



“MAMÁ, QUIERO SER YOUTUBER”: UNA REALIDAD SIN REGULAR

“MOM, I WANT TO BE A YOUTUBER”: AN UNREGULATED REALITY

SILVIA DURÁN ALONSO

UCAM Universidad católica San Antonio de Murcia, España

KEYWORDS

YouTube
Internet
Minors
Authority of father
ICT
Shareting
Marketing

ABSTRACT

The objective of this study is to determine the legal regime of the activity of minors as content creators on YouTube. The duty of their parents to intervene in said activity, and of the platforms themselves, which should exercise greater control, to avoid risks for minors derived from their overexposure, will also be examined. Likewise, it is also necessary to regulate the control of the economic benefits that the activities of minors on the Internet may imply, as well as the duties of parents in terms of supervising.

PALABRAS CLAVE

YouTube
Internet
Menores
Patria potestad
TIC
Shareting
Marketing

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es determinar el régimen jurídico de la actividad del menor de edad como creador de contenido en YouTube, así como del deber de intervención de sus progenitores en dicha actividad, y de las propias plataformas, que deberían implantar un mayor control, para evitar riesgos sobre los derechos de los menores derivados de la sobreexposición de los mismos. Igualmente, es también necesaria una regulación del control de los beneficios económicos que pueden implicar las actividades de los menores en internet, así como de los deberes de los progenitores en cuanto a supervisión de dichas actividades.

Recibido: 01/ 07 / 2022

Aceptado: 10/ 09 / 2022

1. Introducción

El permanente desarrollo tecnológico es una de las principales características de nuestra sociedad actual. En consecuencia, se considera absolutamente normal la intervención de menores de edad en las diferentes redes sociales, al tratarse de generaciones que han crecido en permanente contacto con esta cultura tecnológica. De hecho, son conocidos como “nativos digitales” (Prensky, 2001), y manejan desde muy corta edad todo tipo de dispositivos con acceso a internet. Así, conforme al “Informe Ditrendia: Mobile en España y en el Mundo 2016”, en España, niños de 2 y 3 años utilizan con frecuencia los teléfonos móviles de sus progenitores para jugar o ver vídeos. Además, el 98% de menores españoles de entre 10 y 14 años poseen un smartphone para uso propio¹, y acusan a menudo una fuerte dependencia de estas nuevas tecnologías, ya que, a esas edades, la ausencia de perfiles en las distintas redes sociales puede llegar a implicar incluso cierta exclusión, por considerarse positivo el uso de estas a nivel de interacción social (Martínez-Rodrigo y Martínez-Cabeza, 2018). Todo ello se debe, en gran parte, a un uso generalizado de tablets y teléfonos móviles con acceso a internet, cada vez con más funcionalidades (Organista et al., 2013), que permite a los menores ser partícipes de las distintas plataformas disponibles, también como creadores de contenido. De entre ellas, destaca YouTube como una de las más populares entre los menores de edad, al permitirles compartir públicamente vídeos de forma relativamente sencilla, encontrándonos en algunos casos incluso con perfiles de menores con un gran número de seguidores.

En definitiva, internet condiciona inevitablemente la forma de vivir y relacionarse de nuestros niños y adolescentes: interactúan constantemente, no solo entre amigos, sino con terceros a los que no han visto nunca, y no únicamente a través de mensajes escritos, también publican o se remiten vídeos o fotografías. Esta forma de actuar no debería suponer ningún peligro, pero lo cierto es que puede implicar determinados riesgos (Barrio, 2014) –por ejemplo, que faciliten de forma pública determinados datos personales², que contacten con ellos desconocidos, incluso adultos, con intenciones poco convenientes, o que los propios menores lleven a cabo amenazas o expresiones vejatorias, o sean víctimas de las mismas-, con el problema añadido de que existe un escaso control sobre el consentimiento o la edad de los suscriptores por parte de las distintas plataformas, y a menor edad, normalmente, menor conocimiento del menor sobre las opciones de privacidad de la red. Además, muchas veces, los progenitores ignoran el alcance real de los posibles riesgos del inadecuado uso de la red por el menor, y tampoco en los centros educativos suelen formar a los menores en el uso responsable de internet.

Y es que, a través de internet, los menores pueden hacer pública no solo su imagen, también su lugar de residencia, dónde estudian o los sitios que frecuentan, lo que es arriesgado por el acceso por parte de terceros a esta información. Asimismo, pueden hacer manifestaciones imprudentes, consecuencia de su juventud, que generen polémica o respuestas masivas de distintos usuarios de la red o plataforma, que podrían derivar muy rápidamente en una situación de ciberacoso. A ello hay que añadir que, subido un determinado contenido a la red, el usuario pierde completamente el control sobre el mismo, al ser posible que otros lo descarguen y compartan o utilicen libremente, incluso mucho tiempo después de haberse subido, pudiendo emplearse para desprestigiar a su autor. Además, no debemos olvidar la “viralidad”, variable de origen incierto, que supone que un contenido subido a internet puede ser “viralizado” si origina una fuerte impresión, que puede ser buena o mala, entre los usuarios de la red o plataforma (Martínez-Rodrigo y Martínez-Cabeza, 2018), multiplicándose sus reproducciones al ser compartido masivamente, lo que dará lugar a un incremento de los riesgos antedichos.

Centrándonos en la plataforma YouTube, cada vez son más numerosos los menores de 14 años con canales abiertos. En nuestro país, encontramos muchos con más de 1000 reproducciones, cifra importante ya que es a partir de ahí que se permite la inserción de publicidad, según veremos (Las Ratitas o Mikel Tube, por ejemplo). Y, en la otra cara de la moneda, también la inmensa mayoría de los menores de 14 años acceden a Internet desde los múltiples dispositivos existentes en sus hogares, y son consumidores de contenido de YouTube desde edades muy tempranas³. Ante esta nueva realidad, diversas marcas y productos ven en esta vía un efectivo medio de publicidad, habida cuenta la confianza natural que un niño generará en otro de su misma edad (Ramos y Herrero-Díaz, 2016). Esto nos lleva a un problema esencial, que es el hecho de que se utilice para fomentar el consumo infantil a youtubers populares, que recomiendan marcas o productos, sin advertir que estamos ante un anuncio publicitario.

2. Método

En España, según veremos, es preciso ser mayor de 14 años para poder abrir un canal en YouTube, si bien encontramos muchos canales de menores de esa edad, para lo cual necesitan el consentimiento de sus progenitores –en ocasiones, éstos no solo consienten, sino que incluso participan en el mismo-. Como también será objeto de

1 Disponible en <https://ditrendia.es/wp-content/uploads/2016/07/Ditrendia-Informe-Mobile-en-Espa%C3%B1a-y-en-el-Mundo-2016-1.pdf>

2 Como sucedió cuando se divulgó por el youtuber menor de edad Paul Ferrer el número de teléfono personal de Miquel Montoro, también menor y youtuber. Al respecto: <https://www.publico.es/sociedad/proteccion-datos-youtubers-divulgan-numeros-telefono-consentimiento-multados-20-millones-euros.html>

3 A este respecto, pueden consultarse los estudios de Livingstone, Mascheroni y Staksrud (2015), o Garmendia, Jiménez, Casado y Mascheroni (2016).

análisis, si el canal de un menor de edad (sea o no mayor de 14 años) tiene éxito, se interesarán por el mismo distintas agencias de publicidad, o empresas para comercializar sus productos, lo que dará lugar a que la actividad del menor como creador de contenido pueda generar pingües beneficios económicos, si bien implicará, al mismo tiempo, una sobreexposición pública del niño, con los consecuentes riesgos derivados de la misma, a los que ya se ha hecho referencia, razón por la cual este tipo de plataformas deberían implantar un control mucho más riguroso, en orden a evitar dichos riesgos sobre los derechos de los menores (honor, intimidad, propia imagen) consecuencia de la referida sobreexposición.

El objetivo del presente estudio es determinar el régimen jurídico de la actividad del menor de edad como creador de contenido en YouTube, así como las obligaciones de sus progenitores o tutores, en relación a dicha actividad del menor. Igualmente, veremos que es también necesaria una regulación del control de tales beneficios económicos derivados de las actividades de los menores en internet, así como de los deberes de los progenitores o tutores en cuanto a la supervisión de dichas actividades, o la gestión de los eventuales ingresos.

A estos efectos, la metodología empleada se basa en un análisis de la situación actual, centrándonos en la regulación nacional, que cuando hablamos de derechos de los menores en relación con las nuevas tecnologías, se encuentra dispersa entre numerosos textos legales, examinando también soluciones ofrecidas por el derecho comparado –como la Ley COPPA estadounidense o la reciente ley francesa de 19 de octubre de 2020, sobre la explotación comercial de la imagen de niños en plataformas en línea-.

Y es que, en definitiva, es tarea del legislador proporcionar la necesaria seguridad en esa materia, garantizando que se informe adecuadamente a los progenitores o tutores de los menores youtubers, o a éstos, si tuvieran la madurez suficiente, de sus derechos y de las herramientas de defensa de los mismos, en caso de que se vieran vulnerados de alguna forma. Además, es necesario que se garantice suficientemente la comprobación de la edad del menor y la validez de su consentimiento, incluyendo una labor de control de los contenidos, incluso aunque éstos vengan autorizados por los progenitores, así como de los beneficios económicos derivados de la actividad del niño.

3. Resultados: ¿a qué atenemos? Regulación legal en España, vinculación contractual y opciones de derecho comparado

3.1. Validez del consentimiento del menor de edad en el ámbito digital

En lo que se refiere al consentimiento que debe prestar el menor en el ámbito de una plataforma o red social, al ceder sus propios datos, y a la validez del mismo, el artículo 1263 del Código Civil establece que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados, de lo que podríamos deducir que no le es posible a ningún menor prestar consentimiento válido para obligarse⁴. No obstante, dicha regla general se encuentra acotada en virtud del artículo 2.1, 2º párrafo de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), conforme al cual “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del niño”. Tal interpretación restrictiva a la que se refiere el precepto suele ampararse en el criterio de la madurez del menor, conforme se desprende del propio artículo 162 del Código Civil que, aunque establece que los progenitores ostentan la representación legal de sus hijos menores, también fija una excepción a la misma: “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. En consecuencia, tomando tal madurez en consideración, el niño podrá prestar un consentimiento válido si nos encontramos ante un negocio jurídico cuyo contenido y alcance pueda comprender. Un ejemplo de negocio de este tipo podría ser, en efecto, el consentir para darse de alta en una plataforma –como YouTube- o en una red social.

Ahora bien, pese a los preceptos citados, el criterio de la madurez indicado no resulta operativo, a la hora de hacer depender exclusivamente de la misma la validez del consentimiento prestado por un menor para acceder a una plataforma o a una red social, debido a que, en la práctica, sería complejo comprobar de forma individual que cada menor que preste su consentimiento a tales efectos ostenta la madurez suficiente para ello. En este sentido, a nivel europeo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 abril 2016, relativo a la protección de las personas físicas, en lo relativo al tratamiento de datos personales, dispone que los menores podrán consentir por sí mismos el tratamiento de sus datos personales respecto de servicios de la sociedad de la información (entre los que se encuentran los distintos servicios de internet) a los 16 años (de modo que un menor de dicha edad requeriría el consentimiento de sus progenitores o tutores). Si bien, los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior, nunca de menos de 13 años. A este respecto, en nuestro país, el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (Real Decreto 1720/2007) establece (artículo 13) que esa edad límite será de 14 años. Además, según el mismo precepto, la información sobre el tratamiento de sus datos a los propios menores se hará en un lenguaje fácilmente comprensible por aquéllos. En definitiva, en España un menor de 14 años, para darse de alta y ceder el tratamiento de sus datos personales a una determinada plataforma

⁴ Si bien existen excepciones a dicha regla en el propio articulado del Código Civil, como la relativa capacidad para otorgar testamento a los mayores de 14 años, contenida en su artículo 663.

o red social, necesita el consentimiento de sus progenitores o tutores.

El referido artículo 13 del Real Decreto 1720/2007 ha sido objeto de diversas críticas, porque parece contravenir al artículo 162 CC, ya referido, que fija el criterio de la madurez del menor. Algunos autores no entienden que exista dicha contradicción, al considerar que lo que el legislador ha hecho es fijar en los 14 años esa madurez suficiente para consentir de forma válida el acceso a una red social, de modo que se establecería, a favor del mayor de 14 años, una presunción *iuris tantum* de madurez (Batuecas, 2015). Otros, por el contrario, refieren que establecer el límite de tal consentimiento en los 14 años es absolutamente arbitrario, ya que se ha fijado esa edad como podía haberse establecido cualquier otra (Andréu, 2013). Independientemente de la postura que se considere más acertada, lo cierto es que el establecimiento de una edad mínima para considerar válido el consentimiento prestado, como hace nuestro legislador, es un criterio no sólo más sencillo, sino, sobre todo, más objetivo. A ello hay que añadir que “no podemos caer en un exceso de paternalismo que suprima la autonomía de los menores, algo necesario para el desarrollo de su personalidad, aunque parece razonable exigir a las redes sociales a restringir al máximo grado de privacidad el acceso a los perfiles de los menores, y limitar el número de amigos” (Troncoso, 2012, p. 73).

Por otra parte, y dejando al margen la cuestión de cuál sea la edad establecida legalmente para consentir válidamente el acceso a una plataforma o red social, no debemos olvidar que hablamos de menores de edad, y por eso, el legislador debería fijar los mecanismos oportunos para que responsables de redes sociales y plataformas de internet estuvieran obligados a adoptar las medidas que fueran necesarias, a fin de asegurarse de que aquéllos que consienten el acceso tienen, efectivamente, la edad mínima exigida para ello. A tales efectos, podría el legislador imponer multas u otro tipo de sanciones para el caso de que se detectara que se ha permitido a un menor de la edad mínima darse de alta. Estas medidas estarían justificadas, ya que los administradores de redes o plataformas podrían comprobar la edad de los usuarios de una forma relativamente sencilla, puesto que nuestro Documento Nacional de Identidad electrónico incluye un certificado de autenticación⁵, y con ello el administrador puede conocer tanto la identidad del que consiente como su edad. Por ello, sería suficiente con obligar legalmente a los administradores de plataformas o redes sociales a verificar la edad de todo aquél que preste su consentimiento para darse de alta a través del certificado de autenticación vinculado a su DNI, siempre con carácter previo a autorizar la correspondiente inscripción.

En cualquier caso, pese a las ventajas del criterio de la edad que sigue el legislador, debemos tener en cuenta que, en todos los ámbitos que afecten a menores, habrá que estar siempre al principio general del interés superior del niño. Tal interés superior es un concepto jurídico indeterminado⁶, que requiere una valoración de las circunstancias que concurran en cada caso. Al respecto, el art. 2.2.a) LOPJM establece que se tomará en consideración el desarrollo integral del niño, así como la satisfacción de sus necesidades (materiales y emocionales), para interpretar cualquier norma jurídica conforme al indicado interés superior del menor⁷, debiendo apreciarse éste con carácter preferente, frente a otros intereses en juego (García, 2020). Aplicando este principio general a la cuestión que nos ocupa, si un mayor de 14 años consintiera su acceso a una plataforma o red social ignorando, por falta de efectiva madurez, el alcance real de ese consentimiento o los posibles efectos de su actuación, dicho principio del interés superior del menor, debido a su carácter preferente, podría justificar la falta de validez de tal consentimiento que se prestó sin la autorización de sus progenitores, pese a tener el menor más de 14 años.

En este sentido, el artículo 4.3 LOPJM define como “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”. Conforme a ello, si determinado acceso a una plataforma o red social hubiera dado lugar a un ataque contra el derecho al honor de un mayor de 14 años, aunque éste hubiera emitido un consentimiento, en principio válido, dicho consentimiento podría dejarse sin efecto por esta causa, siendo en principio aplicable la norma en cuestión a aquéllas intromisiones ilegítimas que se produzcan a través de internet, atendiendo a la referencia de la misma a los “medios de comunicación” (Martínez Martínez, 2013). Además, el art. 4 LOPJM legitima al Ministerio Fiscal, incluso de oficio, es decir, sin necesidad de previa solicitud o informe del interesado, a iniciar acciones legales para salvaguardar el interés de un menor perjudicado, aunque éste tuviera madurez suficiente para emitir un consentimiento válido, en atención al principio del interés superior del niño, si se hubiera producido un ataque contra el honor del menor, consecuencia de una intromisión ilegítima en sus derechos (De lama, 2006). De este modo, habida cuenta lo

5 https://www.dnielectronico.es/PortalDNIe/PRF1_Cons02.action?pag=REF_430

6 Al respecto, la STS 582/2014 de 27 de octubre 2014 (Roj: STS 4243/2014) lo considera como „un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultura; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales“.

7 Conforme al artículo 2.1 LOPJM, “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

anterior, serán los tribunales los que deberán resolver sobre si el consentimiento emitido por el menor es o no válido, una vez instadas por los propios progenitores, o por el Ministerio Fiscal, en su caso, las correspondientes acciones dirigidas a defender el derecho al honor del menor; ello aunque éste tenga más de 14 años, si el ataque a sus derechos fundamentales (honor, intimidad, propia imagen) es consecuencia de su intervención en una determinada plataforma o red social, o se debe a un uso indebido de sus datos, imágenes u opiniones publicadas en la misma (Platero y Acedo, 2016).

3.2. Marco jurídico de la actividad de un youtuber menor de edad: la “profesionalización” del menor

Tanto a nivel internacional como nacional, encontramos numerosos cuerpos legales dirigidos a la protección de los menores de edad, si bien la incesante evolución tecnológica da lugar, muchas veces, a que el legislador vaya un paso por detrás de las nuevas necesidades que surgen. En el ámbito supranacional, destacan tratados como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual, en el artículo 17.3, hace referencia a los requisitos de la información dirigida a menores (que debe evitar contenidos violentos o sexistas). A nivel europeo, podemos citar la Directiva 2010/13/UE de servicios de comunicación audiovisual, con parte de su contenido dirigido a la protección de menores de edad consumidores de este tipo de comunicación.

En cuanto a nuestra legislación nacional, debemos hacer referencia a la reciente Ley Orgánica 8/21 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, cuyo Capítulo VIII del Título III, dedicado a las nuevas tecnologías (artículos 45 y 46) fomenta el uso seguro y responsable de internet por parte de los propios menores, así como sus familias, educadores y demás profesionales que trabajen con menores de edad. Así, establece la necesidad de llevar a cabo campañas educativas sobre los riesgos derivados de un mal uso de Internet que puedan derivar en que un menor sea víctima de ciberbullying, grooming, ciberviolencia o sexting. Se indica, además, que las administraciones públicas instarán la creación de mecanismos de control parental a efectos de proteger a los menores del riesgo de exposición a contenidos y contactos nocivos, así como de mecanismos de denuncia y bloqueo. También se establecen nuevos tipos delictivos, relativos a conductas cometidas empleando las TIC, con graves riesgos para la vida y la integridad de menores edad.

Con carácter más general, no dirigidas específicamente a la protección de menores, también son relevantes en el ámbito que nos ocupa la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, cuyo artículo 3 dispone que aquella publicidad dirigida a menores incitándolos a la adquisición de un bien o servicio, prevaleciendo de su credulidad o falta de experiencia propia de su edad, tendrá la consideración de ilícita (Selva-Ruiz y Martín, 2019). Esta legislación debería aplicarse por analogía al nuevo fenómeno publicitario que es YouTube: en la plataforma no se diferencian claramente, la mayoría de las veces de forma consciente, los contenidos publicitarios de los de mero entretenimiento, de modo que no se sancionan conductas que sí están proscritas en los medios tradicionales, como prensa o televisión, cuando lo cierto es que se debería ser incluso más riguroso, habida cuenta la facilidad y ausencia de control con que los menores acceden a estos contenidos. En definitiva, los contenidos publicitarios deberían identificarse claramente como tales, dejando constancia de que el youtuber los promociona previo pago o regalo de la empresa correspondiente (Martínez, 2019).

Siguiendo a 5Rights⁸ – organización benéfica no gubernamental sin fines de lucro con actividad internacional⁹–, debe reconocerse a los menores el derecho y facilitárseles los medios para interactuar con el mundo digital, no solo en calidad de usuarios o consumidores, sino también como creadores de contenido. Al mismo tiempo, ya encontramos con que niños y adolescentes integran una cuota de mercado, en ocasiones con cierta disposición económica, cuyas preferencias de consumo deben ser tenidas en cuenta (Bringé, 2001). Algunos de esos creadores de contenido consiguen llegar a miles de personas, lo que, habida cuenta los intereses que esa multitud de seguidores genera a efectos de publicidad, da lugar a la profesionalización del youtuber, considerado como aquél que “se dedica a grabar videos de forma amateur en un principio y profesionales una vez que van recibiendo cantidades indigentes de suscriptores y que mejoran la calidad y contenido de sus videos” (Rego y Romero-Rodrigo, 2016, p.198), es decir, se trata de una persona que, por medio del contenido audiovisual que genera, influye en actitudes o conductas de aquéllos que le siguen (Sáez y Gallardo, 2017) -de ahí que también se los conozca en ocasiones como influencers-. El impacto que tiene entre los menores esta plataforma y los que en ella participan es tal que en la XV Encuesta ¿Qué quieres ser de mayor? de Adecco España, la profesión de YouTuber ocupa la cuarta posición¹⁰.

Este hecho ha dado lugar a que marcas y agencias publicitarias se interesen por estos canales que tienen al frente a un youtuber menor de edad, habida cuenta que, por contraposición a las vías publicitarias tradicionales, estos medios nuevos generan una mayor confianza en los niños a los que los productos van destinados. Así pues, las empresas ofrecen a estos menores youtubers sus productos, para que éstos los muestren o utilicen en sus vídeos, llegando en ocasiones a perfeccionarse un contrato con fines publicitarios, con la intervención de los

8 https://5rightsfoundation.com/uploads/uncrc/5Rights_ChildrensReport_Online_Spanish.pdf

9 <https://5rightsfoundation.com/about-us/>

10 Ascende a un 6,1 % de los niños consultados a los que, en un futuro, les gustaría ser ‘youtubers’ profesión que lleva pocos años con visibilidad en esta encuesta, pero que va ascendiendo puestos en las sucesivas ediciones. <https://www.epdata.es/datos/quieres-ser-mayor-estudio-adecco/117>

progenitores del menor (Cremades García, 2021). Esto se debe a que, como se ha adelantado, los niños tienden a consumir esos productos exhibidos en vídeos realizados por otros niños y específicamente dirigidos a esta audiencia (Aran-Ramspott, Fedele y Tarragó, 2018). Observando el contenido de los vídeos que suelen llevar a cabo estos menores youtubers, realmente no se contrata por la marca o empresa un espacio publicitario al uso, sino que lo que se pretende es que el menor al frente de un concreto canal de YouTube, que cuente con un número elevado de seguidores o suscriptores, presente a éstos un concreto producto. A cambio de publicar ese contenido en su canal, el menor percibe una contraprestación.

Pues bien, pese a lo frecuente de este tipo de transacciones, y de su influencia en los propios consumidores finales de los productos que se ofrecen en estos canales, España no regula estas operaciones de forma concreta o específica. Generalmente, nos encontraremos ante un contrato mercantil, de obra y servicio por cuenta propia, normalmente caracterizado por la independencia respecto de la marca, e incluso por la falta de exclusividad. Se trata de un contrato atípico, en el que, en cada supuesto concreto –es decir, sin requisitos mínimos exigibles– se regularán las condiciones de promoción del producto por parte del menor youtuber. Así pues, en ningún caso se establece una relación laboral entre las partes, siendo de aplicación la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que en relación a los menores, dispone en su artículo 9 que “los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares”, si bien, dice también el precepto que “en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos” habrá que estar a lo indicado en el art. 6.4 del Estatuto de los Trabajadores. Conforme a éste último, “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”. Es decir, en efecto, nuestra legislación no contempla expresamente el caso de estos niños que exhiben productos con fines publicitarios en redes sociales, aunque interpretando la norma conforme al espíritu de la misma, podríamos considerar estos preceptos aplicables a estas nuevas formas de exhibición de los menores.

En el caso expuesto, la propia plataforma no intervendría en el contrato, sino que las partes del mismo serían el menor –representado por sus progenitores o tutores– y la empresa o marca que pretende dar visibilidad a un producto. Ahora bien, YouTube cuenta también con el denominado “Programa para Partners”, conforme al cual los youtubers pueden obtener beneficios económicos directamente desde la plataforma, gracias a los anuncios publicitarios que YouTube inserte en sus vídeos. Si bien, no toda persona con canal abierto puede participar en dicho programa, sino que se establecen unos requisitos mínimos: en primer lugar, no se concede a través de la plataforma la opción de beneficiarse del programa en tanto se consigan 1.000 suscriptores y 4.000 horas de visualización de los del canal vídeos en total, en los últimos 12 meses (requisito de audiencia mínima). En segundo lugar, deberán cumplirse las políticas de monetización de la plataforma, que pasarán por crearse una cuenta en la plataforma de Google AdSense¹¹, donde recibirá su parte en los beneficios que resulten de la publicidad inserta en sus vídeos. Además, deberá encontrarse en un país o región en que el programa esté disponible (García, 2021). En el concreto caso de la posibilidad de participar en este programa un menor de edad, encontramos que es necesario tener más de 18 años para participar en AdSense, de modo que los menores de esa edad, para monetizar sus vídeos tendrán que vincular “la cuenta de Google a una cuenta de AdSense que esté aprobada (de un padre o tutor mayor de 18 años)”¹². Estamos, en este caso de recepción directa de beneficios desde la plataforma, también ante un contrato mercantil, siendo el contenido más importante del mismo que el youtuber percibe el 55% de los beneficios económicos derivados de la publicidad que la plataforma ha insertado en sus vídeos, siendo el 45% restante para YouTube. Ahora bien, cabe destacar la existencia de una cláusula conforme a la cual “YouTube no estará obligado a mostrar anuncios junto a tus vídeos y podrá decidir el tipo y formato de anuncios disponibles”¹³, es decir, el youtuber no tiene margen de decisión a este respecto (Arnaiz, 2019).

El éxito de los canales de YouTube dirigidos por menores de edad se debe a que el público infantil se ve reflejado en esos menores, y se siente más identificado con ellos que con un adulto (Montes, García y Menor, 2018), circunstancia que es aprovechada por marcas comercializadoras de productos dirigidos a menores de edad –en especial, juguetes–, empleando dichos canales para publicitarlos (Elorriaga y Monge, 2018). Y es que detrás de estos menores youtubers hay, en muchas ocasiones, intereses principalmente económicos, al obtenerse beneficios elevados a costa de exponer a un menor públicamente. Tampoco podemos olvidar a los progenitores del menor, que en última instancia controlan la gestión de los ingresos percibidos. En definitiva, se está empleando la imagen del menor para obtener ganancias, y en muchos casos no se están tomando en consideración las repercusiones que el desempeño de esta actividad por el niño puede tener, a nivel social o incluso cognitivo, a largo plazo (Tur-Viñes, Núñez y González, 2018), sino que se está instrumentalizando al menor por sus progenitores para obtener ingresos, pudiendo llegar a verse el niño obligado a desempeñar una actividad que pasa de ser un entretenimiento

11 Se trata de uno de los productos de publicidad de Google, cuyo objeto es permitir a los creadores de contenido obtener beneficios económicos derivados de la inserción de anuncios en sus vídeos, ya sean de texto, gráficos, vídeos, etc. <https://support.google.com/adsense/answer/6242051?hl=es>

12 Google AdSense: “Quiero monetizar mis vídeos, pero han rechazado mi solicitud por ser menor de edad”, <https://support.google.com/adsense/answer/2533300?hl=es>

13 Términos del Programa de Partners de YouTube del Anexo II A (tercer párrafo).

a un trabajo, y eso es lo que debería controlarse legalmente –y a este fin se adoptan diversas medidas por la ley francesa de 19 de octubre de 2020, según se expondrá a continuación, ejemplo que debería seguir el legislador español-.

3.3. Derecho comparado

En Estados Unidos fueron pioneros en materia de protección de los menores de 13 años y del tratamiento de sus datos personales en Internet, con la aprobación, en 1998, de la *Children's Online Privacy Protection Act* -en adelante, COPPA- (Davara, 2017), que estableció los métodos a través de los cuales las empresas pueden recabar tales datos, abordando de forma exhaustiva sus obligaciones, siendo de aplicación a webs y demás servicios online dirigidos a menores, con poco margen para interpretar de forma flexible la normativa (Golob, 2015). Al respecto, se establece la necesidad de obtener, con carácter previo al uso de dichos datos personales del menor, el consentimiento de sus progenitores, debiendo además llevar a cabo un especial esfuerzo para asegurarse de que tal consentimiento existe en efecto, estableciendo diversos mecanismos para ello¹⁴. Además, la ley lo que establece son unos requisitos mínimos, de modo que los propios operadores pueden aprobar directrices más exigentes para proteger la privacidad de los menores -por ejemplo, sobre publicidad de datos o imágenes de los mismos- (García García, 2021).

En relación a los postulados de la COPPA, el 4 de septiembre de 2019 Google llegó a un acuerdo con la *Federal Trade Commission*¹⁵, en virtud del cual se obligaba al pago de 170 millones de dólares, consecuencia de un incumplimiento de la referida Ley por parte de YouTube, al recopilar información mediante el uso de cookies, para enviar publicidad a menores de trece años sin el preceptivo consentimiento de los progenitores. Como consecuencia de ello, a partir de enero de 2020 la plataforma ha introducido ciertos cambios en todos los países, no solo en EEUU, empezando por fijar determinadas obligaciones a cargo del youtuber, para asegurar el cumplimiento de la norma. Así, éste deberá clasificar el contenido creado, indicando si va dirigido a menores de edad. Además, la propia plataforma identificará automáticamente, a través de un sistema creado al efecto, si estamos ante un contenido dirigido a menores, no publicará anuncios personalizados dirigidos a público infantil, y por ende, no recogerá datos relacionados con intereses personales de dicho público. Si el youtuber no clasificara correctamente el contenido, la plataforma procederá a la eliminación de funciones esenciales del canal (como comentarios o suscripciones), sin perjuicio de imponer sanciones económicas. A tales efectos, YouTube ha establecido unas recomendaciones de comprensión de la Ley COPPA y asunción de responsabilidades legales por parte del creador de contenido (de Mendizabal, 2020). Todo ello implica que los canales de YouTube dedicados a niños han sufrido importantes modificaciones: por ejemplo, los suscriptores de un canal no reciben notificación si se sube un vídeo, se eliminan los comentarios, o los *likes*, así como los anuncios personalizados (se reduce a un anuncio, de hasta 20 que el youtuber podía incluir en un vídeo), disminuyendo con ellos sus ganancias¹⁶.

En cuanto al caso francés, el parlamento del país vecino ha aprobado recientemente la Ley n° 2020-1266, de 19 de octubre de 2020, sobre la explotación comercial de la imagen de menores de dieciséis años en las plataformas en línea, consecuencia de denuncias que venían efectuándose desde hace tiempo, en relación a los riesgos que implicaba la profesionalización de estos pequeños youtubers¹⁷, a efectos de hacer frente al uso de niños con fines comerciales, protegiendo así a los menores influencers franceses, estableciendo limitaciones en cuanto a sus horarios, ya que se les obliga a conciliar los tiempos de grabación con su horario escolar, y regulando el derecho al olvido: las redes sociales y plataformas deberán eliminar cualquier contenido si el menor lo solicita, incluso sin la autorización de sus progenitores (Cremades, 2021).

Además, se trata de evitar la explotación de los creadores de contenido menores de edad, también por parte de sus progenitores, otorgándoles la misma protección que a nivel laboral se atribuye a actores y modelos menores de edad. A tales efectos se ha reformado el código laboral francés, que establece que cualquiera que elabore un vídeo en que aparezca un menor de 16 años, incluidos sus progenitores, con el objeto de sacar un rédito económico a través de una plataforma digital, necesitará una autorización previa de la autoridad administrativa competente, o de lo contrario podrá ser sancionado. Asimismo, si de la difusión de contenidos en la red resultan ingresos superiores a los que, a tal efecto, se fijen por el Consejo de Estado, los progenitores estarán obligados a declarar tales actividades de sus hijos menores, además de consignar las cantidades que se establezcan en la *Caisse des dépôts et consignations*, donde se administrarán hasta la mayoría de edad del menor. Igualmente, los anunciantes de un producto que, a tales efectos, empleen un vídeo en el que aparezca un menor de 16 años, están obligados a comprobar si el beneficio económico derivado de la comercialización de dicho vídeo se destina al responsable de su emisión o a la cuenta bloqueada del menor, enfrentándose en caso de incumplimiento a

14 Apartado 312.5, "Parental consent", de la Ley COPPA.

15 Comisión Federal de Comercio de EE.UU.

16 <https://theobjective.com/further/lifestyle/2020-01-30/sin-comentarios-ni-likes-asi-es-la-nueva-ley-que-cambiara-los-canales-de-ninos-de-youtube/>

17 Así, en Francia, el Observatorio de Paternidad y Educación Digital (OPEN) denunció en su momento que "los vídeos realizados por los niños en el marco de los canales familiares de YouTube no son solo una actividad de ocio, sino también un trabajo hasta la fecha no supervisado". https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/05/23/les-chaines-youtube-familiales-epinglees-pour-travail-illicite-par-une-association_5303447_4408996.html.

sanciones económicas. Las plataformas como YouTube, deberán también informar de forma comprensible a los niños sobre sus derechos, así como sobre el impacto psicológico y legal que puede tener la publicación de su imagen (Sánchez y Peguera, 2020).

4. Discusión: actitudes y deberes de los progenitores respecto al youtuber menor de edad

4.1. Posibilidad de control al menor por el progenitor y necesidad de una adecuada formación en valores digitales

Siguiendo a Lasarte, puede definirse la patria potestad como “el conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo la guarda, protección y custodia de los padres” (2007, p. 393). Su contenido esencial lo encontramos resumido en el artículo 154 del Código Civil, que fija como deberes y facultades de los progenitores los de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Además, deberán representarlos y administrar sus bienes, al tener los menores restringida su capacidad de obrar.

En lo que respecta al contenido de la patria potestad, centrándonos en lo relativo al desenvolvimiento del menor en un entorno digital, los progenitores deben garantizar un uso responsable de internet por parte de sus hijos menores, salvaguardando sus derechos y fomentando el adecuado desarrollo de su personalidad (art. 84.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos). Incluido en el citado deber de educar a los menores y velar por ellos, centrándonos en el ámbito de las TIC, estaría justificado que los progenitores vigilaran las actividades desempeñadas por sus hijos menores en plataformas de internet y redes sociales, llevando a cabo el necesario control de su entorno digital. Así:

i) En lo que se refiere al deber cuidar a los hijos menores, y de velar por ellos, éste incluye una preocupación por los intereses niño, y también, claro está, por todo aquello relativo a sus actividades en la red, que los progenitores deberían conocer, así como adoptar medidas restrictivas en cuanto al acceso a internet, de ser esto necesario.

ii) En lo que respecta al deber de educar a los hijos menores y proporcionarles una formación integral, esto llevará consigo una activa participación en su desarrollo intelectual, así como en la transmisión de valores culturales, sociales y de respeto a los derechos propios y de los demás. En concreto, en relación con las TIC, deberán advertir a los niños de los riesgos del mal uso de internet, así como darles una adecuada educación en cuanto a una utilización correcta de la red.

En definitiva, el art. 154 CC impone una serie de obligaciones, que deberían poder ir acompañadas, aunque no se indique de forma expresa, de la posibilidad de ejercer en cierta medida un control suficiente sobre el menor y sobre su actividad digital, así como de adoptar, en caso necesario, las medidas restrictivas oportunas, aunque el menor tenga más de 14 años (Gete-Alonso, 2018). Si bien, pese a lo que indica la lógica, lo cierto es que, conforme a lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, al que ya se ha hecho referencia, parece que prima cierta restricción en cuanto a tales posibilidades de control parental, habida cuenta que la actividad del menor en internet puede considerarse como algo de lo que éste podría ocuparse por sí mismo, en atención a su nivel de madurez. Por eso, debemos determinar si, en efecto, los progenitores pueden ampararse en el ejercicio de la patria potestad para controlar la actividad de su hijo menor en internet.

En lo que se refiere a páginas o aplicaciones de Internet de carácter público o abierto, -como es YouTube-, el visionado de los vídeos por el progenitor (en aquellos supuestos, claro está, en que el propio progenitor no interviene en la creación del vídeo) no implicaría una inmisión no autorizada como tal, si bien, lo adecuado sería que el niño, antes de subir un vídeo, lo consultara con sus progenitores, a fin de que éstos pudieran valorar lo adecuado o no de su contenido, así como los eventuales riesgos de hacerlo público. Estaríamos hablando, además, de aquéllos supuestos en los que el menor al frente del canal tenga más de 14 años, ya que es en ese momento en el que podrá abrir una cuenta por sí mismo (en caso de ser menor de dicha edad, sí podrán los padres controlar directamente el contenido de la cuenta). El dilema lo encontramos cuando el mayor de 14 años está subiendo contenido que los padres consideran poco adecuado, o peligroso. En principio, y conforme a la literalidad de nuestro Código Civil, lo correcto es dialogar sobre ello con el menor, toda vez que, según el artículo 154 del Código Civil, si los hijos tienen madurez suficiente, deben ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Es preferible enfrentar el asunto dando la posibilidad al menor de participar en la solución al problema, que adoptar medidas más drásticas, que restrinjan el libre desarrollo de la personalidad del menor. Así, hay autores que insisten en que los progenitores deben centrar sus esfuerzos en dar a los menores una adecuada formación en cuanto al uso de internet, en lugar de establecer controles más estrictos, ya que es preferible “cibereducar” a los menores, transmitiéndoles la idea clara de que Internet no es un espacio libre de normas o de responsabilidades (Bueno de Mata et al., 2014).

Ahora bien, si los progenitores no lograran resolver el problema por la vía del diálogo, podrán, con

carácter previo a iniciar algún tipo de acción legal (y si no se ha obtenido resultado informando a YouTube del contenido inadecuado del vídeo¹⁸), solicitar a la propia plataforma información del menor, como la transmisión de las claves a efectos de gestionar la cuenta, ya que, aunque del art. 11.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos parece deducirse que sería necesario el consentimiento del adolescente para ceder sus datos a un tercero¹⁹, entre los supuestos en los que no es preciso dicho consentimiento se encuentra (apartado 2): „cuando la cesión está autorizada en una ley“. En consecuencia, si los progenitores perciben que su hijo menor se encuentra en algún tipo de aprieto, o está siendo objeto de acoso a través del canal de YouTube, o bien está subiendo contenido que, aunque no se considere inadecuado por la plataforma, los progenitores estiman que es perjudicial para el menor, podrán interesar la cesión de sus claves, aún sin el consentimiento del adolescente, ya que tal solicitud estaría justificada en el deber de los progenitores de velar por los intereses del menor, al amparo del art. 154 del Código Civil citado (si no se cedieran las claves por la plataforma, podrían, finalmente, emprenderse acciones judiciales al efecto).

Todo ello sin perjuicio del deber de control de la propia plataforma, dentro de sus posibilidades, para detectar si se ha producido una intromisión ilegítima en los derechos de un menor, y en caso de que así suceda, o de que se le haya reclamado en tal sentido, aplicar los protocolos oportunos, tales como cerrar el canal o eliminar el vídeo en cuestión. En cuanto a la posible responsabilidad de los prestadores de servicio a estos efectos, debemos tomar en consideración los artículos 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que obliga a las plataformas a actuar “con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos”. Además, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 15 de marzo de 2016 impone a estos prestadores de servicios el deber de colaboración, en aras de evitar actividades ilícitas en Internet, retirando e impidiendo el acceso a las mismas en cuanto tengan conocimiento de su existencia (Paños, 2020).

En cualquier caso, y según se ha adelantado, no debemos perder de vista que, si el interés superior de un menor entrara en conflicto con cualquier otro derecho legítimo, prevalecerá siempre el primero. Trasladado esto a la materia que nos ocupa, en caso de pugna entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad del adolescente y el de sus progenitores a controlar su actividad, en circunstancias normales deberá estarse al derecho del menor. Pero esto no debe suponer que los progenitores ignoren los riesgos que pueden derivarse de un mal uso de la plataforma por el menor, ya que están obligados, según hemos visto, a velar por sus hijos y los derechos de éstos, aunque el ejercicio de ese deber no puede implicar la vulneración de la misma libertad o intimidad del adolescente que se pretende proteger. Por ello, y de acuerdo con los caracteres legales de la patria potestad, quiénes la ejerzan deben tratar de llevar el control al mínimo indispensable, compensándolo con una amplia formación a su hijo en materia de utilización de las TIC, explicando los posibles riesgos de una sobreexposición en la red, limitando los tiempos de uso o recomendando el empleo de filtros de seguridad, por ejemplo (Rojas, 2014).

En definitiva, es complicado establecer el límite entre un control excesivamente riguroso y el ejercicio del deber de proteger a los hijos y velar por ellos: los progenitores deben, simultáneamente, prevenir los riesgos que un mal uso de internet (en nuestro caso concreto, de YouTube) puede ocasionar a sus hijos menores, sin coartar el libre desarrollo a la personalidad de éstos. Se trata de una frontera difusa, que requiere un especial esfuerzo de los progenitores, los cuales deberán asegurarse de estar informados del funcionamiento de la plataforma y los riesgos derivados de subir vídeos de forma descontrolada, para poder ofrecer un apoyo proactivo y responsable a sus hijos en cuanto al contenido de su canal, ejerciendo un control sin injerencias, mediante el diálogo. A este respecto, los progenitores pueden adoptar medidas como por ejemplo, retrasar al máximo la edad en que el adolescente tenga un dispositivo móvil propio, asegurarse de que asuma responsabilidades relativas al importe económico que genera ese dispositivo –como atribuirle alguna ocupación-, o inculcarle la importancia del tiempo que invierte en la plataforma, tiempo en el que deja de lado otros intereses, fijando, a tal efecto, límites en cuanto a las horas semanales que dedicará a su canal.

4.2. Cuando el “sharenting” pasa a ser un negocio

Hemos examinado qué puede (o debe) hacer el progenitor cuándo el menor abre un canal en YouTube de forma unilateral. Pero es necesario analizar el supuesto, también muy frecuente, de aquéllos progenitores de niños de edades más tempranas, que deben intervenir necesariamente en la creación y administración del canal, participando en muchas ocasiones de forma activa en el mismo. Esta actividad, en que los propios progenitores comparten o facilitan la difusión en internet de la imagen de sus hijos menores se conoce como “sharenting”, palabra anglosajona que procede de la unión de las palabras share –compartir- y parenting –crianza- (AmmermanYebra, 2018).

Y es que, con más frecuencia de la que sería deseable, se lleva a cabo esta actividad con un fin claramente

18 <https://www.youtube.com/intl/es/howyoutubeworks/policies/community-guidelines/>

19 Según dicho art. 11.1 LOPD, “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”.

lucrativo, ya que pueden llegar a obtenerse beneficios importantes derivados de la publicidad inserta en los vídeos, o de los productos promocionados (esto depende, según hemos visto, del número de suscriptores o de visitas a la publicación²⁰), hasta el punto de que, incluso, en algunos supuestos pueda ser la principal fuente de obtención de ingresos para la familia del menor. La cuestión es si, en estos casos, en que los propios progenitores se lucran con la exposición de sus hijos menores en internet, estaríamos aproximándonos peligrosamente a la explotación infantil²¹ (García, 2021), toda vez que, aunque la legislación protege a los menores que trabajan en cine o televisión, regulando horarios e ingresos, así como espacios de apoyo psicológico, y podemos considerar que tal normativa es aplicable analógicamente a los youtubers, lo cierto es que, habida cuenta el entorno familiar en que normalmente se desarrolla el canal, en la práctica se complican las posibilidades de control.

Al respecto, la Directiva 94/33 del Consejo relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo excluye (en los mismos términos que nuestro Estatuto de los Trabajadores, ya examinados) de la prohibición del trabajo infantil los casos en que el menor participe en “actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario”, siempre con la autorización necesaria de la Autoridad laboral. Sin embargo, pese a esa referencia, raramente se solicita esa autorización, y tampoco nadie fiscaliza que así se haga: la administración competente, las Comunidades Autónomas, no ejercen ningún control sobre las horas que el menor destina a esta actividad, ni sobre las condiciones en que la desempeña, ni sobre su propia evolución, cuando es posible que esté actuando por presión familiar más que por voluntad propia. A esto se une que no está clara la existencia de relación jurídica entre el propio menor y la plataforma, y que si existe, desde luego, no hay regulación legal en la que ampararse.

Ya hemos indicado que, en principio, no estamos ante una relación laboral entre el menor y YouTube, ya que reciben ingresos por publicidad de la plataforma, en función del número de suscriptores, o bien de las propias empresas anunciantes, si bien lo hacen por cuenta propia, porque para que se tratase de una actividad laboral (en modalidad de teletrabajo) el menor tendría que estar sujeto a una relación laboral, fuera del centro de trabajo, empleando las TIC (Trujillo, 2020), en cuyo caso, habría de estar sujeto a la organización de la plataforma, que le pagaría la retribución estipulada al efecto, y ajustarse a indicaciones sobre el contenido de los vídeos (Abeleira, 2021). Respecto a su actividad por cuenta propia, destaca Martínez que estaríamos ante un autónomo encubierto, tratándose de una nueva forma de trabajo familiar, en la que los propios progenitores promueven la actividad de sus hijos menores y, al mismo tiempo, perciben los beneficios (2007). En cualquier caso, estamos ante una realidad falta de regulación, y tratándose de menores de edad, los poderes públicos deberían asegurarles una adecuada protección jurídica, siguiendo ejemplos de nuestro entorno, como el francés.

Dejando a un lado lo indeterminado de la situación laboral de estos menores –si es que se la puede considerar como tal–, en cuanto a si esta actividad del niño debe ser consentida por ambos progenitores, la SAP Barcelona 360/2017 de 25 de abril (Roj: SAP B 3677/2017) dispone que “los padres como titulares de la patria potestad tienen el deber y la responsabilidad de proteger la imagen de sus hijos menores de edad y como señala el Tribunal Supremo será preciso el acuerdo de ambos progenitores para poder publicar imágenes del hijo común en las redes sociales. En todo caso los padres deberán evitar en interés del menor una sobreexposición del hijo en estos ámbitos”. Es decir, aunque los progenitores no mantengan su vínculo matrimonial, ambos deberán estar necesariamente de acuerdo en cuanto a la apertura del canal y el contenido de los vídeos de sus hijos menores en YouTube, a menos que alguno de ellos estuviera privado de la patria potestad.

Si existieran, en efecto, discrepancias entre ambos progenitores en cuanto a la actividad del hijo menor en YouTube, tal consentimiento presenta, en la práctica, mayores problemas si dichos progenitores ya no mantienen una relación de pareja, que pueden agravarse si están inmersos en un proceso por la custodia de los menores, o por la existencia de conflictos personales. En tal caso, a falta de acuerdo, deberán resolver sus discrepancias a través del correspondiente proceso judicial. Al respecto, podemos hacer referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de mayo de 2020 (Roj: SAP PO 902/2020), en la que se dejó sin efecto un régimen de custodia compartida de un menor, atribuyendo la custodia exclusiva a la madre, al considerar probado la sentencia que el padre había propiciado los problemas académicos y conductuales del menor, al “haber permitido a su hijo la apertura de una cuenta de instagram y un canal de youtube y haber consentido el disfrute diario de los mismos durante amplios espacios de tiempo, con la consiguiente merma en su rendimiento escolar”, sin haber consultado con la madre la creación de dicho canal. En definitiva, si existiera desacuerdo entre los progenitores sobre la apertura de un canal de YouTube, o sobre el contenido de los vídeos o el tiempo dedicado por el menor a tal actividad, deberá acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria a tal efecto (Gil, 2017), o incluso dejar reflejado un acuerdo a este respecto en un eventual convenio regulador o discutirlo en el proceso en el que se fijen las demás medidas respecto de los hijos en común.

20 En España, entre los canales de YouTube protagonizados por menores que cuentan con más seguidores están Las Ratitas (24,5 millones de suscriptores) o Mikel Tube (8,09 millones de suscriptores).

21 En Estados Unidos, existen canales familiares de YouTube acusados de ser manipular o llevar a cabo conductas abusivas respecto de menores, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/05/24/les-enfants-petites-stars-des-chaines-familiales-polemiques-sur-youtube_5303731_4408996.html. En España, la Fiscalía de Menores de Barcelona, alertada por Save the Children y el exdefensor del Menor de la Comunidad de Madrid, inició una investigación de oficio sobre el canal de YouTube “Las Ratitas”, <https://www.lavanguardia.com/crime/estilo-de-vida/20190219/47432993590/la-fiscalia-de-menores-investiga-el-canal-de-dos-ninas-youtubers-que-se-dedican-a-promocionar-maquillaje.html>.

Volviendo a las obligaciones de los progenitores, derivadas del ejercicio de la patria potestad, además de velar por los hijos menores, éstos están obligados a administrar y representar el patrimonio de los mismos con la misma diligencia que si fuera propio –salvo que el menor tuviera más de dieciséis años y hubiera adquirido los beneficios con su trabajo, como es el caso- (artículo 164 del Código Civil). Y aunque los rendimientos de la actividad pertenecen al menor, los progenitores están autorizados para emplear lo necesario para “el levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones” (artículo 165 del Código Civil), lo que les da un amplio margen de maniobra para disponer de esos ingresos, sin que nuestro legislador haya establecido límites claros al efecto –cuestión que, según hemos visto, también resuelve el legislador francés, que ha establecido la necesidad de bloquear la mayor parte de los beneficios obtenidos por el menor, por encima de cierto nivel de ingresos, hasta que cumpla 18 años-, ya que el régimen de responsabilidad establecido en los artículos 167 y 168 del Código Civil²² es impreciso y puede, en casos de ingresos muy cuantiosos, resultar insuficiente.

Finalmente, si el menor de 14 años no quisiera continuar con el desarrollo de la actividad y, fueran los progenitores, en atención a no perder una fuente de ingresos, los que obligaran al mismo a continuar creando y subiendo vídeos a la plataforma, podemos estar ante niños aún en una edad demasiado temprana como para hacer valer sus derechos. A estos efectos, el artículo 4 de la LOPJM establece un régimen de protección a favor de los menores, en caso de intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad o propia imagen, posibilitando la intervención del Ministerio Fiscal, incluso contra la voluntad de sus progenitores. Así pues, si los titulares de la patria potestad se mantienen en actuar de forma contraria a los intereses del niño, tanto éste como cualquier interesado podrá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos, que podrá instar las acciones pertinentes ante los tribunales, facultados éstos para acordar las “disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas” (artículo 158.1.6º del Código Civil). Además, el menor podrá acudir a servicios de protección infantil, de carácter público o privado²³, para que éstos ejerciten en su nombre las correspondientes acciones en defensa de sus derechos o pongan los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal (García García, 2021). En cualquier caso, independientemente de que, en efecto, existen ciertos mecanismos de control en defensa de los derechos del menor, no dejan de ser ambiguos o poco concretos, ya que es necesario, para que la protección se lleve a cabo, judicializar la cuestión, o al menos, que los hechos lleguen a conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que presenta incuestionables problemas prácticos, al margen de que no existe un marco legal concreto.

5. Conclusiones

Actualmente, las Tecnologías de la Información y la Comunicación se encuentran en constante evolución y debemos adaptarnos a esta realidad, pero respecto a nuestros menores, es necesario garantizar que este avance tecnológico no vulnere sus derechos. De hecho, existe cierto vacío legal en cuanto a la situación jurídica de los menores de edad en Internet, encontrándonos ante una normativa dispersa. De dicha regulación resulta que el menor, a los 14 años, ya puede gestionar sus propios perfiles en redes sociales, y también puede abrir un canal en YouTube, si bien, no debemos perder de vista el criterio de la madurez suficiente. Por otra parte, y pese a la previsión legal, es frecuente que menores de esa edad falseen sus datos o mientan respecto a su edad. Por ello, estas plataformas deberían controlar de forma real que sus usuarios tienen, en efecto, la edad legal mínima requerida, existiendo hoy en día medios técnicos suficientes a tal fin (DNI electrónico o firma digital, por ejemplo).

En cualquier caso, se presenta como imprescindible una formación, información y educación adecuada a los menores, en relación a su desenvolvimiento en la realidad digital, para asegurar que actúan con conocimiento de sus derechos, y con la necesaria prudencia para salvaguardarlos. Esta educación digital debe proceder no solo de su entorno familiar, sino también del educativo, siendo tarea de los poderes públicos la promoción de la misma. Por su parte, los progenitores, como titulares de la patria potestad, deben proteger y velar por sus hijos menores. Por ello, aunque efectivamente los menores tienen derecho a la intimidad, así como al libre desarrollo de su personalidad, esto no implica que sus progenitores, ante una situación de riesgo derivada de la actividad del niño o adolescente en Internet, no puedan fijar ciertos controles al desenvolvimiento del menor en la red, al amparo de sus funciones de guarda. Si bien, un control excesivo vulneraría los derechos del menor, razón por la cual los progenitores deben buscar un equilibrio para prevenir los riesgos que podrían derivar de la actividad digital del menor, evitando al mismo tiempo inmiscuirse demasiado en su intimidad.

Centrándonos en la actividad de los menores en YouTube, nos encontramos con niños, incluso de muy corta edad, que llegan a ser auténticos profesionales de un canal en esta plataforma, con dedicación casi exclusiva, exponiéndose a diario de forma pública y absolutamente descontrolada, sin pasar su tiempo aprendiendo, jugando y, de paso, adquiriendo la madurez que exige la ley. Estos niños, no solo con el consentimiento de sus

22 Se establece la posibilidad de instar acciones judiciales cuando “la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo”. También pueden los hijos, al concluir la patria potestad, solicitar una rendición de cuentas, si bien los progenitores solo responderán “en caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave”.

23 En España contamos con servicios autonómicos de protección a la infancia. Asimismo, existen entidades sin ánimo de lucro para defender los derechos de los menores, como *Save the Children* o Plataforma de Infancia.

progenitores –que son los que deberían velar por sus intereses-, sino en muchos casos con la participación activa de éstos, crean contenido, que suben a YouTube, promocionando marcas o productos. Con ello, según hemos visto, se generan diversas relaciones contractuales, con las empresas que pretenden promocionar esos productos, o con la propia plataforma, vinculando tanto al menor como a sus progenitores, que deberán cumplir con todas las obligaciones derivadas de los mismos.

Frente a esta situación, el legislador va un paso por detrás, sobre todo en lo relativo a esta actividad cuasiprofesional de menores de edad, sin que haya ningún amparo legal para estos nuevos formatos publicitarios, ni para los beneficios que generan, quedando el menor desprotegido respecto de los derechos y obligaciones que derivan de su actividad. Actualmente, es necesario acudir, según hemos visto, a normativa creada con fines distintos (como la que regula actividad publicitaria de menores en medios tradicionales, o la actividad de menores en espectáculos públicos), que evidentemente, no puede hacer frente a las necesidades derivadas de esta nueva realidad. De hecho, uno de los problemas que encontramos en este nuevo fenómeno publicitario, es precisamente que no está claramente diferenciado el contenido que es de simple entretenimiento del que incluye publicidad, lo que aprovechan las marcas para ahorrarse sanciones que sí se impondrían si esto sucediera en un medio tradicional. Por eso, y en primer lugar, para salvaguardar los derechos de los menores que visualizan estos contenidos, deberían los poderes públicos instar una identificación suficiente de aquellos contenidos que tengan un carácter claramente publicitario.

Igualmente, y en cuanto a los niños y adolescentes que crean este contenido, es necesario adecuar el ordenamiento jurídico a esta actividad, tan frecuente en la práctica, para proteger los derechos de nuestros menores, habida cuenta que son muchos los niños que se están iniciando a una edad cada vez más temprana en la generación y difusión de contenido a través de YouTube, con los riesgos derivados de esta exposición masiva de la imagen y datos personales de los mismos, ya que nuestra regulación actual, pese a contar con medios dirigidos a proteger a los menores de tales riesgos, se está revelando, cada vez más, como insuficiente, máxime considerando el ritmo al que avanzan las TIC, y con ellas, las competencias de los menores en este ámbito.

Y es que se está empleando la imagen del menor para obtener rédito económico, y en la mayoría de los casos, no se tienen en cuenta las repercusiones que puede tener para el niño a nivel social o incluso cognitivo, el desempeño de esta actividad. En resumen, se instrumentaliza al menor, en muchas ocasiones por sus propios progenitores, para obtener ingresos, y puede llegarse incluso a que el niño se vea, en cierto modo, forzado a continuar con una actividad que empezó como entretenimiento, pero ha degenerado en obligación cuasilaboral, privándole del tiempo que debería estar empleando en formarse, en jugar, o en definitiva, en crecer libre de cargas adultas. Esto es lo que debería ser objeto de protección normativa, y a este fin, nuestro legislador debería emular ordenamientos de nuestro entorno, como el francés, adoptando medidas como la fijación de límites en cuanto a los horarios destinados por el menor a la grabación de vídeos, el derecho al olvido, el establecimiento de medios de protección asimilados a los de carácter laboral, el control de los ingresos si el que genera los beneficios es el menor de edad, etc., fijando a tales efectos el oportuno régimen sancionador, que disuada de la realización de actuaciones inadecuadas en la red que sean perjudiciales para los menores, fijando así un régimen jurídico que establezca una protección idónea y suficiente para un colectivo tan vulnerable como es el integrado por nuestros niños y adolescentes.

Referencias

- Abeleira, M. (2021). Las limitaciones del trabajo a distancia. En Alzaga, I., Sánchez, C. y Hierro, F.J. (coords.) *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Thomson Reuters Aranzadi (pp. 191-220).
- Andreu, M. (2013). *La protección de datos personales de los menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Ammerman, J. (2018). El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores. Especial referencia al fenómeno del sharenting, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8 (bis), 253-264. <https://www.revista-aji.com/articulos/2018/8/bis/253-264.pdf>.
- Aran, S., Fedele, M., y Tarragó, A. (2018). Funciones sociales de los youtubers y su influencia en la preadolescencia. *Comunicar*, 26(57), 71-80. <https://doi.org/10.3916/C57-2018-07>.
- Arnaiz, D. (2019), *De los contratos de Google, YouTube y AdSense: estudio jurídico de la contratación electrónica, alcance, naturaleza, modificación unilateral y protección de la propiedad intelectual*. [Tesis Doctoral, CEU Escuela Internacional de Doctorado]. Tesis en acceso abierto en TESEO: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=adExquasqtk%3D>.
- Aznar, I., Trujillo, J. M., Romero, J. M., y Campos M. N. A. (2019). Generación Niños YouTubers: análisis de los canales YouTube de los nuevos fenómenos infantiles. *Pixel-Bit. Revista De Medios Y Educación*, 56, 113-128. <https://doi.org/10.12795/pixelbit.2019.i56.06>.
- Batuecas, A. (2015). El control de los padres sobre el uso que sus hijos hacen de las redes sociales. En Aparicio Vaquero, J. P. y Batuecas Caletro, A. (coords.) *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Editorial Comares, (pp. 137-170).
- Barrio, A. (2014). Los adolescentes y el uso de los teléfonos móviles y de videojuegos. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1, 3, 563-570. <https://doi.org/10.17060/ijodaep.2014.n1.v3.536>.
- Bringué, X. (2001). Publicidad infantil y estrategia persuasiva: un análisis de contenido. *Zer. Revista de Estudios de Comunicación*, 6(10). <https://goo.gl/DQwTwH>.
- Bueno, F., Munive, E., Martín. H. (2014) Estudios comparativos entre España, México y Argentina sobre la protección del menor en las redes sociales. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito*, 6, 31-43. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.61.03>.
- Castellan, M., Sánchez-Carbonell, X., Graner, C. y Beranuy, M. (2007). El adolescente ante las tecnologías de la información y la comunicación: internet, móvil y videojuegos. *Papeles del Psicólogo*, 28(3), 196-204. <https://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1503.pdf>.
- Cremades, P. (2021). Futuro profesional de los menores y ejercicio de la patria potestad. *Revista Boliviana de Derecho*, 32, 252-277. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8055223>.
- Davara, L. (2017), *Menores en Internet y Redes Sociales: Derecho Aplicable y Deberes de los Padres y Centros Educativos. Breve referencia al fenómeno PokémonGo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/menores-en-internet.pdf>.
- De Lama, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch.
- De Mendizabal, P. (2020,23 de enero) Ley COPPA y su aplicación sobre el “Youtuber” o “Streamer”, *LegalToday*, <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/nuevas-tecnologias-blogs/blog-prodat/ley-coppa-y-su-aplicacion-sobre-el-youtuber-o-streamer-2020-01-23/>.
- Elorriaga Illera, S. y Monge, B. (2018). La profesionalización de los YouTubers: el caso de Verdeliss y las marcas. *Revista Latina de Comunicación Social*, 73, 37-54. <https://www.revistalatinacs.org/073paper/1244/RLCS-paper1244.pdf>.
- García, A. (2021). *La protección del menor en el derecho europeo y español: El sharenting y su problemática*. Colección Infancia y adolescencia (10), Editorial Universitat Politècnica de València. <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/172795/6656.pdf?sequence=1>.
- García, M. P. (2020). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 14-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7557280>.
- Garmendia, M., Jiménez, E., Casado, Miguel Ángel y Mascheroni, G. (2016). *Net Children Go Mobile: Riesgos y oportunidades en internet y el uso de dispositivos móviles entre menores españoles (2010-2015)*. Red.es/ Universidad del País Vasco. <https://netchildrengomobile.eu/ncgm/wp-content/uploads/2013/07/Net-Children-Go-Mobile-Spain.pdf>
- Gete-Alonso y Calera, M.C. (2018). Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores. En Solé Resina, J. (coord.) *Derechos fundamentales de los menores (Desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*. Dykinson, (pp. 271-288).
- Gil, C. (2017). Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 13, 69-95.
- Golob, B. (2015). How safe are safe harbors? The difficulties of self-regulatory children's online privacy protection act programs. *International journal of communication*, 9, 3469-3476. <https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/viewFile/3327/1497>.

- Lasarte, C. (2007). *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*, 6º ed., Marcial Pons.
- Livingstone, S., Mascheroni, G. y Staksrud, E. (2015). *Developing a framework for researching children's online risks and opportunities Europe*. EU Kids Online: London. <https://goo.gl/PNG8US>
- Martínez M. R. (2007) La edad mínima de acceso al trabajo autónomo. Implicaciones jurídico-sociales. *Diario La Ley*, núm. 6836.
- Martínez, R. (2013). Menores y redes sociales. Condiciones para el cumplimiento del artículo 13 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos. En Rallo Lombarte, A. y Martínez Martínez, R. (coords) *Derecho y Redes Sociales*, Civitas (pp. 203-229).
- Martínez, E. (2019). Menores youtubers en el ecosistema publicitario de los juguetes: límites normativos. *Revista espacios*, 40 (7), 5-16. <http://www.revistaespacios.com/a19v40n07/a19v40n07p05.pdf>.
- Martínez-Rodrigo, E. y Martínez-Cabeza, J. (2018). Proyección de los menores en las redes sociales. En Durán Ruiz, F. J. (dir.) *Desafíos de la Protección de Menores en la Sociedad Digital. Internet, redes sociales y comunicación*, Tirant lo Blanch (pp. 487-512).
- Montes-Vozmediano, M., García-Jiménez, A. y Menor-Sendra, J. (2018). Teen videos on YouTube: Features and digital vulnerabilities. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, 54(1), 61-69. <https://doi.org/10.3916/C54-2018-06>.
- Organista Sandoval, J., McAnally, L. y Lavigne, G. (2013). El teléfono inteligente (smartphone) como herramienta pedagógica. *Apertura*, 5(1), 6-19. <http://www.udgvirtual.udg.mx/apertura/index.php/apertura/article/view/372/311>
- Paños, A. (2020). Daños a la intimidad e imagen del menor en el entorno digital. En Bello Janeiro, D. (coord.). *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Reus (pp. 249-299).
- Platero, A., y Acedo A. (2016). La privacidad de los niños y adolescentes en las redes sociales: referencia especial al régimen normativo europeo y español, con algunas consideraciones sobre el chileno. *Revista Chilena De Derecho y Tecnología*, 5(1), 63-94. <https://www.scielo.cl/pdf/rchdt/v5n2/0719-2584-rchdt-5-02-00063.pdf>.
- Platero Alcón, A. (2020). SOS: Mi hijo quiere ser youtuber. Consideraciones jurídico-civiles en relación a la exposición de los menores en youtube. En Gallardo Rodríguez, A., Berti de Marinis, G. y Estancona Pérez, A.A. (coords.) *Los nuevos retos del derecho de familia*, Tirant lo Blanch (pp. 111-121).
- Prensky, M. (2001). Digital Natives, Digital Immigrant. Part 1. *On the Horizon*, 9(5), 1-6. <http://portafoli.ub.edu/portfolios/jlrodriguez/4571/last/media/prensky-1.pdf>.
- Rego, S. y Romero-Rodríguez, L. M. (2016). Representación discursiva y lenguaje de los ‘YouTubers’ españoles: estudio de caso de los ‘gamers’ más populares. *Index comunicación*, 6(1), 197-224. <https://indexcomunicacion.es/index.php/indexcomunicacion/article/view/271/231>.
- Rojas, M. A. (2014). Análisis de un problema deóntico respecto del derecho a la intimidad de los menores de edad y el alcance del ejercicio de la patria potestad en la utilización de Internet y las redes sociales. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, 2, 95-109.
- Sáez, G. y Gallardo, J. (2017). La relación de los YouTubers con la publicidad y sus espectadores. El caso de YouTube España. *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, 107, 47-57. <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero107/el-caso-de-youtube-espana/?output=pdf>.
- Sánchez, A. y Peguera, M. (2020, 20 de noviembre). Protección legal para los influencers menores de edad en Francia. *Cuatrecasas*. Consultado el 28 de junio de 2022. <https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/proteccion-legal-para-los-influencers-menores-de-edad-en-francia-1>.
- Selva-Ruiz, D. y Martín-Ramallal, P. (2019). Realidad virtual, publicidad y menores de edad: otro reto de la cibernación ante las tecnologías inmersivas, *Icono* 14, 17(1), 83-110. <https://doi.org/10.7195/ri14.v17i1.1234>.
- Troncoso, A. (2012). Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 15, 61-75. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i15.1646>.
- Trujillo, F. (2020). Camino a una nueva ley sobre el trabajo a distancia (teletrabajo) y el derecho a la “desconexión digital en el trabajo”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n 8.
- Tur-Viñes, V., Núñez-Gómez, P. y González-Río, M.J. (2018). Menores influyentes en YouTube. Un espacio para la responsabilidad. *Revista Latina de Comunicación Social*, 73, 1211-1230. <https://www.revistalatinacs.org/073paper/1303/62es.html>.