Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos. *Anuario de filosofía del derecho*, 5, 293-306. <https://bit.ly/3AQnq03>
- [8] Marta, C. (2005). *La televisión en la mirada de los niños*. Madrid: Alfaguara.
- [9] Martínez, J. (2015). La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 198 – 206. <https://bit.ly/2Z1Znyh>
- [10] Martínez-Pastor, E.; Vizcaíno-Laorga, R.; Serrano-Maillo, I. y Nicolás, M.A. (2017). *Guía: Los niños ante la publicidad*. Madrid: Universidad Complutense.
- [11] Rocha, M. (2015). La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 43-86. <https://bit.ly/2Z5p0yu>
- [12] Sánchez, S. (2006). Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. En S. Sánchez (Coord.) *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales* (pp. 10-18). Valencia: Tirant lo Blanch.
- [13] Sillero, B. (2017). Interés superior del menor y responsabilidades parentales compartidas: criterios relevantes. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, 6, 11-40. <https://bit.ly/2Xo7nZX>
- [14] VV.AA. (2016). *Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi.

Notas

- MARTA LAZO, Carmen: La televisión en la mirada de los niños. Alfaguara, 2005. En esta obra, la autora expone el proceso que los niños sufren ante la televisión. "El niño pasa de receptor a perceptor crítico y perceptor participante".
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: "Los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978", en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (COORD.) *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2006, p. 30 ni siquiera se plantea la opción de que los menores puedan ser titulares de derecho, cuando pregunta: "¿quiénes son en España, además de los españoles mayores de edad, los titulares de los derechos fundamentales?"
- HART, H. L. A: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*, Oxford, 1982.
- MacCormick: "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", en *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 5, 1988, p. 294 dice: "una lista exhaustiva de los derechos que tienen los niños, pero no siento ninguna dificultad en afirmar que tienen derechos"
- Convención Sobre los Derechos del Niño (1989) (preámbulo, párrafo 9): "Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño, Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento..."
- VV.AA. *Tratado del Menor, la protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, en p. 74 y 75 dice: "el fundamento único y exclusivo de la menor edad reside en la inmadurez en todos los órdenes (...) del menor de edad, que le impide valerse por sí mismo y le hace necesitado de la ayuda y protección de otros".
- Parágrafo II del preámbulo de la L.O 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

8. Art. 1 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: "Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales"

9. Art. 1903 Cc: "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

10. Art. 13 De la Convención de los Derechos del Niño: "1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la Ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas."

11. Art. 9 Ley General Publicitaria: Identificarse como tal: "Los anunciantes deberán (...) desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios". Este principio también se recoge en el Código de Conducta publicitaria cuando dice "La publicidad será identificable como tal sea cual sea su forma o el medio utilizado" (art. 13), al igual que el Código Ético de Confianza Online: "En la publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia el anunciante deberá ser claramente identificable a través del nombre de la empresa o la marca anunciada, de forma tal que claramente identificable a través del nombre de la empresa o la marca anunciada, de forma tal que sus destinatario puedan reconocerlo y ponerse en contacto con él sin dificultades". (Art. 4)

12. Art. 9 Ley General Publicitaria: Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad". Art. 26 de la LCD y art. 13 Ley General Comunicación Audiovisual: "La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial"

13. Art. 20 Ley Competencia desleal: "En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios"

14. Art. 7.3 Ley General Comunicación Audiovisual: "La publicidad "no 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". En esta misma línea se pronuncia el Código de Conducta Publicitaria cuando dice que "la publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquélla que de cualquier manera induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios". (Art. 14.1)

15. Art. 3.a) Ley General Publicitaria: "Es ilícita "La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4". Este mismo principio y en los mismos términos aparece recogido en el Código de la Conducta Publicitaria, que dice: "la publicidad ha de respetar necesariamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen" (Art. 11)

16. Son ilícitos "los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, 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 la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género".

17. Art. 3 b) LGP): "No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas"

18. Códigos PAOS

19. Real Decreto 1205/2011, de 26 de agosto, sobre la seguridad de los juguetes y Código ético de confianza online.

20. Ver, por ejemplo, Código de autorregulación publicitaria de cerveceros de España, el Código de autorregulación publicitaria de las Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)

21. Por prescriptores deben entenderse padres, profesores, presentadores de programas infantiles o personajes reales o de ficción reconocidos por los menores, así como, películas o series de ficción

22. Art. 18.3 LGCA.

23. *Artículo 510 CP*: 1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad. (...) c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas (...). 2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier (...) b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona (...). 3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas. (...). 5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente. 6. (...). En los casos en los que, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.