

# LOS MENORES DE EDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: EL VALOR DE LA AUTORREGULACIÓN

Por

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ

*Becario de investigación del Ministerio de  
Educación y Ciencia. Programa FPU*

**SUMARIO: ABSTRACT/RESUMEN.-** 1. INTRODUCCIÓN.-  
2. EL MENOR DE EDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO  
ELECTRÓNICO. 2.1. Promoción comercial de los prestadores de servicios  
de la sociedad de la información. 2.2. Capacidad en materia de contratación  
electrónica.- 3. LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD DEL MENOR  
DE EDAD. 3.1. Consideraciones generales en torno al derecho a la  
intimidad. 3.2. Tratamiento de datos personales de los menores de edad.  
3.3. El caso de las redes sociales, los *blogs* y las *wikis*.- 4. VIRTUALIDAD  
DE LA AUTORREGULACIÓN SOBRE EL PARTICULAR. 4.1. En materia  
de comercio electrónico. 4.2. En ámbitos parcialmente vinculados: la  
telefonía móvil como paradigma.- 5. CONCLUSIONES.

## ABSTRACT

E commerce is a growing activity. Year after year there are more people using this system to do business; however, many of them are not aware about the possible risks that they take when using E commerce. Current regulation has been used to protect the minors but it cannot resolve all the risks that E Commerce brings to this group. However, European and national parliaments, in order to reinforce the current legislation, have passed a group of decrees called "codes of conduct" that strictly govern E commerce, especially the issues related to children.

## RESUMEN

El comercio electrónico representa una actividad comercial en auge. Cada vez son más las personas que recurren al mismo, si bien, en ocasiones, pueden no ser conscientes de los eventuales perjuicios que pueden llegar a sufrir. Este es, precisamente, el caso de los menores de edad a los que se ha tratado de proteger a través de la normativa legal. Sin embargo, esta última no resuelve todos los problemas que tal colectivo puede llegar a padecer como consecuencia del uso del comercio electrónico. En cualquier caso, los legisladores comunitario y nacional, como complemento de la legislación, han incentivado la aprobación de los denominados códigos de conducta que disciplinan, con rigor, todos los extremos vinculados con el comercio electrónico prestando, entre otros extremos, atención a los menores de edad.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías evolucionan a una velocidad vertiginosa y, a fecha de hoy, nada parece indicar que vaya a frenarse el ritmo al que se crean, sino más bien todo lo contrario, poniéndose a disposición de los usuarios nuevas prestaciones y servicios. En relación a estos últimos, cabe manifestar que la tecnología alcanza cada vez más escenarios de la vida social. *A sensu contrario*, son muy pocos los ámbitos de la vida cotidiana a los que, de una u otra manera, la tecnología no ha llegado. De hecho, podemos afirmar que las nuevas tecnologías se han convertido en un aliado muy eficaz del día a día. Aunque tales avances suelen tener, como regla general, como destinatarios a la mayor parte de la población, existen supuestos en los que, con el fin de evitar eventuales perjuicios, se establecen determinadas medidas de precaución. Este es, precisamente, el caso de los menores de edad. Y es que, como es natural, los menores de edad, como tales, presentan

ciertas cualidades, inherentes a su incipiente desarrollo físico y mental, que en ningún caso deberán ser aprovechadas para fines espurios. Nos encontramos, qué duda cabe, ante un colectivo fácilmente influenciable.

Sin embargo, el comercio electrónico y, por consiguiente, las actividades que se engloban dentro del mismo pueden incluir contenidos o ser el medio canalizador de actuaciones que constituyan actuaciones perjudiciales para el colectivo de los menores de edad. Consciente de tal circunstancia, el legislador comunitario y estatal, ha aprobado, por un lado, diferentes normas legales y, por otro, la propia normativa alude a la necesidad de que los códigos de conducta que, en materia de comercio electrónico, se aprueben aborden la cuestión que examinamos.

Como podemos apreciar incide en la necesidad de abordar la protección del colectivo de los menores de edad a través de dos grandes grupos de medidas. Por un lado, en virtud de la normativa legal aprobada al respecto y, por otro, mediante los códigos de conducta elaborados por los particulares que, como acabamos de manifestar, son objeto de fomento por la propia legislación. En efecto, los arts. 16.1.e) Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior –DCE- y 18.2 párrafo segundo Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –LSSI-CE- establecen la necesidad de fomentar los códigos de conducta que, entre otros contenidos, aborden, en diferentes ámbitos, la protección de los menores de edad.

Los menores de edad deben ser objeto de especial atención en diversos ámbitos con incidencia en materia de comercio electrónico cuales son la capacidad contractual, la privacidad y los contenidos o actividades publicitarias presentes en la Red –art. 3.a) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), art. 4 Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y art. 96.4 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU)- que serán los puntos que analizaremos en el presente estudio. Tales usuarios, acostumbrados a emplear Internet como instrumento de entretenimiento y formación, navegan por la Red con singular soltura y destreza. Sin embargo, a su vez, son los destinatarios más vulnerables e influenciables frente a los mensajes publicitarios presentes en la Red<sup>1</sup>.



Aunque los códigos éticos o deontológicos en materia de comercio electrónico constituyen una figura relativamente reciente, despliegan altos niveles de eficacia en diferentes sectores susceptibles de incardinarse en el ámbito que comentamos. Una de las materias reglamentadas en el articulado de los mismos es, precisamente, la vinculada con la protección de los menores de edad en los diferentes espacios en los que los mismos pueden actuar en Internet. Como seguidamente veremos, existen numerosas actividades vinculadas, directa o indirectamente, con el comercio electrónico que son susceptibles de afectar a los menores de edad. En efecto, pueden visionar la publicidad difundida en Internet, iniciar relaciones contractuales con los prestadores de servicios de la sociedad que operan en Internet y verse inmersos en diferentes actividades, promocionales o no, que busquen hacerse con ciertos datos personales de los menores de edad e, incluso, de otros miembros de la familia de los que los mismos formen parte.

Es cierto que la normativa trata de proteger al menor de edad en numerosos ámbitos como los apuntados si bien, todo hay que decirlo, resulta ser ciertamente limitada y notablemente desactualizada respecto a los rápidos avances que en relación a Internet se suscitan. Tales limitaciones resultan superadas mediante el recurso a los códigos de conducta dado que, como veremos, el articulado relativo a la protección de los menores de edad presenta un contenido, además de suficientemente completo, en constante y rápido proceso de actualización.

## 2. EL MENOR DE EDAD EN EL MARCO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Tanto las actuaciones realizadas en Internet dirigidas a la promoción publicitaria de bienes y/o servicios como las propias actividades susceptibles de dar lugar a la perfección del contrato electrónico<sup>2</sup> deben velar por el respeto de ciertos colectivos entre los que naturalmente destacan los menores de edad.

---

<sup>1</sup> FERNANDO MAGARZO, M. R. “La protección de los menores en la publicidad”, *Revista Autocontrol*, núm. 55, 2001; RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “El menor como consumidor de información y su protección en la diversa legislación”. En COTINO HUESO, L. (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 125-140.

<sup>2</sup> Sobre esta cuestión nos referimos a las interesantes consideraciones efectuadas sobre el particular por PENDÓN MELÉNDEZ, M. A. *La perfección del contrato en Derecho privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.



Aunque es cierto que ciertas acciones publicitarias tienen como principales destinatarios a los menores de edad, otras pueden visualizarse por los propios menores sin estar, en modo alguno, específicamente dirigidos a los mismos. Tales campañas, en ocasiones, podrán presentar contenidos nocivos para los menores de edad lo cual podrá redundar, de manera desfavorable, en su posterior desarrollo mental.

Tanto los contenidos ilícitos como los nocivos deben ser, en la medida de lo posible, controlados instaurándose, como posteriormente veremos, ciertas medidas que aseguren la protección frente a los mismos del público menor de edad.

De igual modo, también nos referiremos a las particularidades que, en la práctica, pueden plantearse cuando un menor de edad inicia los trámites para la contratación electrónica de un bien y/o servicio. En este sentido, podrá, en ciertas ocasiones, hacerse pasar por mayor de edad contratando en nombre propio, mientras que en otras podrá asumir la mayoría de edad diciendo que es quien no es como podría ser, por ejemplo, el caso de cualquiera de sus progenitores u otro familiar cercano.

## 2.1. PROMOCIÓN COMERCIAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La comunicación comercial se erige en un elemento esencial para la lucha competitiva por la conquista del mercado<sup>3</sup>. En este sentido, la promoción comercial que acontece en Internet, que es uno de los pilares del comercio electrónico<sup>4</sup>, puede tener lugar a través de distintas prácticas publicitarias<sup>5</sup>, que representan un elemento importante de información al consumidor<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> ASCARELLI, T. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1970; FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987; PATIÑO ALVÉS, B. *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona, 2007.

<sup>4</sup> CORTÉS MARTÍNEZ, D. "La banca on line". En MÉNDIZNOGUERO, A. y VICTORIAMAS, J. A. (Coords.), *Publicidad, comunicación y Marketing en Internet. Reiniciar el sistema: Actas de las III Jornadas de Publicidad Interactiva*, Área de Cultura y Ecuación de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2002, pp. 219-224.

<sup>5</sup> Cabe referirse, entre otras, a los *banners*, que suelen ser una imagen gráfica que incluye texto cuya pulsación activará un enlace que conducirá al usuario al sitio *Web* del anunciante y, paradójicamente, a pesar de ser uno de los formatos más antiguos de la Red está en una cierta decadencia; *pop-ups* o ventanas emergentes o flotantes, que se abren cuando el usuario cargue una determinada página *Web*; *pops under*, que aparecen por debajo del navegador; *layer* o elementos dinámicos o figuras animadas; anuncios de

Existen, como decimos, numerosas técnicas publicitarias cuyos contenidos pueden ser ciertamente dispares. En este sentido, los métodos de los que las mismas se valgan pueden resultar, en mayor o menor medida, criticables. En cualquier caso, deben tomarse ciertas precauciones para que las actuaciones publicitarias no perjudiquen, en modo alguno, a los menores de edad.

Una práctica, lamentablemente frecuente en muchos supuestos, ilícita vinculada a la publicidad viene representada por la inutilización de la función de regreso de los navegadores, técnica, a su vez, totalmente contraria a los intereses de los consumidores y/o usuarios de Internet. Entendemos que tal actuación, asimismo, puede dar lugar, de acuerdo con el art. 6 LGP, a un supuesto de publicidad desleal por ser contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. La inutilización de la función de regreso—o función *back*—determinará que si la misma presenta contenido publicitario se asegurará un mayor tiempo de recepción de tal material determinando, a su vez, una mayor eficacia de la publicidad<sup>7</sup>. Sin embargo, constituye una práctica vulneratoria de la libertad de navegación del usuario que, a su vez, limita o disminuye la confianza del mismo en la Red. Consciente de los indeseables efectos de los instrumentos que hemos examinado, que cercenan la libertad de decisión del consumidor y/o usuario, los códigos de conducta, acertadamente, los prohíben taxativamente.

Los menores de edad, por las peculiaridades propias que los mismos presentan—menor grado de madurez, especial vulnerabilidad, etc. aspectos puestos de

---

transición a la información o *interstitials*—que aprovechan el tiempo que el ordenador precisa para descargar la página *Web* que el usuario desea visualizar—; *supersticial* o ventana con vídeo que aparece a modo de *popup*, *advertioral*, o publicidad que se realiza dentro de un texto editorial, que tratan de adoptar la apariencia de un documento informativo o de opinión; *ciberspots* o animaciones que emplean la última tecnología *flash* para comunicar, de manera divertida e interactiva, los beneficios del producto o de la marca; botones laterales, enlaces de textos, *web spots* que constituyen un formato publicitario reciente que resulta una mezcla de juego interactivo y de *spot* televisivo; *background branding* consistente en modificar el fondo de la página empleando como soporte publicitario el logotipo; o, incluso, las propias páginas *Web*, en definitiva, formatos susceptibles de generar una inquietud en el destinatario que determinará su *click through* o pulsación pasante que, dicho sea de paso, es un procedimiento utilizado para valorar la eficacia de los anuncios publicitarios en Internet sin perjuicio de que su efectividad, como método válido, es cuestionada.

6 DAUSES, M. A. “La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior”, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 39, 2000.

<sup>7</sup> BUCKLIN, R. y SISMEIRO, C. “Web site design rules of thumb challenged by study on browsing”, *Marketing News*, Vol. 37, núm. 16, 2003, pp. 22-22; DANAHER, P. y MULLARKEY, G. “Factors affecting online advertising recall: a study of students” *Journal of Advertising Research*, Vol. 43, núm. 3, 2003, pp. 252-267.



relieve, entre otras, por la Instrucción núm. 2 de la Fiscalía General del Estado de 15 de marzo de 2006-, deben ser objeto de especial protección en materia publicitaria<sup>8</sup>, a pesar de que se ha llegado a manifestar que se trata de una cuestión sobre la que no existen resultados empíricamente contrastados<sup>9</sup>.

Tal aspecto, por llamativo que pueda resultar, no es objeto de atención y regulación por parte de la normativa estatal –con la única excepción de los contenidos ilícitos- si bien, de manera ciertamente elogiabile, los códigos de conducta contienen una regulación precisa sobre tal extremo –dentro de la que cabe la protección integral frente a contenidos nocivos e ilícitos-.

La publicidad presente en Internet podrá dirigirse al público en general –dentro de la que, indudablemente, tendrán cabida los menores-, o exclusivamente al público adulto –excluyéndose, obviamente, al público menor de edad- o estar destinada esencialmente a menores de edad en general o solamente para los que tengan, como mínimo, una determinada edad siendo, en consecuencia, no aconsejable para los que estén por debajo de la misma.

Pueden distinguirse tres grupos de normas aplicables a la publicidad en Internet destinada a menores<sup>10</sup>. En primer lugar, la normativa general publicitaria y, en su caso, la normativa específica por razón del producto. En segundo lugar, la normativa específica por razón del medio, es decir, la normativa sobre publicidad en Internet. Y, en tercer lugar, la normativa específica por razón del destinatario, es decir, el conjunto de normas que regulan específicamente la publicidad destinada a menores.

De la lectura conjunta de las normas aplicables a este tipo de publicidad, podemos extraer una serie de principios reguladores de la misma. Tales principios complementan los principios que rigen, con carácter general, la publicidad destinada a menores<sup>11</sup>. Se trata del principio de identificación publicitaria, el principio de identificación de mensajes publicitarios dirigidos a adultos y el principio de buen uso de la tecnología de Internet en la elaboración de los mensajes

---

<sup>8</sup> RAMOS, F. *La publicidad contaminada. Los consumidores ante la autorregulación publicitaria*, Universitas, Madrid, 2003.

<sup>9</sup> GOLDSTEIN, J. “Publicidad, niños y adolescentes”, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 20, 1998.

<sup>10</sup> Tal aspecto ha resultado magistralmente examinado por FERNANDO MAGARZO, M. R. “La protección de los menores en la publicidad”, *Revista Autocontrol*, núm. 55, 2001.

<sup>11</sup> FERNANDO MAGARZO, M. R. “La protección de los menores en la publicidad”, *Revista Autocontrol*, núm. 55, 2001.



publicitarios en línea dirigidos a menores. La rápida evolución de Internet exige, qué duda cabe, que los principios enunciados sean revisados y completados periódicamente para asegurar que la protección de los menores frente a la publicidad difundida en la Red sea similar a la protección de que disfrutaban frente a la publicidad divulgada a través de medios tradicionales.

Toda forma publicitaria, además de presentar una importante y predominantemente vertiente claramente persuasiva<sup>12</sup>, lleva adherida, por mínima y relativa que sea, una parcela informativa<sup>13</sup>. La persuasión puede definirse como un proceso por el que el comunicador intenta influir en las creencias, las actitudes y la conducta de otra persona o grupo de personas mediante la transmisión de un mensaje frente

---

<sup>12</sup>DE LA CUESTA RUTE, J. M. y DE LA OLIVA SANTOS, A. "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita", *La Ley*, núm. 4, 1981, pp. 893-917; MARTÍN ARMARIO, E. *Marketing*, Ariel, Barcelona, 1993; MUÑOZ MACHADO, S. "Advertising in the Spanish Constitution". En SKOURIS, W. (Ed.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe: A study in comparative constitutional law (Gebundene Ausgabe)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994; QUALTER, T. H. *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1994; GARCÍA GUERRERO, J. L. "Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, Septiembre-Diciembre, 1996, pp. 117-146; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. "La alegación publicitaria redactada en términos superlativos. La exageración publicitaria", *Estudios sobre Consumo*, núm. 48, 1999, pp. 117-129; SORIA, C. "Perspectiva ética de la información publicitaria". En BONETE PERALES, E. (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999; TATO PLAZA, A. "La publicidad en los nuevos canales comerciales emergentes", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 32, 1999; BERNARD MONFERRER, M. E. "La evolución de la figura de la publicidad denigratoria según la doctrina emanada de las resoluciones del Jurado de la Publicidad", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 68, 2002; MARTÍN GARCÍA, M. L. *La publicidad. Su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002; SANTANA PÉREZ, A. "La venta a pérdida como ilícito concurrencial", Tesis doctoral, Universidad de La Laguna, 2003; STAZI, A. *La pubblicità commerciale on line*, Giuffrè Editore, Milano, 2004; SPANG, K. "Publicidad y retórica". En ROMERO, M. V. (Coord.), *Lenguaje publicitario*, Ariel, Barcelona, pp. 27-63, 2005; BARQUERO CABRERO, J. D. y PÉREZ SENAC, R. *Dirección estratégica de relaciones públicas en Europa y América Latina*, Furtwangen, Barcelona, 2007.

<sup>13</sup>MUNNE MATAMALA, F. "Hacia una publicidad social: análisis de los elementos informativo y persuasivo como integrantes de la acción publicitaria", *Publitema*, núm. 14, 1969, pp. 43-54; ORTEGA MARTÍNEZ, E. *La dirección de marketing*, 3ª edición, Esic, Madrid, 1987; ACOSTA ESTEVEZ, J. B. *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990; LEMA DEVESA, C. y GÓMEZ MONTORO, J. "La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica", *La Ley*, núm. 3, 1990, pp. 983-990; PINO ABAD, M. *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de publicidad de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1991; SANTESMASES MESTRE, M. *Marketing, conceptos y estrategias*, 2ª edición, Pirámide, Madrid, 1992; CORREDOIRA Y ALFONSO, L. *Derecho de la información. Los mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994; VÁZQUEZ CASIELLES, R. y TRESPALACIOS GUTIÉRREZ, J. A. *Marketing: estrategias*

al cual el destinatario mantiene la libertad de elección<sup>14</sup>. Persuadir, en todo caso, no significa mentir, engañar o manipular. Persuadir es sugerir, aconsejar. A través de la persuasión se influye en el receptor del mensaje, pero no se determina su voluntad. En esta línea, las tendencias más recientes ponen de manifiesto que el contenido informativo de la publicidad, en ciertas ocasiones, se ve desplazado por el recurso a elementos irracionales de persuasión vinculados, en todo caso, a las emociones e impulsos de los destinatarios. En consecuencia, frente a los mensajes puramente informativos, puede afirmarse que la comunicación publicitaria, hoy día, va unida a una actividad creativa más intensa<sup>15</sup>. Frente al modelo de publicidad centrado en informar y persuadir a los destinatarios sobre la superioridad de los productos del anunciante respecto de otras empresas, hoy por hoy, tienen gran importancia estrategias publicitarias que, precisamente, buscan que los destinatarios tengan la impresión de que la empresa anunciante del bien o servicio en cuestión tiene un proyecto de futuro y, a su vez, es dinámica para lo cual se recurre a anuncios originales y muy diversos<sup>16</sup>.

El consumidor debe tener la posibilidad de elegir, pero, para ello, debe ser informado correcta y completamente de los productos o servicios que están a su disposición en el mercado<sup>17</sup>. Sólo, de este modo, los ciudadanos podrán formar su voluntad como consumidores y tomar las decisiones que estimen más adecuadas<sup>18</sup>.

---

y aplicaciones sectoriales, Civitas, Madrid, 1994; BONANY ROIG, A. "La publicidad engañosa denunciada en el "Servei d'inspecció de disciplina mercat i consum de la Generalitat de Catalunya". Normativa aplicada y principales tipologías de engaño. Segunda Parte", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 98, 2005; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. y ORTEGA DÍAZ, J. F. "Problemática de los *Keywords Banners* en el entorno digital. Reflexiones a propósito del "Asunto Natterre", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 8, 2005, pp. 117-130.

<sup>14</sup> MARTÍN SALGADO, L. *Marketing político: arte y ciencia de la persuasión en democracia*, Paidós, Barcelona, 2002; MOREU CARBONEL, E. *La Administración anunciante. Régimen jurídico de la publicidad institucional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

<sup>15</sup> BASSAT, L. *El libro rojo de la publicidad*, 3ª edición, Random House Mondadori, Barcelona, 2004; DELA CUESTA RUTE, J. M. "La publicidad y el sistema económico constitucionalizado", *Procesos de Mercado*, Vol. 5, núm. 1, 2008, pp. 223-241.

<sup>16</sup> HALL, M. "Four models on how advertising works", *Commercials Communications. The Journal of Advertising and Marketing Policy and Practice in the European Community*, núm. 9, 1997, pp. 13-15.

<sup>17</sup> DAUSES, M. A. "La Jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 39, 2000.

<sup>18</sup> FARRÉ LÓPEZ, P. "La rectificación de la publicidad engañosa", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 37, 1999; SORIA, C. "Perspectiva ética de la información publicitaria". En BONETE PERALES, E. (Coord.), *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999



En definitiva, la publicidad dirigida, con carácter específico, a menores caracterizada, entre otros aspectos, porque en ella predominan los elementos irracionales de persuasión sobre los informativos<sup>19</sup> es, como hemos puesto de relieve, objeto de una creciente regulación por los particulares riesgos que determina<sup>20</sup>.

Para determinar cuando un anuncio se dirige a menores habrá que valorar tres criterios que no son cumulativos ni alternativos debiéndose, por tanto, considerar los mismos con una visión de conjunto. Son: 1) El tipo de producto o servicio promocionado –se entiende dirigida a menores la publicidad que promociona un producto o servicio objetivamente destinado al público menor de edad o susceptible de atraer especialmente su atención o interés-; 2) El diseño del mensaje publicitario –se considerará publicidad dirigida a menores la que está perfilada de tal forma que, por su contenido, lenguaje y/o imágenes, resulte objetivamente apta para atraer, de manera especial, la atención o interés de los menores-; 3) Las circunstancias de la difusión del mensaje publicitario –entre otros aspectos, se tendrá en cuenta el soporte o medio utilizado, franja horaria de emisión, bloques de programación en que se inserta-.

Debemos, en primer término, distinguir, en el ámbito publicitario, entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos<sup>21</sup>, presente a nivel comunitario –Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, por la que se crea un programa comunitario plurianual para un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea- pues, aunque los dos tendrán consecuencias notablemente desfavorables para el menor, la gravedad de cada uno de ellos necesariamente determina, y consecuentemente aconseja, un tratamiento diverso.

Así, son contenidos ilícitos los que, en sí mismo, constituyen delito y son merecedores de sanción penal por parte de la normativa penal, mientras que los contenidos nocivos son aquellos que, aunque no son delictivos, pueden ser ofensivos o inadecuados para los destinatarios que los visionan<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> HAAN, S. C. “The persuasion route of the Law: advertising and the legal persuasion”, *Columbia Law Review*, Vol. 100, 2000, pp. 1281-1326.

<sup>20</sup> NIGRA, A. *La pubblicità e i suoi contratti tipici*, Maggioli, Roma, 2001.

<sup>21</sup> MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J. “Internet y pornografía infantil”, *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 40, Julio, 2001, pp. 1-8; DE LAMA AYMÁ, A. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>22</sup> LÓPEZ ORTEGA, J. J. “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”. En LÓPEZ ORTEGA, J. J. (Dir.), *Internet y Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid,



Los contenidos nocivos son, sin embargo, lícitos pero considerados ofensivos o perjudiciales para el normal desarrollo de los menores. El alcance es, por tanto, mayor. Mientras que los contenidos nocivos no tienen por qué ser ilícitos, estos últimos –los ilícitos–, por definición, están incluidos dentro de los nocivos. Si bien existe cierto consenso entre los Estados occidentales acerca de los comportamientos o informaciones delictivas –difusión de pornografía infantil, de contenidos racistas o xenófobos y apología del terrorismo, entre otros–, no existe tal aquiescencia para los nocivos. Éstos están basados en concepciones difíciles de medir a nivel mundial ya que dependen de valores culturales, sociales, religiosos y morales<sup>23</sup>.

En segundo término, debemos distinguir entre contenidos nocivos y no deseados pues, aunque aproximados, no son, ni mucho menos, idénticos. Tienen en común, entre otras notas caracterizadoras, el hecho de que son mensajes que, con carácter general, no pueden prohibirse pues pueden estar amparados por la libertad de expresión así como por el derecho a la información. Así, los contenidos nocivos, como hemos señalado, son aquellos que pueden perjudicar a un menor, mientras que los no deseados son aquellos que determinados usuarios no desean, en modo alguno, recibir. Tanto los contenidos nocivos como los no deseados dependen de sensibilidades personales –entre otras, la edad, madurez intelectual e ideología– y culturales. Por eso, como posteriormente veremos, ambos tipos de mensajes no pueden ni deben prohibirse con carácter general sino que deben limitarse a través de la autorregulación del sector.

En los contenidos ilícitos el menor es víctima de una intromisión ilegítima en sus derechos, siendo parte activa, directa o indirecta, del contenido ilícito, si bien en los contenidos nocivos el menor participa únicamente como espectador por lo que no es víctima de vulneración de su derecho al honor, intimidad o propia imagen aunque, lamentablemente, tales contenidos podrán tener consecuencias desfavorables en el desarrollo de su personalidad.

---

2001, pp. 83-125; MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J. “Internet y pornografía infantil”, *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 40, Julio, 2001, pp. 1-8; MORALES PRATS, F. “El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet”. En MORALES PRATS, F. y MORALES GARCÍA, O. (Coords.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 95-118; GARCÍA MORALES, M. J. “Regulación y autorregulación en Internet: el control de los contenidos y datos en la LSSI”, <http://www.apdcat.net/media/303.pdf>, 2006.

<sup>23</sup> MIRANDA DE LARRA, R. *Los menores en la Red: comportamiento y navegación segura*, Fundación Auna, Madrid, 2005.

La pornografía infantil y la difamación del menor constituyen contenidos ilícitos contrarios al honor, a la intimidad y a la propia imagen que han de ser reprimidos a través de leyes penales. Frente a tales contenidos y las páginas en las que consten, de acuerdo con el art. 30 LSSI-CE, podrá iniciarse una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia que precisamente establezca la cesación de la conducta así como su reiteración en el futuro<sup>24</sup>.

En cuanto a los contenidos nocivos, destaca, como veremos a propósito del último apartado de la presente investigación, el papel preventivo y, en caso, represor que los códigos de conducta, en materia de comercio electrónico, podrán desempeñar pues implican un compromiso en firme de las empresas adheridas de tener en consideración, e implantar los medios técnicos que sean oportunos, los contenidos que puedan influir, de forma negativa, en el libre desarrollo de la personalidad de los menores así como en sus derechos fundamentales. Dentro de tales prácticas podríamos enunciar algunas, en ningún caso con ánimo agotador, como la no conveniencia de, innecesariamente, mostrar al menor en situaciones peligrosas<sup>25</sup>, contenidos que incentiven a la violencia, o que constituyan comportamientos antisociales y/o imprudentes, o posibilitar que el menor libremente acceda a imágenes pornográficas protagonizadas por adultos.

Los menores de edad son, en definitiva, especialmente permeables a cuanto procede del exterior. Les resulta notablemente complejo distinguir la publicidad de la información. En este sentido, deberán observarse prácticas publicitarias responsables que tengan en consideración el público potencial y esencialmente destinatario de las mismas.

Los niños cuentan siempre con un círculo de personas que ejercen sobre ellos un cierto grado de autoridad ya tenga ésta un origen familiar o escolar o se trate de una autoridad moral en base de la especial confianza –fundada, en ocasiones, en la admiración– que el niño deposita en esa persona. En esta situación se encuentran, respecto a los niños, los padres, tutores, profesores, y, en cierta manera, las personas en las que el niño puede depositar un especial grado de confianza como, por ejemplo, es el caso de ciertos presentadores de programas infantiles e, incluso, personajes de ficción<sup>26</sup> de series televisivas, películas, videojuegos, etc.

---

<sup>24</sup> VEGA VEGA, J. A. “La publicidad comercial y los consumidores”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 18, 2006, pp. 63-120

<sup>25</sup> GALLARDO MESEGUER, M. “Código ético de publicidad en Internet”, *Carta Mercantil*, núm. 16, 2000, pp. 9-15.



En este sentido, la incorporación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (más conocida como Directiva de Prácticas Comerciales Desleales) puede suponer la calificación de influencia indebida –y, por ende, como práctica agresiva- de cualquier conducta que suponga la utilización como prescriptores frente al niño de personas en las que aquél tenga depositada una especial confianza ya sea por la relación familiar o académica que existe ya sea por la autoridad moral influyente –y, en ciertos casos, determinante- que la correspondiente persona –o, en su caso, personaje de ficción- pueden ejercer sobre el niño.

Así, cuando se refieran a menores no deberán incitar, de forma directa o indirecta, o incentivar, a través de padres o tutores, propios o de terceros, a la contratación del bien o servicio ofertado ni, en ningún caso, perjudicar a tal colectivo desde un punto de vista físico o moral<sup>27</sup>.

Tal práctica comercial, de acuerdo con el Anexo I –núm. 28- de la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales, se reputa desleal en cualquier circunstancia debiendo tener, también, esta consideración en todos los Estados miembros.

Recapitulando, para hacer frente a los contenidos ilícitos se recurrirá a la legislación vigente y los canales, tanto policiales como civiles, de denuncia. En este caso, lo que se pretende es eliminar los contenidos de la circulación, detener a los infractores y llevarlos ante la justicia. España, además de su legislación nacional, como país miembro de la Unión Europea, debe tomar las medidas pertinentes para incorporar a su legislación la normativa europea que recomienda la inclusión de los crímenes de racismo, xenofobia, apología de la violencia y del terrorismo y la discriminación racial en Internet, en el marco del Convenio sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, firmado por nuestro país en ese mismo año, pero no ratificado. Sería oportuno, dada la importancia del Convenio

---

<sup>26</sup> TATO PLAZA, A. “Las prácticas publicitarias agresivas”. En TOMILLO URBINA, J. (Dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, J. (Coord.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Thosom Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, 2008, pp. 45-60.

<sup>27</sup> LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. y IRÁKULIS ARREGUI, N. “La publicidad contraria al orden constitucional y los derechos de la personalidad”, *Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales*, núm. 20, <http://www.westlaw.es>, 2004; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. y IRÁKULIS ARREGUI, N. “La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales”, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2007, pp. 13-43.



del Consejo de Europa resaltada por expertos juristas y responsables policiales, que España ratificara, de una vez por todas, el citado Convenio, que ha sido confirmado por Albania y Croacia en 2002, Estonia y Hungría en 2003, Lituania, Rumania, Eslovenia y Macedonia en 2004, y que España, insistimos, todavía no ha ratificado; máxime cuando la propia Comisión Europea ha elevado una comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de Regiones, demandando una política general conjunta de lucha contra la Ciberdelincuencia en mayo de 2007, animando a los países miembros de la Unión Europea y terceros países a ratificar ese Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001.

Desde el punto de vista de la policía judicial, conviene su pronta ratificación –aun no realizada– y publicación en el BOE, dado que su aplicación beneficiará el control y represión de los delitos que se producen en este ámbito.

Este Convenio constituye el primer tratado internacional sobre delitos cometidos vía Internet y otras tecnologías de última generación. Merece la pena destacar, además, la existencia de un Protocolo adicional al Convenio para criminalizar los actos de racismo y xenofobia cometidos a través de sistemas informáticos de 28 de enero de 2003.

Mantener a los menores a salvo de los peligros de la Red no es tarea fácil. Además de luchar frente a las conductas y contenidos ilícitos, es preciso adoptar una serie de medidas que les protejan, a la vez que se respeta su necesidad de libertad y su avidez de conocimientos. Sin embargo, cualquiera de estas medidas –ya sean de tipo tecnológico, educativo o social– tiene costes y beneficios y su aplicación va a depender de aspectos como la edad o las características del menor. Encontrar el equilibrio entre intereses no es sencillo: mayores costes pueden estar justificados si el daño presumible es grande o muy probable o si están implicados niños de edades tempranas, más que adolescentes.

En el caso de los contenidos nocivos, el objetivo está limitado, por tanto, a evitar que los menores encuentren materiales indeseados o que puedan afectar a su normal desarrollo. Las estrategias serán, por consiguiente, de tipo preventivo, refiriéndonos fundamentalmente a soluciones de tipo tecnológico, educativo y social.

Queda claro, en definitiva, que el control de contenidos en la Red constituye una cuestión de primer orden que suscita nuevos retos para el Derecho e, indiscutiblemente, para las empresas que operan en este nuevo medio cual es Internet. La forma en la que tradicionalmente se ha abordado este problema,

lamentablemente, falla en la Red. Por una parte, los Estados ya no pueden actuar en solitario para hacer frente al control de los materiales que circulan por un medio de comunicación que no conoce fronteras territoriales. Son, por tanto, precisas soluciones supranacionales. Sin embargo, yendo más allá de la consideración esgrimida, en Internet no se puede seguir actuando sólo con prohibiciones – instrumento habitual de control de contenidos en los medios de comunicación clásicos- para regular los materiales presentes en la Red, pues tales medidas, en la práctica, han acreditado elevados niveles de ineficacia así como, en ciertas ocasiones, de posible inconstitucionalidad<sup>28</sup>.

La regulación estatal debe seguir ostentando un papel activo en Internet pero, junto a ella, se están abriendo paso medidas complementarias<sup>29</sup> entre las que destacan, como anteriormente apuntamos, la autorregulación del sector –a través de los denominados códigos de conducta- y el propio control del usuario a través de filtros que, como seguidamente observaremos, también suscitan un buen número de problemas.

En cuanto a los códigos de conducta y la encomiable labor que desempeñan en la materia que examinamos únicamente anticiparemos que representan una pieza clave para el control de contenidos ilegales en la Red pues, como es sabido, en los mismos se establecen una serie de compromisos éticos que los agentes que, en materia de comercio electrónico, interactúan se obligan voluntariamente a cumplir<sup>30</sup>.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto, como hemos adelantado, la posibilidad que el consumidor o usuario –en este caso el padre o tutor- tiene de instalar programas que, con carácter previo, filtren los contenidos a los que, desde el equipo informático en el que se instale, podrán accederse.

---

<sup>28</sup> GARCÍA MORALES, M. J. “Libertad de expresión y control de contenidos en Internet”. En CASANOVAS ROMEO, P. (Coord.), *Internet y pluralismo jurídico*, Comares, Granada, 2003, pp. 33-69; GARCÍA MORALES, M. J. “Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en Internet”. En COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2006, pp. 33-57.

<sup>29</sup> VEGA VEGA, J. A. “La publicidad comercial y...”, cit., pp. 108-110.

<sup>30</sup> PRICE, M. E. y VERHULST, S. G. “Selbstregulierung und Verhaltenskodizes als Grundlage von Internek-Politik”. En WALTERMANN, J. y MACHALI, M. (Eds.), *Verantwortung im Internet*, Bertelsmann Sittifung, Gütersloh, 2000, pp. 141-209.



La Unión Europea ha apostado, de manera firme, por la eficacia que los filtros presentan en la materia que examinamos a través de numerosas actuaciones cuales, entre otras, son la Decisión 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales así como la Decisión 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea. Ciertas legislaciones de los países de nuestro entorno –como la alemana o la francesa– prevén la obligación del proveedor de bien suministrar estas medidas a los usuarios bien, al menos, de informarles acerca de las mismas. La LSSI-CE determina, en el art. 18.2 párrafo 3, que “los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos” presuponiendo, de este modo, su utilización para luchar contra contenidos nocivos. Asimismo, procede poner de manifiesto que las actividades de clasificación y etiquetado de contenidos son, en cualquier caso, previas al sistema de filtrado.

En esta línea, procede destacar la aprobación, por parte de la Junta de Andalucía, del Decreto 25/2007, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación por parte de las personas menores de edad. Su importancia, además de en su contenido, estriba en que representa el primer texto normativo aprobado en España de estas características. Y es que, como hemos puesto de relieve, el uso de Internet constituye una valiosa herramienta educativa si bien su uso inadecuado representa una amenaza para un sector de la población especialmente vulnerable cual es el de los menores de edad.

Sin embargo, existe un problema, desde el punto de vista de la efectividad, a valorar, consustancial a las limitaciones de los programas informáticos en sí, que viene determinado por la imposibilidad que, en ciertas ocasiones, los filtros presentarán para bloquear el acceso a contenidos potencialmente nocivos o, en otros, por el contrario, restringirán el acceso a apartados que no presenten, en absoluto, carácter nocivo<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> WEINBERG, J. “Rating the Net”, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, núm. 19, 1997, pp. 453-462.



Asimismo, como es sabido, todos los filtros presuponen una actividad de selección y, en su caso, de etiquetaje realizándose esta última labor por parte de organizaciones privadas dedicadas a la clasificación de contenidos en Internet. No obstante, diversas instancias han puesto de relieve la falta de neutralidad de tales labores de etiquetaje pues, en numerosas ocasiones, pretenden reflejar en los sistemas de clasificación sus propios intereses e imponer, de manera sutil, determinados criterios morales<sup>32</sup>.

## 2.2. CAPACIDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En materia de comercio electrónico, sobre todo por lo que a los consumidores respecta, *a priori*, no resulta posible comprobar la capacidad de obrar de las partes que están contratando electrónicamente. Por lo que al empresario se refiere su identidad y correspondiente capacidad puede ser conocida a través de diversos medios como, por ejemplo, el certificado digital y la inscripción en el Registro Mercantil<sup>33</sup> cuyo acceso electrónico es posible y, dicho sea de paso, recomendable<sup>34</sup>. Más problemático resulta, sin embargo, el conocimiento efectivo de la capacidad del consumidor pues, en la actualidad, no existen medios inequívocos que nos permitan conocer la misma. De hecho, todavía no es posible acceder electrónicamente, a estos efectos, al Registro Civil.

En cuanto a la actividad contractual del menor en el marco del comercio electrónico debemos manifestar que siempre que exista capacidad natural deberá reconocerse la correspondiente capacidad de obrar<sup>35</sup>. A este respecto hemos de

---

<sup>32</sup> CONSEIL D' ETAT *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, París, 1998.

<sup>33</sup> Sobre las bondades, en la materia que comentamos, de los iconos de confianza, nos remitimos al trabajo de LÓPEZ JIMÉNEZ, D. "Los distintivos electrónicos de confianza: el sello de calidad registral", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 153, 2009.

<sup>34</sup> GUIASADO MORENO, A. *Formación y perfección del contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; CAMACHO CLAVIJO, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005.

<sup>35</sup> JORDANO FRAGA, F. "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 883-904; GETE-ALONSO y CALERA, M. C. *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985; GORDILLO CAÑAS, A. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986; RAMOS CHAPARRO, E. *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995; O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor", *La Ley*, núm. 4, 1996, pp. 1247-1251; LÓPEZ SAN LUIS, R. *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, Madrid, 2001; TOLDRÁ ROCA, M. D. *La anulabilidad por causa de incapacidad (Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

señalar que, aunque en algunos casos la existencia de autogobierno es evidente, en otros puede no ser tan clara de forma que, en ocasiones, puede existir incertidumbre para el tercero respecto a si debe contratar con el representante legal o debe hacerlo con el menor.

La validez de los contratos electrónicos efectuados por el menor estriba en el hecho de que requieran del menor una capacidad conforme a su edad y entendimiento –capacidad natural- y que no precisen de una especial complejidad lo cual no tendrá lugar cuando se trate de contratos que el menor realice con habitualidad.

No es precisa la intervención del representante legal del menor, de acuerdo con el art. 162.1 Código civil –Cc-, cuando se trate de actos que éste pueda realizar, teniendo en consideración sus condiciones de madurez, por sí mismo.

En materia de contratación, en general, y de comercio electrónico, en particular, debe coordinarse el reconocimiento de la capacidad del menor con la protección que sea precisa<sup>36</sup>. Ante la falta de norma que determine la capacidad general del menor no emancipado, cuando el mismo intervenga en materia de contratación electrónica, no podrá determinarse, con carácter general, si el contrato es válido o no debiendo, en todo caso, atender al supuesto concreto y valorar la capacidad del menor teniendo en consideración tanto la importancia del acto en cuestión como la madurez y desarrollo personal del menor. Aun así, por el simple hecho de que el menor sea parte del contrato, tal circunstancia, teniendo en cuenta los arts. 1300 a 1302 Cc, no podrá ser invocada por la otra parte para anular el mismo, pues sólo podrán solicitar la impugnación el propio menor, cuando alcance la mayoría de edad, o el representante legal de éste último.

Procede destacar que los menores de edad no podrán contratar determinados productos o servicios como tabaco, alcohol u otros productos perjudiciales para la salud y/o prohibidos por la ley. En efecto, deberán establecerse mecanismos técnicos que acrediten que quien adquiere los productos citados es, como mínimo, mayor de edad. En otras palabras, antes de perfeccionarse el contrato electrónico, deberá verificarse la edad del consumidor y/o usuario.

Cabe, en este sentido, la posibilidad de que el menor adquiera o contrate electrónicamente un bien o servicio sirviéndose, para ello, de maquinaciones fraudulentas existiendo, por tanto, dolo. Tal fenómeno existirá en el supuesto de

---

<sup>36</sup>DÍAZ ALABART, S. "El derecho de asociación de los menores", *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, Septiembre, 2002, pp. 613-648.



que el menor se haga pasar en la contratación electrónica, cuando así sea preciso, por mayor de edad o por otras personas, mayores de edad, suplantando, además, la personalidad de éstos. Sin perjuicio de que ambas actuaciones merecen un tratamiento diferenciado, en atención a las peculiaridades de cada una, estimamos, no obstante, oportuno efectuar ciertas consideraciones generales.

En el Código civil prevalece el interés de la protección del menor sobre la confianza del tercero con el que aquél contrata. El dolo del menor no será óbice para que éste o su representante legal impugnen el contrato. Sin embargo, deberán resarcirse los perjuicios ocasionados al tercero que, de buena fe, contrató con el menor. Para la fijación de la indemnización se tendrán en cuenta los gastos hechos para la realización del contrato y el valor de la cosa entregada y no restituible.

Cuando el menor de edad contrate en nombre propio pero haciéndose pasar por mayor de edad se aplicarán las reglas generales que hemos enunciado y examinado siendo el contrato celebrado anulable por el propio menor o por el representante legal de éste.

En el supuesto de que el menor se hiciera pasar por otra persona mayor de edad –dentro de la que cabe incluir a los padres o tutores–, el contrato celebrado será nulo por falta de consentimiento de la persona a la que el mismo sería imputable<sup>37</sup>. De la indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, proceda, a favor del tercero de buena fe con el que contrató, será responsable el menor. Si los padres tuvieran a éste último bajo su guarda tendrían que responder de la indemnización que resulte procedente<sup>38</sup>. Sin embargo, el menor podrá ser responsable directo cuando los progenitores no existan o sean insolventes.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD DEL MENOR DE EDAD

El tratamiento de datos personales del menor de edad es una cuestión importante a la que, como veremos, la legislación ha hecho frente de forma tardía sin perjuicio de que era una materia que, con carácter previo, ya era objeto de examen por los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico. A pesar

---

<sup>37</sup> JORDANO FRAGA, F. *Falta absoluta del consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988; CAMACHO CLAVIJO, S. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005.

<sup>38</sup> GETE-ALONSOY CALERA, M. C. *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985.

de que los avances que, sobre el particular, se han realizado en el ámbito legislativo, sobre todo con la aprobación del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, son importantes con respecto a la situación normativa precedente no son suficientes. Tal laguna legal es suplida, de manera importante, por la función que, al respecto, desarrollan los códigos de conducta pues, como analizaremos en el apartado siguiente, su contenido resulta extraordinariamente completo instaurando numerosas medidas tendentes a garantizar la protección integral del menor de edad.

### 3.1. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO AL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad o a la vida privada, a pesar de que constituye un concepto culturalmente relativo<sup>39</sup>, puede ser definido como la facultad que el individuo ostenta a defenderse de intromisiones e injerencias en un ámbito determinado en el que, además, pueda libremente desarrollarse como persona<sup>40</sup>. La finalidad de este derecho es la defensa del individuo, tanto frente a las posibles injerencias del poder estatal como de posibles intromisiones de terceros –que podrán ser personas físicas o jurídicas–, que afecten a su vida privada y/o familiar<sup>41</sup>. Tal derecho permite no sólo oponerse a facilitar ciertos datos personales o a que se invada el uso inconsentido de esos datos y medios, sino, además, la

---

<sup>39</sup> GALÁN JUÁREZ, M. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

<sup>40</sup> HERRERO-TEJEDOR, F. *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª edición, Colex, Madrid, 1994; WILDHABER, L. "Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Privatleben". En WOLFRAND, K. (Ed.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2002, pp. 44-124; FERNÁNDEZ CHATEIGNIER, V. "La protección jurídica del secreto de las comunicaciones en Internet", *La Ley*, núm. 2, Marzo, 2003, pp. 1394-1397; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>41</sup> SCHREPFER, T. W. *Datenschutz und Verfassung*, Peter Lang, Bern, 1985; MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J. "La protección de los Datos Personales: aspectos penales de la cesión de datos", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, 2000, pp. 11-44; WILDHABER, L. y BREITENMOSER, S. "Allgemeines zum Schutzbereich von Art. 8 EMRK". En WOLFRAND, K. (Ed.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2002, pp. 9-26; ARZOZ SANTIESTEBAN, X. "Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar". En LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 254-327; GRIMALT SERVERA, P. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.



protección activa sobre la información, mediante el derecho de acceso a la misma, control sobre su veracidad, corrección y actualización e, incluso, la revelación o divulgación a la que pueda haber lugar<sup>42</sup>.

Podemos afirmar, por tanto, que el derecho a la intimidad protege de la investigación –nadie puede entrar en nuestra intimidad sin nuestro consentimiento- y de la divulgación –los terceros no pueden, en modo alguno, divulgar, sin nuestra autorización, nuestros datos íntimos<sup>43</sup>-. Como ya hemos visto, además de este contenido negativo del derecho –exclusión de terceros y prohibición de divulgación-, la intimidad tiene un contenido positivo que posibilita el control de la información personal.

El contenido del derecho a la intimidad progresivamente se está ampliando y se está acercando, cada vez más, a una acepción amplia de la “vida privada” entendida como un espacio físico y espiritual reservado al ser humano necesario para que éste pueda excluirse del resto de la sociedad pudiendo decidir, dentro del ámbito de su libertad, quien puede entrar en aquél y, a su vez, representa un ámbito en el que, como persona, puede desarrollar todas sus potencialidades sin la injerencia injustificada de terceros<sup>44</sup>.

Podemos entender por dato personal aquella información sobre una persona física identificada o identificable (art. 2 de la Directiva 95/46/CE sobre Protección de Datos Personales<sup>45</sup>, art. 3 LOPD y art. 5.1.f) Reglamento de desarrollo LOPD –aprobado por RD 1720/2007 de 21 de diciembre-). Lo más significativo,

---

<sup>42</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Elementos de Derecho Civil*, Tomo 1, Vol. 2, Dykinson, Madrid, 1998; GUILLÉN CATALÁN, R. *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

<sup>43</sup> O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Edersa, Madrid, 1991.

<sup>44</sup> MIERES MIERES, L. J. *Intimidad personal y familiar (Prontuario de Jurisprudencia Constitucional)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2002.

<sup>45</sup> En este sentido, interesa poner de relieve que la Directiva 2002/58, que se aplica a los servicios de comunicaciones electrónicas públicos (los no públicos quedarán cubiertos por la Directiva 95/46) tiene por objeto reducir al mínimo necesario el tratamiento de datos personales y que la información sea tratada de forma anónima mediante pseudónimos cuando sea posible. La transposición al Derecho interno de la Directiva que comentamos tuvo lugar en virtud de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Sobre esta cuestión nos remitimos al trabajo de VEGA VEGA, J. A. “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, pp. 615-638.

insistimos, es que los datos se refieran a una persona identificada o identificable, con independencia de que el dato se refiera a uno mismo o a un tercero<sup>46</sup>.

De acuerdo con la STS de 31 de octubre de 2000, el concepto de “dato personal” no es sinónimo de “dato de carácter personal”, no sólo porque no siempre un dato personal es un dato de carácter personal, sino, además, porque existen datos de carácter personal que no son datos personales. Continúa diciendo el Alto Tribunal que los datos de carácter personal son de tres clases: a) Datos personales *strictu sensu*, que son aquellos datos existenciales que pueden ser asociados a una persona determinada o determinable –nacimiento, muerte, matrimonio, domicilio y análogos–, los datos referentes a la actividad profesional, al patrimonio, a la pertenencia a una confesión religiosa, las enfermedades, etc.; b) La “información sobre las condiciones materiales”, concepto que quedaría englobado dentro de la ambigua frase empleada por el artículo 3, letra a) de la LOPD, “cualquier información”; y, finalmente, c) evaluaciones y apreciaciones que puedan figurar en el fichero y que hagan referencia al afectado.

En definitiva, los datos personales *strictu sensu* son los que identifican a una persona –por ejemplo, su nombre, apellidos, su imagen, su domicilio–; los segundos, en cambio, sirven para calificar a la persona o darnos información acerca de la misma –por ejemplo, datos sobre aficiones, etc.–.

Surgen ciertas dudas respecto de determinada información o datos que, aun no siendo asociables directamente a una persona física, sí pueden llegar a serlo indirectamente. Tal es el caso de las direcciones IP –*Internet Protocol*– que son como el número de teléfono que se asocia a la línea de un titular. En principio, una dirección IP no puede decir nada, en sí mismo, acerca de una persona. Tampoco constituye un número que identifique o desvele el nombre de una persona, en sí mismo, ya que es un simple número. Sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos –AEPD– lo considera un dato personal, aunque no en todo caso, sino siempre y cuando llegue a identificar a una persona.

Como consecuencia de los importantes avances tecnológicos acontecidos en los últimos años, muchos, indudablemente, vinculados al comercio electrónico, el elenco de datos personales se ha ido, progresivamente, incrementando considerándose, de este modo, datos personales la dirección de correo electrónico<sup>47</sup>, la

---

<sup>46</sup> ROSSNAGEL, A. *Handbuch Datenschutzrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2003.

<sup>47</sup> APARICIO SALOM, J. *Estudios sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Pamplona, 2000; MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson Civitas, Madrid, 2003; GIMENO-BAYÓN COBOS, R. “La



mencionada dirección de IP<sup>48</sup>, así como los datos constituidos por imágenes y/o sonidos<sup>49</sup>. En cuanto a las vulneraciones posibles respecto a estos últimos ha desempeñado un papel de primer orden ciertos instrumentos susceptibles de ser englobados dentro de la denominada *Web 2.0*. Nos referimos, entre otros, a las redes sociales, los *blogs* y las *wikis*.

### 3.2. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE LOS MENORES DE EDAD

Dentro de las personas protegidas por la legislación en materia de protección de datos es obvio entender, pues no hay duda alguna, que están incluidos los menores de edad –la mayoría de edad, de acuerdo con el art. 12 CE, se adquiere a los 18 años-. Paradójicamente hasta finales de 2007 no existía normativa alguna que se ocupara sobre la cuestión que comentamos. En efecto, se trata de una materia que hasta fines de 2007 –con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal-, a pesar de su enorme importancia y frecuencia práctica, no estaba regulada, de manera específica e integral, en el Código civil, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD) –con la excepción de los arts. 7 y 22.4-, o en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen –salvo en el art. 3.1-. Sí, en cambio, como hemos anticipado, es objeto de atención en los arts. 13 y 74.2.c) del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Sin embargo, se trata de una cuestión abordada, de forma previa, por los códigos de conducta, que posteriormente examinaremos, anticipándose, de este modo, al propio legislador que, como es sabido, aprobó el Reglamento de la LOPD a finales de 2007. Debemos determinar que toda la problemática que

---

publicidad en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información”. En SALASCARCELLER, A. (Dir.), *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico*, Consejo General del Poder Judicial y Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 265-297.

<sup>48</sup> AEPD “Carácter de Dato Personal de la Dirección IP. Informe 327/2003”, [<sup>49</sup> ERNST, S. “Gleichklang der Persönlichkeitsschutzes im Bild-und Tonbereich?”, \*Neue Juristische Wochenschrift\*, núm. 18, Abril, 2004, pp. 1277-1279.](https://www.agpd.es/upload/Canal_Documentacion/Informes%20Juridicos/Otras%20cuestiones%20de%20interes/OC%20(20030327)%20(Car%20de%20dato%20personal%20de%20la%20direcci%20F3n%20IP).pdf, 2003.</a></p></div><div data-bbox=)

estamos exponiendo constituye una cuestión estrechamente vinculada con la capacidad contractual por lo que habremos de tener en consideración lo que, a propósito de dicha materia, manifestamos.

En los casos en que el tratamiento de datos se efectúa a través de operaciones de comercio electrónico y, en numerosas ocasiones, mediante Internet se plantea una doble problemática en relación a los menores de edad. Por un lado, el tratamiento de datos a través de la Red agiliza su funcionamiento pero, simultáneamente, implica ciertos riesgos inexistentes cuando el consentimiento se presta de forma presencial. En efecto, el tratamiento de datos a través de Internet, no permite comprobar la identidad de quien presta el consentimiento ni, tampoco, su edad por lo que es posible y frecuente que un menor mienta sobre su edad para acceder a informaciones o imágenes destinadas, en exclusiva, a adultos. Por otro lado, existe una cierta polémica en cuanto a la edad en la cual los menores son aptos para acceder a contenidos dirigidos a todos los públicos. Así, se ha entendido, por parte de un sector de la doctrina<sup>50</sup>, que, en tal caso, los menores, desde los doce años, tienen madurez suficiente para consentir el tratamiento de sus datos personales, teniendo en consideración que este tipo de bases de datos están sometidas a una serie de reglas y límites dirigidos a proteger, en todo caso, el interés del menor, si bien se trata de una cuestión sobre la que la doctrina no es pacífica—en contra de la opinión expuesta se posiciona una determinada corriente doctrinal<sup>51</sup>—.

Teniendo en consideración el contenido de la memoria anual para el año 2000 de la AEPD, por lo que se refiere a la prestación del consentimiento por parte de los menores de edad, para el tratamiento de sus datos de carácter personal, podemos manifestar que el problema que examinamos lejos de quedar, en términos legales, definitivamente resuelto, era una materia ciertamente polémica pues, aunque parcialmente solventada—para los mayores de 14 años de edad—continuaban suscitándose dudas cuando el menor no tenga todavía 14 años<sup>52</sup>. En

---

<sup>50</sup> DELAMA AYMÁ, A. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>51</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Edisofer, Madrid, 2001.

<sup>52</sup> GÓMEZ-JUÁREZSIDERA, I. “Reflexiones sobre el derecho a la protección de datos de los menores de edad y la necesidad de su regulación específica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 11, 2006, pp. 71-88; GÓMEZ-JUÁREZSIDERA, I. “La protección de los datos del menor como E-Consumidor”. En COTINO HUESO, L. (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 713-736.



efecto, en este último supuesto, se asimilaba al mayor de edad siempre y cuando sea suficientemente maduro. La AEPD se refería a esta cuestión determinando que el menor de 14 años no podrá prestar su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales cuando “sus condiciones de madurez no garanticen la plena comprensión del consentimiento prestado”, en cuyo caso resultará preciso el complemento de capacidad de los representantes legales. Aunque, *a priori*, podría resultar una cuestión a precisar dependiendo de las circunstancias del caso concreto y, por tanto, generadora de una cierta inseguridad jurídica habrá supuestos meridianamente claros, por lo que a su consideración jurídica respecta, a diferencia de otros. Dicho de otra forma, en los casos en los que el menor se aproximaba –en mayor medida cuanto más cerca esté– a cumplir 14 años podría merecer un tratamiento muy similar –a los que ya poseen tal edad– en la cuestión que abordamos, a diferencia de cuando la frontera que le separaba de la cifra apuntada es verdaderamente significativa, en cuyo caso sí resultaría racionalmente necesario establecer un tratamiento jurídico diverso.

Por lo que respecta a la regulación que los códigos de conducta acometen en materia de protección de menores es ciertamente prolija y, simultáneamente, muy positiva –pues no debemos olvidar que los menores son el colectivo susceptible de verse más perjudicado en toda la materia que examinamos<sup>53</sup>–. En efecto, como en el siguiente apartado veremos, regulan toda la problemática vinculada a la protección de menores con exhaustividad y, si se nos permite la expresión, de forma casi reglamentaria. Destaca, entre otras cuestiones, el hecho de tener muy en consideración la vulnerabilidad e inmadurez consustancial al propio menor. En este sentido, se manifiesta la necesidad de obtener con carácter previo, al tratamiento o cesión de datos personales, el consentimiento de los padres o tutores de los menores de 14 años. Tal complemento de capacidad no será preciso cuando el menor pueda ser considerado adolescente –generalmente a partir de los 14 años–. De la memoria de la AEPD del año 2000 así como de las consideraciones presentes en los códigos de conducta de comercio electrónico parece haberse hecho eco el art. 13 Reglamento de desarrollo de la LOPD que dispone que “1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores

---

<sup>53</sup> AEPD “El director de la AEPD ha comparecido hoy ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados”, [https://www.agpd.es/upload/Prensa/2007/Noviembre/np\\_281107.pdf](https://www.agpd.es/upload/Prensa/2007/Noviembre/np_281107.pdf), 2007.

de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores; 2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior; 3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo; 4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales”.

Y es que, como se deduce de la lectura del precepto apuntado, debemos distinguir dos grandes grupos, con una regulación, en lo que a la manera de recabar el consentimiento respecta, diversa dentro del colectivo de los menores de edad. Por un lado, aquellos mayores de 14 años de edad que, por sí solos, podrán prestar su consentimiento, para el tratamiento de sus datos personales, salvo en los supuestos en los que, por imperativo legal, tal consentimiento precise la asistencia de los representantes legales. Por otro, los menores de 14 años para cuyo tratamiento de datos personales será preceptivo, como regla general, el consentimiento de sus progenitores o tutores.

Asimismo, se establece la prohibición de explotar la incredulidad y especial vulnerabilidad de los menores de edad —dentro de los que deben considerarse incluidos a todos los que todavía no han adquirido la mayoría de edad— para obtener información, de diversa índole, sobre la unidad familiar como, por ejemplo, son sus características profesionales, económicas, sociológicas u otras para cuyo efectivo conocimiento será preceptivo el previo consentimiento de sus titulares.

En el caso de que pretendan tratarse datos de menores de edad el lenguaje empleado para recabar tal consentimiento —aplicable únicamente para los mayores de 14 años pues para los menores de tal edad será inexcusablemente preciso el consentimiento exclusivo de sus representantes legales— deberá ser claro y suficientemente comprensible para un menor con indicación expresa de lo dispuesto en el art. 13 Reglamento desarrollo LOPD. Tal exigencia implica el



empleo de una terminología sencilla dentro del que debe entenderse incluida la imposibilidad de recurrir a tecnicismos, términos ambiguos o expresiones cuya efectiva comprensión sea ardua para un menor. Naturalmente, no será igual la comprensión y vocabulario que podríamos considerar inteligible para un menor con 14 años que para un menor que está próximo a la mayoría de edad. En cualquier caso, atendiendo al espíritu del precepto, debemos considerar que la intención del legislador ha sido no hacer distinciones, en este sentido, por lo que se refiere a la madurez exigible al menor a lo largo de su evolución natural. Es por ello que entendemos que el lenguaje empleado para recabar la autorización, para consentir el tratamiento de los datos personales del menor de edad, deberá ser lo suficientemente claro y sencillo para que pueda ser perfectamente comprensible tanto por un mayor de 14 años recién cumplidos como por un menor a punto de adquirir la mayoría de edad.

El responsable del fichero será el encargado de asegurar la efectividad del procedimiento mediante el que se recabe el consentimiento del menor en el caso de que sea mayor de 14 años. En el supuesto de que sea menor de 14 años así cuando la Ley así lo disponga para los mayores de 14 años deberá garantizarse la autenticidad del consentimiento prestado por los representantes legales.

### 3.3. EL CASO DE LAS REDES SOCIALES, LOS *BLOGS* Y LAS *WIKIS*

La irrupción de las nuevas tecnologías de marcado carácter social —*blogs, wikis, podcast*, redes sociales, etc.— ha determinado un alto grado de interconectividad entre los usuarios de Internet lo que, dicho sea de paso, les permite intercambiar todo tipo de opiniones sobre diferentes productos y experiencias con otras personas. La llegada de la *Web 2.0* ha supuesto una revolución, pues el potencial usuario adquiere un nuevo papel dentro del soporte, ya que deja de ser un mero espectador de contenidos para ser el que elige, el que participa e, incluso, el que crea esos contenidos. En suma, la *Web 2.0* es una *Web* más colaborativa que permite a sus usuarios acceder y participar en la creación de un conocimiento ilimitado y, como consecuencia de esta interacción, se generan nuevas oportunidades de negocio para las empresas. Siendo tal circunstancia una realidad, debemos reconocer que nos encontramos ante un escenario sometido a frecuentes violaciones de la privacidad.

Las redes sociales son servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público o semipúblico —únicamente para los

contactos personales previamente admitidos por el interesado- en el que se podrán, con cierta amplitud, reflejar datos personales disponiendo, a su vez, de herramientas informáticas que permiten interactuar con el resto de usuarios de esa red social<sup>54</sup>. Cuando se habla de redes sociales se alude a plataformas electrónicas desde las que los usuarios previamente registrados pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o videos que podrán ser visionados por sus contactos habilitados.

El modelo de crecimiento de los nuevos escenarios sociales que examinamos se basa en un proceso viral en el que un número inicial de participantes, mediante el envío de correos a sus conocidos, ofrece la posibilidad de unirse al sitio *Web*.

Las principales iniciativas regulatorias en los nuevos canales de comunicación que hemos enunciado provienen del plano internacional, sobre todo de la Comisión Europea y del Grupo de Trabajo del Artículo 29 que recientemente ha manifestado la intención de disciplinar todos los aspectos relacionados con la privacidad y seguridad de los usuarios de las redes sociales, sitios *Web* colaborativos, *blog* y demás medios de interacción de usuarios en Internet. Pese a lo afirmado, el principal obstáculo en el que nos encontramos es que numerosas redes sociales operan desde fuera de la Unión Europea—de hecho, muchas de ellas lo hacen desde Estados Unidos-, por lo que la normativa comunitaria puede no resultar de aplicación. Del mismo modo, la estadounidense se segmenta en un complejo entramado legislativo estatal y federal, de carácter sectorial, lo que, a su vez, supone, si cabe, una mayor complejidad.

De ahí que, por parte de los diferentes países se promueva la autorregulación del sector con distintas iniciativas. Es muy probable que, según las últimas declaraciones de la Comisión Europea, muy pronto se apruebe un código de conducta que discipline con profusión las nuevas plataformas electrónicas que hemos enunciado.

En un importante número de casos, las redes sociales posibilitan que los motores de búsqueda de Internet indexen —en sus búsquedas- los perfiles de los usuarios, junto con información de contacto y de perfiles de terceros que han sido

---

<sup>54</sup> El INTECO, *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y de la seguridad de la información en las redes sociales online*, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación y Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2009, pp. 38, define las redes sociales como “servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil, desde el que hacer datos públicos datos e información personal y que proporcionan herramientas que permiten interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características publicadas en sus perfiles”.



previamente autorizados como “amigos” por los usuarios en cuestión, lo que puede suponer un riesgo muy significativo para la protección de la privacidad, además de dificultar el proceso de eliminación de su información en Internet.

Las redes sociales se pueden clasificar en atención a diversos criterios. Así, por ejemplo, podrían distinguirse según el público objetivo al que se dirigen o al tipo de contenido que albergan. De este modo, se aprecian dos grandes tipologías de redes sociales: las generalistas o de ocio —entre las que puede destacarse *Facebook*, *Hi5*, *Orkut*, *Myspace* y *Bebo*— y las profesionales —en las que, a título de ejemplo, puede citarse *LinkedIn*, *Neurona*, *Econozco* y *Xing*—. En este sentido, debe destacarse que las redes de ocio presentan, desde el punto de vista de vulneración de la privacidad, un nivel de riesgo superior que las profesionales. La causa es que los usuarios exhiben, no solo sus datos de contacto o información profesional, sino que se pueden públicamente exponer otros aspectos personales del usuario —gustos, experiencias, etc.—, lo que, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, supone que el volumen de datos personales puestos a disposición del público sea mayor que en las que tienen carácter profesional. Asimismo, se trata de datos especialmente protegidos lo que implica un mayor nivel de riesgo para la protección de dichos datos. En suma, nos encontramos ante lo que podríamos calificar como una suerte de escaparate virtual en el que el control de la información es muy limitado pues, una vez facilitada la misma, se desconoce dónde, cuando y por quién puede ser visitada, con qué fines y durante cuánto tiempo.

Es, precisamente, en materia de protección de datos donde acontece el mayor número de violaciones respecto a los derechos de los usuarios, ya que las redes sociales fundamentan todos sus contenidos en los perfiles que los usuarios dan de alta y, con relativa periodicidad, actualizan. De hecho, el control de la información publicada en una red social es extraordinariamente limitado, pues cualquier usuario puede difundir fotografías o videos en los que podrán aparecer otros individuos. Es fundamental que los usuarios tengan conocimiento que la publicación de contenidos con información y datos respecto a terceros no puede efectuarse si estos no han autorizado antes su publicación.

Conviene también incidir en que, además de las valoraciones previas que hemos efectuado, los avances que las redes sociales y las plataformas colaborativas suponen están modificando las prácticas comerciales<sup>55</sup>, redefiniendo, de esta manera, la forma electrónica de ofertar bienes y servicios a través de la publicidad hipercontextualizada según los perfiles de usuario, diversificando el mercado y

creando nuevos canales de comunicación. Los *spammers* pueden utilizar la información personal disponible en las redes sociales para recopilar direcciones de correo electrónico de modo que, cuando envíen *spam*, parezca que se envía desde los contactos directos. En este sentido, debe precisarse que un correo electrónico recibido desde una dirección de un contacto, es mucho más probable que llegue a abrirse, pues parecerá, por decirlo en términos coloquiales, un correo “más fiable”. Además, el *spammer* recogerá información relativa a aficiones o intereses con el fin de crear mensajes con temas de interés para el usuario, lo que, unido a que se recibe de un contacto, aumentará las posibilidades de que el usuario abra ese correo malicioso y que el *malware* que contenga, se active.

En otras palabras, las redes sociales se han erigido en una poderosa herramienta de marketing para las empresas a la hora de promocionar sus productos y servicios ganando cada vez más terreno. Estos nuevos modelos de negocio basados en el comercio electrónico pueden dar origen a un cierto grado de incertidumbre en el usuario sobre todo respecto a, entre otras cuestiones, la seguridad de las transacciones electrónicas, al perfeccionamiento y validez de los contratos o a la normativa aplicable o jurisdicción competente en caso de litigio.

Seguidamente, una vez que hemos visto el concepto de red social y los eventuales problemas que en materia de privacidad pueden suscitarse, nos ocuparemos de los conceptos de *wiki* y de *blog* poniendo, en este sentido, de relieve las particularidades de cada uno de ellos y los posibles problemas que en materia de protección de datos pueden llegar a plantearse.

Una *wiki*, *a priori*, es una página *Web* más, si bien existe una importante diferencia con respecto a las páginas *Web* convencionales, que estriba en que permite, a quienes la usan, editar o alterar su contenido, añadir imágenes, vídeos –o *podcasts*-. No es nueva la posibilidad de editar una página *Web*, lo que sí es diferente es que esta edición no esté hecha por especialistas en nuevas tecnologías. En una *wiki* se refleja una visión de la *Web* que rompe las tradicionales barreras

---

<sup>55</sup> En este sentido, no resulta lícito el recurso a técnicas comerciales, como el *spam*, claramente vulneradoras de la privacidad. Así, a título de ejemplo, cabe referirse al caso en el que en 2008 una persona fue multada por un juez estadounidense a pagar más de 873 millones de dólares –unos 697 millones de euros– por mandar, a través de la red social *Facebook*, correos electrónicos no solicitados relativos a temas de orientación sexual, ofertas no solicitadas de medicamentos y otros productos. La imposición de la multa se efectuó en virtud de la Ley de Control de Pornografía y Marketing No Solicitados –*Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act*-. La sanción no cabe duda que tendrá un importante efecto disuasorio de cara a posibles infractores futuros de la norma mencionada.



entre lectores y autores de recursos de Internet. Se aplica este término a una serie de sistemas, características, proyectos y teorías diversas, y entre los expertos no hay acuerdo sobre lo que es en esencia una *wiki*. Actualmente, la *wiki* más grande que existe es la versión en inglés de *Wikipedia*, seguida por varias versiones del proyecto en otros idiomas. Para operar en la *wiki*, siguiendo el ejemplo enunciado de *Wikipedia*, no es estrictamente necesario el registro del usuario. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que de actuar sin registrarse, los datos introducidos por su autor públicamente se identificarán por la IP del sujeto activo que, naturalmente, podrá ser rastreada a efectos de llegar al lugar desde donde se hizo el comentario en cuestión. En el supuesto de que el autor de la colaboración se haya registrado conviene manifestar que lo podrá hacer con su nombre real o con un seudónimo. El nombre del autor registrado que hace el comentario será visible para otros.

Un *blog* es un diario personal virtual que contiene reflexiones, comentarios y enlaces con otros sitios digitales. Presenta un orden cronológico inverso –se consulta comenzando por el último comentario insertado–, situado en un sitio *Web*, en el cual su autor vierte opiniones, reflexiones, enlaces a otras páginas *Web* u otros *blogs*, con la posibilidad de que distintos internautas introduzcan sus comentarios, los cuales podrán ser controlados, e incluso, si procede, censurados, por el titular del *blog*, que se denomina *blogger*<sup>56</sup>. Resulta necesario poner de relieve que todos los tipos de *blog* –personales, temáticos y corporativos– podrían ser considerados, a tenor de la legislación –LSSI-CE– y los propios códigos de conducta –como el de la Agencia de calidad de Internet–, vehículos publicitarios.

En todo caso, sólo apuntaremos los problemas que podrían llegar a tener lugar a efectos de privacidad en el caso de que los menores de edad –previo registro e introducción de los datos personales sujetos a tratamiento–, efectuaran ciertos comentarios en los *blogs* y *wikis*. Nos encontramos ante un supuesto que podría solventarse según el tenor del art. 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD que dispone que “podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”.

---

<sup>56</sup> LEMA DEVESA, C. y PATIÑO ALVÉS, B. “El *blog* como vehículo publicitario”, *Derecho de los Negocios*, núm. 208, 2008, pp. 5-18.

Pues bien, a pesar del precepto enunciado, debe valorarse la interesante consideración que a propósito del particular –aunque centrado al ámbito educativo- determina el Grupo de Trabajo del Artículo 29, en el Documento de trabajo 1/08 sobre la protección de datos personales de los niños (Directrices generales y el caso especial de los colegios) del 18 de febrero de 2008, que dispone, en sede de conclusiones, que “no debería darse nunca el caso de que, por razones de seguridad, los niños se enfrenten a una vigilancia excesiva que reduzca su autonomía. En este contexto, es necesario hallar el equilibrio entre la protección de la intimidad y la intimidad de los niños y su seguridad”.

En consecuencia, habría que examinar cada caso concreto para efectuar una valoración acorde a las apreciaciones realizadas. En otras palabras, entendemos que si, a título de ejemplo, para operar en cualesquiera de los medios, que naturalmente fueran para todos los públicos, que hemos enunciado –*blog* y/o *wiki*, es necesario el simple registro –con un seudónimo- y una contraseña sin más, no debería existir óbice para que el menor de catorce años actuase por sí solo. Otra cuestión bien diferente sería si para el registro se pidieran datos distintos a los que, de manera ejemplificativa, hemos enunciado –como de tipo económico, solicitud de la dirección electrónica y postal, teléfono, etc.- en cuyo caso sí sería necesaria la intervención de los padres o tutores.

En definitiva, en los últimos años, se ha registrado un rápido aumento de los sitios *Web* que permiten a los usuarios publicar su propia página o perfil. Son muy populares entre los niños y los adolescentes como un medio apto tanto para expresarse como para establecer vínculos de amistad con otras personas. Las páginas *Web* de las redes sociales, de manera relativamente frecuente, se emplean para editar diarios en línea denominados *blogs*. Recopilan, de manera cronológica, textos o artículos de uno o varios autores, apareciendo, a este respecto, primero el más reciente. Cabe poner de manifiesto, por su extraordinaria novedad, que existen espacios *Web* especialmente diseñados para los móviles y el acceso *wap*, *sms* y *mms*, para precisamente actualizar y consultar *blogs*. En todo caso, conviene considerar, como hemos analizado, los problemas que, a efectos de privacidad, pueden suscitarse. Para hacer frente a estos últimos, como seguidamente veremos, los legisladores comunitario y nacional fomentan el recurso a los denominados códigos de conducta.



## 4. VIRTUALIDAD DE LA AUTORREGULACIÓN SOBRE EL PARTICULAR

Aunque ya hemos anticipado, cuando ha resultado procedente, las bondades que, en materia de protección de los menores de edad, respecto al comercio electrónico desempeña el fenómeno de la autorregulación, cabe, a continuación, efectuar un análisis más extenso del mismo. Nos referiremos a una de las manifestaciones más paradigmáticas a este respecto cual es el código de conducta. La eficacia que el mencionado instrumento despliega en el ámbito que sometemos a estudio es realmente significativa, si bien, como también veremos, funciona en otros escenarios muy vinculados al que sometemos a examen. En este último sentido, nos referimos al teléfono móvil.

### 4.1. EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Hemos adelantado, al hilo del análisis de ciertos ámbitos —vinculados, directa o indirectamente, con la contratación electrónica— en los que el menor puede verse perjudicado, las prerrogativas que los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico ostentan. De hecho, uno de los contenidos más significativos de los mismos es, precisamente, la protección de los menores de edad.

Los preceptos de los códigos de conducta dedicados a la protección de los menores de edad inciden en la necesidad de garantizar la salvaguardia de tal colectivo en diferentes ámbitos cuales, por ejemplo, son el de la publicidad interactiva, la contratación electrónica y el tratamiento de datos personales. Aunque de tales cuestiones ya nos hemos ocupado, con cierto grado de detalle, procede, en este apartado, referirse a las interesantes novedades en las que los códigos deontológicos incurren con respecto a la legislación pues, como seguidamente veremos, son numerosas y ciertamente plausibles las medidas propuestas para alcanzar un nivel de protección elevado de los menores de edad. Antes de adentrarnos en el contenido del articulado de los códigos de conducta en materia de protección de menores cabe perfilar ciertas notas generales sobre la figura que comentamos.

Los códigos de conducta en materia de comercio electrónico son documentos, de carácter voluntario, que incluyen un conjunto de principios, reglas o, en definitiva, buenas prácticas, certificables por una tercera parte independiente, en cuya redacción se han tenido en consideración los intereses de asociaciones de

consumidores y usuarios, discapacitados u otros colectivos afectados, que disciplinan materias relativas al procedimiento precontractual, contractual y postcontractual por lo que a la contratación electrónica respecta, sin perjuicio de otras cuestiones como la publicidad interactiva, la protección integral de los menores de edad, la privacidad y la seguridad electrónicas amén de otras conexas, cuya finalidad es la instauración y consolidación de la confianza del potencial consumidor y usuario.

Las ventajas de estos códigos son muy numerosas, destacando, entre otras, la mayor implicación de los destinatarios de las normas en su elaboración, lo que aumenta la eficacia de las mismas. Se tiende a considerar las normas como propias, autoimpuestas y como absolutamente necesarias para el buen desarrollo y desenvolvimiento del medio en el que surjan, por lo que el cumplimiento espontáneo aumenta considerablemente con respecto a las normas heterorreguladas —que son aquellas impuestas por el sector público—.

De hecho, como acertadamente determina un sector de la doctrina<sup>57</sup>, es posible que la acción reglamentista no sea precisamente la opción más idónea para solventar muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar sugerentes objetivos de protección de los consumidores, sobre todo en industrias que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores. Una autorregulación real, con compromisos claros y voluntariamente obligatorios para con los consumidores y que sea correctamente aplicada, puede reducir la necesidad de la reglamentación.

Las normas que se recogen en estos códigos suelen estar mucho más adaptadas al problema concreto que quieren solucionar, ya que la elaboración de los mismos se ha efectuado, precisamente, por las personas que se encuentran en una relación más cercana con la problemática a resolver.

Uno de los contenidos nucleares de los códigos de conducta es, como sistemáticamente hemos puesto de relieve, la protección integral de los menores de edad. Aunque existen ciertos códigos de conducta reguladores del comercio electrónico con vocación nacional, entre los que cabe destacar los de la Agencia de Calidad de Internet<sup>58</sup>, E-confía, Optima Web, Aenor, Aptice y E-Web, su

---

<sup>57</sup> VEGA VEGA, J. A. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, pp. 404.

<sup>58</sup> La Agencia de Calidad de Internet constituye una asociación nacida en febrero de 2008 fruto de la fusión de los dos sistemas de autodisciplina más relevantes, hasta ese momento, en materia de comercio electrónico. Son, por un lado, Confianza Online y, por otro, Iqua.



articulado en materia de protección de menores no es, en modo alguno, idéntico pero, en todo caso, tienen como finalidad, entre otros aspectos, la protección de los menores. A este respecto, analizaremos, por su interés, las consideraciones que sobre el particular se contienen en el código ético de la Agencia de Calidad de Internet que disciplina en los arts. 29 a 31 la protección de menores.

Antes de estudiar el contenido del código deontológico en materia de protección de menores efectuaremos unas breves consideraciones en relación a la entidad promotora de aquél: la Agencia de Calidad de Internet. Tal entidad la componen, además de Red.es—Ministerio de Industria, Comercio y Turismo—, los Consejos Audiovisuales de Cataluña, Andalucía, Navarra y Andorra, Autocontrol<sup>59</sup> y la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional<sup>60</sup> —AECEM—. Como puede apreciarse, nos encontramos ante una asociación sin ánimo de lucro fundada por 7 entidades, 2 de ellas privadas: AECEM y Autocontrol, representando a la industria publicitaria (anunciantes, agencias y medios); y 5 públicas: Consejos Audiovisuales de Andalucía, Andorra, Cataluña y Navarra y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la entidad pública empresarial Red.es.

El art. 29 del código ético reglamenta la publicidad dirigida a menores inspirándose, a tal efecto, en el art. 18 del código de conducta de la Cámara de Comercio Internacional. La publicidad dirigida a los menores de edad deberá, por encima de todo, tener en consideración el colectivo al que, con carácter preferente, se refiere. Tal circunstancia debe, en todo caso, asegurar el cumplimiento de

---

<sup>59</sup> En España, la autorregulación publicitaria está a cargo de una entidad de reconocido prestigio sobre el particular como es la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial —Autocontrol— que es una asociación sin ánimo de lucro formada por anunciantes, agencias, medios de comunicación y otras empresas de servicios al discurso comercial que en conjunto representan más del 70% de la inversión publicitaria española así como por diversas asociaciones empresariales. Además de promover la elaboración de códigos sectoriales, cuenta con un conjunto de reglas que constituyen la concreción de aquello que es éticamente correcto o incorrecto en el ámbito del discurso comercial y determinan los límites de la actividad publicitaria para la protección de los intereses y derechos de consumidores y competidores.

<sup>60</sup> La Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECEM-FECEMD) nace en el año 2005, fruto de la fusión de la Asociación Española de Marketing Relacional (AEMR-FECEMD) y la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE-FECEMD). En la actualidad, AECEM-FECEMD representa a más de 200 compañías cuya actividad está relacionada con el comercio electrónico y con el marketing relacional y pretende ser una referencia frente a las instituciones gubernamentales y legislativas en materia de comercio electrónico y en todo aquello que afecte al marketing relacional directo e interactivo.

ciertos principios explicitados por la norma que comentamos. Así, destaca, por ejemplo, la necesidad de que la publicidad dirigida a los niños o adolescentes no se aproveche de la inexperiencia y credulidad consustancial a los mismos; el necesario respeto a los valores sociales lo que supone que la publicidad no deberá incitar a que los menores reclamen la adquisición del bien o servicio ofertado a sus padres, tutores, profesores, etc.

Toda la problemática relativa al tratamiento de datos personales de los menores de edad se disciplina, con profusión, por el art. 30 del código ético que, a su vez, se inspira en los arts. 7 —del capítulo D— y 19 del código de conducta de la Cámara de Comercio Internacional. Sobre la materia que comentamos, hasta bien entrado el año 2007, existía, lamentablemente, como hemos tenido ocasión de ver, un cierto vacío legal. De la memoria de la AEPD del año 2000, que —como hemos visto— se ocupa sobre la protección de los datos personales de los menores de edad, así como de las consideraciones presentes en la norma del código de conducta de la Agencia de Calidad de Internet, parece haberse hecho eco el art. 13 Reglamento de desarrollo de la LOPD.

El art. 30 del código ético es ciertamente extenso estando compuesto por hasta 7 apartados. Estimamos que, al no encontrarnos ante una norma que reitera las disposiciones legales sino que innova y mejora el marco tuitivo a favor del consumidor y/o usuario, debemos poner de relieve sus previsiones más sugerentes. En este sentido, el principio general del que parte la norma viene constituido por la defensa que, en materia de protección de datos, ha de instaurarse a favor del menor de edad. En línea con semejante medida, las empresas comprometidas con el sistema de autorregulación no deberán aprovecharse del desconocimiento del colectivo de los menores de edad para, como determina el primer apartado del art. 30, conocer datos de la situación económica o de la intimidad de otros miembros de la familia.

En consonancia con la memoria anual de la AEPD de 2000, el art. 30.2 del código ético, por lo que al tratamiento de datos personales de menores se refiere, hace una doble distinción en atención a la edad del menor de edad. Si es menor de 14 años deberá recabarse el consentimiento de sus padres o tutores, mientras que si es mayor de tal edad no será necesario el consentimiento de sus progenitores siendo suficiente con el del propio afectado siempre y cuando, de acuerdo con la literalidad de la norma, “los términos en que se solicita su consentimiento estén redactados de forma que sean fácilmente comprensibles para ellos”.

Asimismo, se reconoce la posibilidad de que los padres o tutores se opongan



a la remisión de comunicaciones comerciales solicitadas por el menor. De igual modo, los datos personales de los menores de edad sólo podrán ser utilizados para la promoción, venta y suministro de bienes o servicios objetivamente aptos para menores.

En lo que se refiere a la cesión de datos personales de menores de edad, se establece, de nuevo, una doble distinción. Si los datos personales son relativos a menores de 14 años para la cesión será necesario obtener el consentimiento de sus padres o tutores mientras que para los mayores de tal edad no será preceptivo cuando, como nuevamente determina “los términos en que se solicita su consentimiento estén redactados de forma que sean fácilmente comprensibles para ellos”.

Los últimos dos apartados -6 y 7- del art. 30 así como el art. 31 del código ético presentan un contenido realmente interesante pues, precisamente, aluden al valor de las actividades destinadas a alcanzar la educación de padres y tutores en materia de protección de datos de menores de edad. En definitiva, como hemos podido apreciar, los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico suponen un interesante complemento de la normativa legal aprobada por el legislador estatal.

#### 4.2. EN ÁMBITOS PARCIALMENTE VINCULADOS: LA TELEFONÍA MÓVIL COMO PARADIGMA

El teléfono móvil supone un avance tecnológico ciertamente significativo. La funcionalidad que, en la actualidad, despliega va más allá de ser un simple medio canalizador de la voz o de mensajes de texto e imágenes. A través de tal instrumento técnico, puede acometerse la contratación, sin necesidad de acceder a Internet, de servicios específicamente diseñados para el teléfono móvil. Tales servicios, *a priori*, pueden ser contratados por los menores de edad si bien algunos de ellos pueden resultar perjudiciales para tal colectivo. Para garantizar su protección se aprobó por parte de los operadores de red de telefonía móvil, como manifestación de la autorregulación del sector, un código de conducta específico.

La adopción del código de conducta del que nos ocupamos presenta una extraordinaria importancia esencialmente por la especial vulnerabilidad del colectivo -los menores de edad- al que va dirigido. Aunque la aprobación del mismo tiene lugar en un momento vital -julio de 2008- debería haber llegado bastante antes.

El riesgo que la contratación de determinados servicios ofrecidos para el

teléfono móvil puede conllevar para el desarrollo de los menores de edad demandaba una regulación que, de momento, no ha cubierto el legislador. Éste último sólo ha aprobado una normativa que protege al menor frente a los supuestos que, a tenor de la propia legislación, puedan considerarse ilícitos pero no, en cambio, frente a los que puedan considerarse nocivos para el futuro desarrollo de la personalidad del menor.

En cualquier caso, la industria vinculada al sector de la telefonía móvil a finales de 2007 tomó conciencia (suscribiendo tal valoración en un compromiso rubricado por los operadores móviles con red que son Telefónica, Vodafone, Orange y Yoigo) de la necesidad de redactar un código de conducta dirigido a proteger a los menores de edad frente a los riesgos que determinados servicios ofrecidos por el teléfono móvil pueden suponer para los mismos.

Tal código deontológico, que es una realidad desde julio de 2008, merece una acogida positiva pues, en cierta medida, suple un vacío legal importante que el legislador nacional, como hemos anticipado, no había sabido o querido cubrir.

En cuanto al objetivo del código ético cabe decir que es unificar un elenco de prácticas dirigidas a potenciar un uso responsable de los nuevos servicios y contenidos móviles por parte de los menores de edad que, como es sabido, es uno de los segmentos de la población más vulnerable. Un dato en el que conviene incidir viene determinado por el hecho de que las normas contenidas en el código están dirigidas a los menores de edad en el sentido más amplio de la expresión: personas que no han cumplido los 18 años de edad.

En otras palabras, a diferencia de ciertas instituciones públicas (como el legislador estatal en el art. 13 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, o la Agencia Española de Protección de Datos en su memoria anual del año 2000) y semipúblicas (como la Agencia de Calidad de Internet de la que cabe destacar el código de conducta regulador de la publicidad interactiva y de la contratación electrónica), el código deontológico que comentamos, no distingue entre niños –menores de 14 años- y adolescentes –mayores de 14 años-.

Naturalmente no tiene la misma madurez un menor a punto de cumplir la mayoría de edad que un menor con una edad inferior a los 14 años. En los casos descritos el uso que cada uno de ellos podrá efectuar del teléfono móvil, teniendo en consideración el distinto grado de madurez, difiere sensiblemente. A pesar de tales considerandos, el código de conducta que examinamos trata por igual, sin hacer distinciones de ningún tipo, al colectivo de los menores de edad.



Las actividades a las que el código de conducta se aplicará—elemento objetivo—son las del fomento y la promoción de un uso responsable, por parte de los menores de edad, de los contenidos transmitidos a través de redes de comunicaciones electrónicas móviles. En el futuro inmediato, los móviles y las redes inalámbricas probablemente ofrecerán muchos otros servicios que, en la actualidad, únicamente disponibles para los usuarios de sobremesa.

Ahora bien, existen dos tipos de contenidos a los que el código de conducta no resulta aplicable. Son, por un lado, los accesibles a través de Internet. De hecho, para los contenidos presentes en Internet existen códigos de conducta específicos—como el, ya mencionado, código ético para la publicidad interactiva y contratación electrónica de la Agencia de Calidad de Internet—. Por otro lado, el código que examinamos tampoco es aplicable a los contenidos que puedan intercambiarse a través de dispositivos que posibiliten las comunicaciones persona a persona—*bluetooth*, infrarrojos, etc.—. El intercambio de tales archivos es difícilmente controlable por parte de los operadores móviles, ya que tiene lugar a través de tecnologías que no emplean, en modo alguno, la red de cobertura ofrecida por el operador.

Es realmente significativo poner de relieve que las obligaciones establecidas en el código deontológico tienen carácter de mínimos. Tal extremo supone que podrán ser mejoradas, a favor del menor de edad, por cada uno de los operadores firmantes del documento en cuanto a las posibles medidas de protección frente a determinados servicios ofrecidos a través del teléfono móvil. Lo que, sin embargo, no es admisible es una rebaja de los deberes inicialmente asumidos.

En línea con la consideración efectuada, conviene poner de relieve que los operadores móviles tienen completa libertad de actuación comercial para el cumplimiento del código de conducta suscrito. No debemos, en este sentido, perder de vista que nos encontramos ante un documento de carácter deontológico que es de cumplimiento adicional a lo que al respecto pueden determinar la legislación estatal y comunitaria aplicable. En otros términos, los códigos de conducta, como regla general, suelen establecer normas que mejoran lo dispuesto, con carácter mínimo, en la propia normativa legal constituyendo un plus adicional especialmente garantista o tuitivo en nuestro caso para el colectivo de los menores de edad.

Seguidamente examinaremos las medidas instauradas por parte de los operadores para garantizar la plena protección de los menores de edad frente a determinados contenidos nocivos y, en su caso, ilícitos que podrán incluir los

servicios ofrecidos a través del teléfono móvil. Tales actuaciones pueden clasificarse en tres grandes bloques:

1. Clasificación de contenidos previo mensaje de advertencia. Nos encontramos ante un mecanismo de protección ampliamente desarrollado en el anexo al código de conducta. Los criterios de clasificación<sup>61</sup> aluden a cuatro modalidades de contenidos en los que los mismos pueden cobrar sentido que son los siguientes: 1. eróticos; 2. apuestas virtuales u *online*; 3. películas para móviles y; 4. videojuegos.

2. Establecimiento de mecanismos de control de acceso –por los propios operadores móviles y por los proveedores con los que aquéllos tengan un acuerdo comercial suscrito- para evitar la visión de contenidos clasificados sólo para adultos.

3. Educación y concienciación pública. La mejor opción frente a cualquier actuación potencialmente perjudicial –como, en nuestro caso, es la protección de los menores frente a contenidos potencialmente nocivos y/o ilícitos- pasa por la prevención, en la que desempeña un destacado papel la función que al respecto pueden cumplir los padres/tutores de los menores. Destaca, asimismo, el compromiso público que los operadores signatarios del presente código de conducta asumen de impulsar la puesta en práctica de medidas dirigidas a impulsar un uso responsable del teléfono móvil por parte del colectivo de los menores.

Hemos visto un nuevo ámbito, el uso responsable del teléfono móvil por parte de los menores de edad, en el que la autorregulación despliega una función primordial. Gradualmente, la industria es consciente de la necesidad de establecer medidas de protección de los colectivos susceptibles de padecer un mayor número de perjuicios en los ámbitos en los que operan. Aunque, *a priori*, el teléfono móvil es un escenario diseñado para que todos los individuos puedan hacer uso del mismo, con independencia de su edad, existen servicios vinculados que pueden perjudicar el desarrollo de la personalidad del menor de edad. Con buen criterio, los operadores han establecido un elenco de medidas, integradas en un código de conducta, dirigidas a garantizar el uso correcto del teléfono móvil por parte del colectivo más influenciado que no es sino los menores de edad.

---

<sup>61</sup> Para la conceptualización de un determinado contenido como adecuado o no adecuado para un menor de edad se tiene en consideración la clasificación ofrecida por la organización *WAAT Media*. Según tal entidad, puede distinguirse entre contenidos adecuados –desde el nivel CS 1.0 hasta el CS 2.1- y contenidos no adecuados para menores –desde el nivel CS 2.2 hasta el CS 10.0-.



## 5. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías han irrumpido en nuestras vidas relativamente hace muy poco tiempo. Aunque la razón de su concepción obedece a motivos de carácter positivo cuya finalidad, dicho en términos coloquiales, es hacernos la vida más fácil, existen ciertos colectivos que, en cierta medida, pueden verse perjudicados. Nos referimos a los menores de edad. Estos últimos, en ocasiones, efectúan un uso no demasiado adecuado de los nuevos instrumentos tecnológicos, entre los que ocupa una posición de primer orden Internet en general y el comercio electrónico en particular.

Para la protección de los menores de edad en los nuevos escenarios tecnológicos como los mencionados, en el que cabe destacar el comercio electrónico, se han aprobado un elenco de normas legales, si bien no reglamentan, con suficiente grado de detalle y celeridad, todos los extremos susceptibles que, en la práctica, pueden llegar a plantearse. Consciente de tales limitaciones, el legislador comunitario y nacional—este último a impulsos del europeo—busca fomentar, en virtud de la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad, la autorregulación del sector. Uno de los instrumentos más paradigmáticos de esta última son los denominados códigos de conducta. Tales documentos suelen integrarse en los sistemas de autodisciplina cuyos presupuestos necesarios son, además del mencionado código de conducta, un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos para solventar las eventuales controversias acontecidas entre las empresas adheridas y los consumidores o usuarios que, de una u otra forma, acometan con aquéllas la contratación o prestación de un bien y/o servicio, incluyendo las actividades destinadas a la promoción —publicidad interactiva— de los mismos.

El articulado de los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico suele contener una regulación exhaustiva de todos los aspectos susceptibles de ser englobados en aquél. De hecho, con la finalidad de lograr instaurar elevados niveles de confianza, mejoran, de forma significativa, el marco jurídico fijado inicialmente, con carácter mínimo, por el legislador.

Uno de los contenidos en los que los códigos de conducta complementan, de manera plausible, la reglamentación jurídica vigente, es el vinculado con la actuación de los menores de edad en materia de contratación electrónica. En este sentido, prestan especial atención a todos los extremos potencialmente perjudiciales para aquéllos —contratación electrónica, publicidad interactiva, privacidad, etc.-.



En cualquier caso, tal y como hemos visto, los códigos de conducta realizan una impecable labor, no sólo por lo que al comercio electrónico respecta, sino en otros ámbitos parcialmente vinculados cual es el del uso del teléfono móvil.

En definitiva, la autorregulación jurídicamente relevante es aquella que resulta inteligible y aceptable por el sistema del Derecho llegando, en ciertos supuestos, a incorporarla como si de una referencia propia se tratara. En el seno de semejante consideración debemos entender incluida la previsión del legislador de promocionar la autorregulación en sectores de elevada complejidad técnica cual es el comercio electrónico y el uso responsable del teléfono móvil. Es, por tanto, patente un relativo proceso de desplazamiento de la producción normativa desde los poderes públicos a las entidades privadas. Resulta, asimismo, significativo poner de manifiesto que esta traslación debe relacionarse con el creciente papel que, con el transcurrir de los años, han alcanzado diferentes colectivos, como asociaciones empresariales, profesionales, de consumidores, etc., que tienen reconocido un espacio de producción normativa para la defensa de sus legítimos intereses económicos.