

¿Qué puede hacer la Administración para proteger a los menores frente a la pornografía en Internet?

WHAT CAN THE ADMINISTRATION DO TO PROTECT MINORS FROM PORNOGRAPHY ON THE INTERNET?

Juan María Martínez Otero
Universidad de Valencia (España)
marojua9@uv.es | 0000-0002-8882-5466

Recibido: 08-11-2023 | Aceptado: 01-12-2023

Resumen: De acuerdo con los últimos estudios publicados en nuestro país, el acceso de los menores a la pornografía *online* es muy prevalente. El presente estudio analiza cómo la Administración pública puede contribuir a mitigar dicho fenómeno, contribuyendo a proteger a los menores y su derecho a un desarrollo armónico frente a la industria de la pornografía en Internet. Para ello, en primer lugar se expone el marco normativo aplicable a la cuestión. A continuación, se identifican los principales entes públicos llamados a desempeñar un rol activo en la materia que nos ocupa: el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (MAETD); la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD); y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En tercer lugar, se analizan las medidas de policía, promoción y servicio público que se vienen adoptando y que podrían adoptarse desde las diferentes Administraciones públicas. El estudio se cierra con unas breves conclusiones, a modo de resumen valorativo. La principal contribución del artículo consiste en presentar de forma ordenada una serie de líneas de actuación a través de las cuales la Administración puede asumir su parte de responsabilidad en la protección de los menores frente a la pornografía en Internet.

Palabras clave: administración pública; AEPD; CNMC; pornografía; protección de los menores.

Abstract: According to the latest studies published in our country, minors' access to online pornography is very prevalent. This study analyzes how the public Administration can contribute to mitigating this phenomenon, contributing to protecting minors and their right to harmonious development against the Internet pornography industry. To do this, first the regulatory framework applicable to the issue is set out. Secondly, the main public bodies called to play an active role in the matter are identified: the Ministry of Economic Affairs and Digital Transformation (MAETD); the Spanish Data Protection Agency (AEPD); and the National Markets and Competition Commission (CNMC). Thirdly, the possible police, promotion and public service measures that can be adopted by the different public administrations are analyzed. The study closes with some brief conclusions, as an evaluative summary. The main contribution of the article consists of presenting in an orderly manner a series of lines of action through which the Administration can assume its part of responsibility in the protection of youth and children against pornography on the Internet.

Keywords: public administration; AEPD; CNMC; pornography; protection of minors.

Cómo citar:

Martínez Otero, J. M. (2024). ¿Qué puede hacer la Administración para proteger a los menores frente a la pornografía en Internet?. *Cuadernos del Audiovisual del Consejo Audiovisual de Andalucía*, (11), 105-125. <https://dx.doi.org/10.62269/cavcaa.10>

1. Introducción: un deber inexcusable largo tiempo ignorado

En el sistema institucional descrito por la Constitución de 1978 la Administración pública tiene como principal misión el servicio objetivo a los intereses generales (art. 103.1), bajo la dirección del Gobierno. Cuáles sean exactamente esos intereses generales y cómo están llamados a plasmarse en políticas públicas concretas es una cuestión no siempre sencilla de determinar¹. En cualquier caso, existen ámbitos en los que la identificación y concreción de los intereses generales no resulta particularmente compleja, por venir expresamente señalados por el Constituyente o por imponerse de forma intuitiva y casi evidente a la inmensa mayoría de los ciudadanos.

En nuestra opinión, este es el caso de la protección que merecen los menores de edad frente a la exposición a contenido pornográfico, particularmente en Internet. Que los menores deben ser objeto de especial protección por parte de los poderes públicos se establece expresamente en el artículo 39.4 CE, el primero de los artículos que describen los principios de la política social y económica. A mayor abundamiento, el artículo 20.4 identifica como uno de los límites específicos de los derechos comunicativos “la protección de la juventud y de la infancia”. A estas previsiones constitucionales cabría añadir un sinfín de disposiciones legales y reglamentarias tuitivas de los menores, entre las cuales nos contentamos con mencionar el principio del “interés superior del menor”, consagrado en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La protección del menor está llamada a desplegarse en muy diferentes aspectos. Entre todos ellos, uno de los más indiscutidos es el de su libertad o integridad sexual, bien jurídico que aspira a garantizar que el desarrollo afectivo-sexual de los menores se lleva a término sin interferencias nocivas o perturbadoras². Y uno de los peligros de esa integridad, probablemente el más prevalente en nuestras sociedades desarrolladas, es la exposición de los menores a contenido pornográfico en Internet.

De lo dicho hasta aquí se colige el inexcusable deber de la Administración pública de contribuir a la protección de los niños frente a la pornografía en Internet. Como es natural, dicha obligación no es responsabilidad exclusiva de la Administración, sino que es compartida por las familias, las instituciones educativas, los prestadores de servicios de Internet y otros agentes sociales.

Pues bien, los datos de consumo de pornografía por parte de los menores –tanto en nuestro país como a nivel global– evidencian un rotundo fracaso en su protección³. Como

1. A este respecto, Alejandro Nieto (2008, p. 278) señala que la misión de “servicio a los intereses generales” es un dogma con pies de barro, debido a la dificultad de determinar los mismos.

2. La última reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha optado por identificar el bien jurídico protegido en los delitos del Título VIII con la libertad sexual. Históricamente, este bien jurídico se ha identificado sucesivamente con la honestidad, con la libertad sexual y con el más amplio de la “libertad e indemnidad sexuales”. Con Masferrer Domingo (2020), me decanto por el concepto de integridad sexual, por resultar omnicompreensivo.

3. Conforme a un estudio de Save the Children España, el 68,2% de los adolescentes consumen contenido pornográfico al menos una vez al mes. *Cfr. (Des)información sexual: pornografía y adolescencia*. Save the Children, 2020, p. 27. Otro estudio reciente (Milano, 2023, p. 102), con una muestra de más de 3600 personas de 13 a 18 años de las islas Baleares, eleva el porcentaje de “consumidores” de pornografía al 90%, de los cuales un 38,9% consume una o dos veces a la semana, y un 18,2% todos los días.

sociedad, hasta la fecha no hemos sabido, podido o querido proteger a los menores frente a dicho contenido pornográfico. No es este el lugar para ensayar el reparto de responsabilidades entre quienes estaban llamados a garantizar dicha protección. Quizá han faltado normas idóneas para restringir la pornografía; quizá no ha habido determinación política por parte de las autoridades encargadas de aplicar esas normas; seguramente ha faltado educación sexual, y es posible que las familias no hayan puesto todo de su parte a la hora de educar o supervisar el uso de los dispositivos digitales; la industria pornográfica, sin duda, ha preferido no dotarse de instrumentos capaces de restringir el acceso de los menores de edad a sus servicios.

En cualquier caso, no todo son malas noticias, ya que en el último año se observa un cambio de tendencia, tanto a nivel doméstico como internacional. La opinión pública parece más sensible a este problema, y desde diferentes instancias públicas han comenzado a adoptarse medidas protectoras más contundentes y eficaces, como tendremos ocasión de analizar.

En este contexto, las presentes páginas pretenden analizar de qué modo la Administración pública puede asumir su parte de responsabilidad en la protección de los menores y su derecho a un desarrollo armónico frente a la industria de la pornografía en Internet.

Para ello, en primer lugar expondremos de forma sucinta el marco normativo aplicable a la cuestión, toda vez que este delimita el ámbito de actuación de la Administración. A continuación, presentaremos las principales administraciones llamadas a desempeñar un rol activo en la materia que nos ocupa: el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (MAETD); la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD); y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). En tercer lugar, estudiaremos las respuestas que la Administración está dando y las que podría dar para reducir el acceso de los menores de edad a la pornografía *online*, para lo que seguiremos la tradicional distinción de formas de actuación administrativa: policía, fomento y servicio público. El estudio se cierra con unas breves conclusiones, a modo de resumen valorativo.

2. El tupido marco normativo aplicable

Como indica literalmente el artículo 103.1 CE, la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por consiguiente, antes de responder la pregunta acerca de qué más puede hacer la Administración para proteger a los menores frente a la pornografía *online* resulta imprescindible describir mínimamente el terreno de juego que delimitan las leyes en dicho ámbito. Habida cuenta de que existen valiosos y pormenorizados estudios sobre el particular (v. g., Milano, 2023; Valero Heredia, 2022), nos contentaremos con ofrecer una visión panorámica de dicho marco normativo.

A nivel constitucional, la restricción del acceso a la pornografía en Internet exige ponderar diferentes derechos e intereses reconocidos en la Constitución. De un lado, los derechos e intereses de quien produce, difunde o consume pornografía: sus derechos

comunicativos (art. 20.1), su libertad de creación artística (20.1), su derecho al trabajo (35) y a la libertad de empresa (38), su autonomía personal (1), así como su derecho a la protección de datos personales (18.4). Frente a estos derechos se erige el interés público consistente en la protección de la infancia (arts. 20.4 y 39)⁴. Las medidas que se adopten para restringir los primeros en aras de la protección del segundo deberán respetar el test de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia del TEDH y acogido por nuestro el TC⁵.

Descendiendo a las normas de rango legal, es preciso mencionar las siguientes.

En primer lugar, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI), norma aplicable a los servicios de Internet. De acuerdo con su artículo 8.1, un servicio de Internet podrá ser suspendido en nuestro país cuando atente o pueda atentar contra una serie de derechos o principios, entre los que se encuentra “la protección de la juventud y la infancia” (letra d). Pues bien, tomando en consideración los referidos datos de acceso de los menores de edad a la pornografía y los efectos negativos que este acceso puede producir en su desarrollo, resulta patente que el supuesto de hecho de la norma –que permite restringir servicios– concurre⁶. Si bien este artículo nunca ha sido esgrimido para justificar la restricción de servicios pornográficos fácilmente accesibles a menores en Internet, sí ha desplegado efectos para salvaguardar los derechos de propiedad intelectual en la lucha contra la piratería *online* (art. 8.1.e). Ello da fe de que el artículo 8.1 LSSI podría servir de base para suspender el servicio de ciertos portales web pornográficos que no cuenten con mecanismos de verificación de la edad mínimamente fiables⁷.

Una segunda norma de rango legal que exige la restricción del acceso de los menores a contenidos pornográficos en Internet es la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA). Dicha norma resulta de aplicación a diferentes prestadores de servicios y contenidos audiovisuales, entre los que destacan las plataformas de intercambio de vídeo en Internet (PIV) –como YouTube, Pornhub o Twitch– cuando las mismas estén establecidas en España (o en otro Estado de la Unión Europea)⁸. Como es sabido, los portales pornográficos más populares del mundo tienen una naturaleza colaborativa y encajan en esta categoría, por lo que pueden quedar vinculados a las previsiones de la LGCA. Pues bien, el artículo 89.1.e LGCA exige a dichas

4. Para un análisis específico del conflicto entre bienes de rango constitucional, véase Martínez Otero (2021).

5. *Cfr.*, entre muchas, la STC 11/2006, de 16 de enero, F. J. 6.º.

6. Sobre los efectos perjudiciales del acceso a la pornografía *online* –trastornos psicológicos y alimenticios, sexualización de la infancia, crecimiento de abusos sexuales por y contra menores–, véase Martínez González (2023, pp. 58 y ss.) y también Valero Heredia (2023, pp. 365 y ss.).

7. Recientemente las autoridades de diferentes países europeos han comenzado a tomarse más en serio la protección de los menores frente a la pornografía en Internet, y no sería de extrañar que se empezara a sacar todo el partido protector a la Directiva del comercio electrónico y las normas nacionales de transposición (en el caso español, la LSSI). Así lo apunta, por ejemplo, la denuncia presentada ante la CNMC por la autoridad audiovisual alemana en relación con una web de contenido pornográfico, en la que la autoridad alemana señala que si España no es competente para restringir sus servicios con base a la normativa audiovisual, la autoridad alemana procederá a hacerlo en aplicación de la Directiva del comercio electrónico. *Cfr.* Resolución de la CNMC 2/2023, de 27 de julio, Antecedente 13.º.

8. Sobre el nuevo marco regulador europeo aplicable a las PIV, que ha sido traspuesto al ordenamiento español mediante la LGCA, véase Aguado-Guadalupe y Bernaola (2019) y Martínez Otero (2019).

PIV el establecimiento de sistemas que en todo caso impidan el acceso de los menores de edad a contenido pornográfico. De acuerdo con el artículo 94 LGCA, también quedan sujetos a la Ley los usuarios más relevantes de las PIV, a quienes se imponen ciertas obligaciones para proteger a los menores frente a contenidos inadecuados⁹.

En tercer lugar, también exige el establecimiento de medidas protectoras la normativa de protección de datos. En efecto, tanto el Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos (RGPD) como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) establecen un sistema de tratamiento de datos muy garantista, en el que el responsable del tratamiento debe establecer diseños y medidas proactivas de protección, particularmente en el tratamiento de datos especialmente sensibles¹⁰. En aplicación de dichas exigencias, se ha considerado que los portales pornográficos deben establecer mecanismos que eviten el tratamiento de datos de personas menores de edad. Y ello porque los datos de los menores son datos particularmente sensibles, cuyo tratamiento está sujeto a ciertas condiciones de consentimiento y precaución que los portales pornográficos no están en condiciones de garantizar¹¹.

Las disposiciones previamente resumidas (CE, LSSI, LGCA, RGPD y LOPDGDD) exigen a los prestadores de servicios la adopción de medidas concretas y permiten a las autoridades adoptar decisiones restrictivas y sancionadoras en aras de la protección de los menores. A estas disposiciones cabe agregar otras normas de naturaleza más programática, que contienen previsiones indudablemente vinculantes, pero de una naturaleza más orientativa o abstracta. Entre estas normas encontramos aquellas relativas a la igualdad entre hombres y mujeres y a la erradicación de la violencia contra la mujer; la normativa educativa, con previsiones específicas en relación con la educación afectiva y sexual; y la normativa reguladora de los derechos de los menores de edad, particularmente en lo referido a su derecho a la información¹². Por último, también puede mencionarse la normativa de protección de los consumidores y usuarios, que contiene disposiciones relativas a la seguridad, salud, información, educación y buen uso de los bienes y servicios, y que exige extremar las garantías cuando los consumidores o usuarios son particularmente vulnerables, como es el caso de los menores de edad¹³.

9. En relación con la aplicación de la normativa audiovisual a los usuarios de especial relevancia, resulta de interés De Miguel Asensio (2022) y Serrano Maíllo y Martínez-Pastor (2023).

10. En relación con el diseño garantista por defecto y con las medidas proactivas que el responsable del tratamiento debe implementar, véase los artículos 24 y 25 RGPD.

11. Si bien los datos de los menores no están incluidos en el elenco de “categorías especiales de datos personales” del artículo 9 RGPD, el propio Reglamento exige que se les otorgue un trato particularmente cuidadoso (*cfr.* Considerando 38).

12. De forma casi telegráfica incluimos algunas referencias normativas. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (arts. 4, 10, 11 y 13); Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 14, 23, 24 y 36); Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (arts. 3 y 9); Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (art. 5); Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (arts. 3, 21, 23 y 45); Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre) (arts. 1.1, 19.2, 17.m, 24.5, 25.6 y 33.b). Para un análisis más detenido de estas normas, *cfr.* Milano (2023, pp. 367 y ss.).

13. *Cfr.* artículos 3.2, 8, 12 y 17 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU).

Este abigarrado conjunto de previsiones admite una doble lectura. Una primera lectura no puede ser sino positiva, ya que pone de relieve una preocupación sostenida y transversal de nuestro Legislador por la protección de los menores frente a contenidos inadecuados –particularmente, la pornografía– y frente a otros peligros asociados al uso de Internet. En cualquier caso, la proliferación de disposiciones programáticas también suscita una lectura negativa, al constatar que tanta declaración legal no ha sido óbice para que en la última década los menores de edad hayan estado absolutamente desprotegidos frente a muchos de los riesgos presentes en Internet, haciendo bueno al refranero en aquello de “dime de qué presumes...”.

3. Administraciones llamadas a ejercer protagonismo en la protección de los menores

Muchos son los títulos competenciales comprometidos en la cuestión del acceso de los menores a contenidos pornográficos en Internet, de modo que el número de entes públicos llamados a afrontar desde un prisma u otro dicha cuestión es igualmente amplio¹⁴.

En cualquier caso, si nos centramos en las tres regulaciones sectoriales que afectan más directamente a la comunicación digital a través de Internet, podemos identificar tres administraciones llamadas a ejercer un rol particularmente activo en la causa objeto de estas páginas.

En primer lugar, y en todo lo relativo a la aplicación de la LSSI, el MAETD. En efecto, de acuerdo con el artículo 35 LSSI, será el citado Ministerio el encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley¹⁵. El MAETD también tiene atribuida por la LGCA la llevanza del registro de prestadores de servicios audiovisuales, PIV y usuarios de especial relevancia, a quienes dicha ley impone ciertas obligaciones de protección de los más pequeños¹⁶. El cumplimiento diligente de este deber legal resulta importante, toda vez que facilita la transparencia en el sector, la identificación de los responsables de los diferentes servicios, el ejercicio de las potestades públicas, y la interlocución con los agentes del sector audiovisual.

Una segunda administración con amplias competencias en la materia es la CNMC, a quien la LGCA encomienda la supervisión de la gran mayoría de obligaciones en materia audiovisual (art. 153.2), incluidas las impuestas a las PIV y a sus usuarios de especial relevancia¹⁷. Teniendo en cuenta que gran parte del consumo de pornografía *online* se

14. Entre estos títulos competenciales cabe mencionar la protección y promoción de la juventud y la infancia; la ocupación del tiempo libre; la regulación de los medios de comunicación social; la promoción de la igualdad; la prevención del delito; la regulación de un sector económico; el ámbito de la cultura...

15. Cuando de esta supervisión se desprenda la conveniencia de imponer el cese de un servicio por perjudicar gravemente a los menores (art. 8.1.d) –extremo que por el momento no se ha considerado nunca– sería recomendable que dicha decisión la adoptara un órgano jurisdiccional, habida cuenta la conexión de la difusión de pornografía con una serie de derechos constitucionales (*cf.* art. 8.1. *in fine* LSSI).

16. Artículo 39 LGCA.

17. Esta habilitación competencial general es concretada respecto de las PIV en el artículo 93 LGCA, así como en el artículo 9.9 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

produce en este tipo de plataformas, resulta indudable que la CNMC está llamada a desempeñar un papel protagonista en la lucha contra el acceso de menores a la pornografía en Internet¹⁸.

Finalmente, en todo lo relativo a la protección de datos las principales competencias y potestades se atribuyen a la AEPD. Así se desprende de los artículos 58.2 RGPD y 47 y 48.1 LOPDGDD. Además, la LGCA encomienda a la AEPD la emisión de un informe preceptivo mediante el que se evalúe la idoneidad de las medidas adoptadas por las plataformas en cumplimiento de las exigencias de la normativa audiovisual (art. 93.3). De este modo, la CNMC y la AEPD están llamadas a colaborar en la supervisión de estas plataformas, colaboración que resulta pertinente habida cuenta la estrecha ligazón existente entre la protección de los menores en las PIV y el tratamiento de datos personales que estas realizan.

Tres son pues las principales administraciones con competencias en la materia. Una generalista y territorial, llamada a actuar en el ámbito de los servicios de Internet a través del MAETD; y dos administraciones especializadas e independientes: la CNMC, con competencias en el sector audiovisual; y la AEPD, encargada de la protección de datos personales¹⁹.

No queremos cerrar este epígrafe sin mencionar la valiosa participación que en la protección de los menores frente a la pornografía pueden desarrollar las autoridades audiovisuales autonómicas. En concreto, en los últimos años el Consejo Audiovisual de Andalucía ha mostrado un compromiso muy notable con dicha causa, que se ha materializado en diferentes actividades de investigación, divulgación y sensibilización²⁰. En Consejo Audiovisual de Cataluña, por su parte, publicó en 2020 un interesante estudio con datos elocuentes sobre la naturaleza y la magnitud del problema del acceso de los menores a contenido pornográfico²¹.

4. La potestad reglamentaria

Una vez descrito el marco legislativo y las administraciones con competencias en la materia, procede dar respuesta a la cuestión que motiva nuestra investigación. Para ello, como se indicó en la introducción, seguiremos el tradicional esquema de formas

18. La propia CNMC ha reiterado que desde la entrada en vigor de la LGCA la prevención del consumo de pornografía por parte de los menores es una de sus prioridades. *Cfr.* Resoluciones 147/22, de 16 de junio, F. J. 3.º y 266/22, de 15 de septiembre, F. J. 3.º.

19. Como es natural, nada obsta para que otros organismos y entidades del sector público con competencias en materia educativa, de igualdad o de protección de los consumidores y usuarios desplieguen políticas públicas dirigidas a reducir el impacto de la pornografía *online* en el público infantil. En este sentido, somos de la opinión de que desde el Consejo de Consumidores y Usuarios, el Consejo Escolar del Estado, el Instituto de las Mujeres o la propia Fiscalía de Menores, así como desde los órganos análogos de ámbito autonómico, podrían realizarse acciones valiosas para proteger el derecho de los menores a la integridad sexual y al libre desarrollo de su personalidad frente a los contenidos nocivos en Internet.

20. Entre otras actividades, destacamos la organización de la jornada “La indefensión de los menores ante la pornografía en Internet” celebrada en el Parlamento andaluz en mayo de 2023, en la que trae causa el presente número monográfico de *Cuadernos del Audiovisual*.

21. *L'accés de les persones menors d'edat a continguts de pornografia a internet*, Consejo Audiovisual de Cataluña, 2020.

de actuación administrativa que en su día propuso Jordana de Pozas (1949), abordando las posibles actuaciones de policía, fomento y servicio público. Dentro de la actividad de policía, comenzamos refiriéndonos a la potestad reglamentaria, posiblemente la más señera de las que adornan a la Administración, toda vez que le permite participar en la formación del ordenamiento jurídico (García de Enterría, 2017, p. 211).

A nuestro entender, el reglamento más necesario a los efectos del presente estudio es el previsto en la Disposición Final Séptima de la LGCA, mediante el que el Gobierno deberá desarrollar y aplicar lo previsto en el artículo 94 LGCA en relación con los “usuarios de especial relevancia” o *influencers*. Recordemos que estos usuarios son aquellos que “gozan de relevancia en el mercado audiovisual desde el punto de vista de la inversión publicitaria y del consumo, especialmente, entre el público más joven”²², por lo que la Ley les equipara a muchos efectos a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual²³.

Pues bien, algunos de estos usuarios de especial relevancia ofrecen contenido pornográfico al que pueden acceder menores sin mucha dificultad. Pensemos, por ejemplo, en el responsable de un perfil pornográfico en X –antes Twitter–, en Pornhub o en OnlyFans. El hecho de equiparar estos *influencers* a prestadores de servicios y exigirles ciertas medidas de protección de su audiencia indudablemente contribuye a establecer un sector audiovisual más seguro para los menores.

Conforme a su Disposición Final Novena, la LGCA solo comenzará a aplicarse a estos usuarios de especial relevancia tras la aprobación del reglamento que concrete los requisitos para ser incluido en tal categoría, lo que recomienda una cierta celeridad en la elaboración del reglamento. Entre los citados requisitos, hay dos cuya concreción resulta particularmente relevante y espinosa: su volumen de audiencia y de ingresos²⁴.

En cuanto al volumen de audiencia, somos de la opinión de que el reglamento debería identificar un umbral de suscriptores o promedio de visitas, a partir del cual se considerase que el usuario goza de una “especial relevancia”. Dicho umbral mínimo podría establecerse en 50 000, cifra que conforme a la literatura sobre el particular permite distinguir entre *influencers* pequeños y medianos²⁵. La cifra podría revisarse quinquenalmente, a fin de adecuarla a las tendencias de Internet. No se nos oculta que este criterio es simplista, al menos por tres motivos. En primer lugar, porque existen *influencers* que se dirigen a públicos más segmentados y, teniendo menos seguidores,

22. Preámbulo de la Ley, IV.

23. Esta equiparación se explica en la lógica de “nivelación del terreno de juego” para los diferentes agentes del sector audiovisual. Conforme a esta lógica, si un *influencer* tiene –pongamos por caso–, un millón de suscriptores, lo lógico será que tenga similares obligaciones a canales de televisión con una audiencia parecida. Sobre la idea de “nivelación del terreno de juego”, véase la Comunicación de la Comisión “Las plataformas en línea y el mercado único digital Retos y oportunidades para Europa”, Bruselas, 25.05.2016, COM/2016/0288 final, puntos 4 y 5. En idéntico sentido se pronunció el Parlamento Europeo en su Resolución, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276/INI) (DO C 331 de 18.09.2018). Una aproximación doctrinal a esta “nivelación” puede consultarse en Savin (2018).

24. Audiencia y volumen de ingresos resultan importantes porque el artículo 94.2 establece como condiciones para ser “usuario de especial relevancia”, entre otras, (1) estar destinado a una parte significativa del público en general y tener un claro impacto sobre él; y (2) constituir una actividad económica de la que se obtengan unos ingresos significativos.

25. A partir de dicha cifra un *influencer* comienza a ganar en torno a 700 euros por *post* patrocinado, y pasa de considerarse *micro-influencer* a *influencer* medio. Cfr. “Cuánto cobra un influencer por publicidad”, *35mm*, 21 de agosto de 2023; y Lenis, A., “Cómo ser influencer en 2023”, *Hubspot*, 17 de julio de 2023.

pueden tener una gran influencia. En segundo lugar, porque los *influencers* suelen operar en diferentes plataformas, con lo que surge la duda de si no sería mejor calcular su impacto agregado en todas ellas. Y, en tercer lugar, porque cada plataforma tiene sus lógicas y quizá equiparar el número de usuarios en todas ellas es reduccionista²⁶. Sea de ello lo que fuere, utilizar un criterio único, claro y objetivo (“café para todos”) aporta al sistema una seguridad jurídica y una sencillez que, a nuestro entender, son preferibles a la sofisticación de otros criterios más articulados que inevitablemente serán mucho más complejos, cuando no directamente confusos²⁷.

Por lo que se refiere a los ingresos –el artículo 94.2.a LGCA habla de “actividad económica de la que se obtengan ingresos significativos”– nos decantamos de nuevo por establecer un umbral mínimo de ingresos al año, a partir del cual se entienda cumplida la condición legal. Dónde debe fijarse dicho umbral es de nuevo una cuestión puramente convencional. Puestos a ofrecer alguna cifra, nos permitimos sugerir la de 36 000 euros al año, cifra que solo alcanzarán las personas con una influencia sustancial sobre la audiencia.

Un segundo desarrollo normativo que resulta oportuno es del artículo 8.1.e LSSI, que prevé la interrupción de servicios de Internet en nuestro país cuando los mismos sean potencialmente perniciosos para la juventud y la infancia. Como hemos subrayado, dicha posibilidad no se ha materializado hasta la fecha. Es posible que un sencillo desarrollo normativo de dicho artículo –que incluya la competencia y el procedimiento para llevar a cabo la interrupción y prevea la posibilidad de adoptar medidas cautelares– supusiera un incentivo para que el MAETD abandonara la pasividad mostrada hasta la fecha y comenzara a perseguir ciertos servicios que conculcan impunemente intereses de rango constitucional, permitiendo el acceso indiscriminado de menores a servicios de carácter pornográfico.

También corresponde al MAETD la aprobación del reglamento llamado a regular el Registro estatal de prestadores de servicios audiovisuales, instrumento relevante para garantizar la transparencia del sector audiovisual. En lo que respecta a nuestro estudio, el Registro tiene el interés de que permitirá identificar de manera sencilla qué PIV y usuarios de especial relevancia están alojados en nuestro país y quedan sujetos a las previsiones de la LGCA en relación con la protección de los menores de edad. La tramitación de este reglamento se encuentra en una fase avanzada: en diciembre de 2022 el Gobierno presentó en audiencia pública su borrador, que ya ha sido informado por la CNMC²⁸.

26. La Consulta pública sobre el proyecto de Comunicación por la que se publican los criterios que la CNMC tendrá en cuenta para identificar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que se soportan en plataformas de intercambio de vídeos, lanzada por la CNMC en enero de 2022 parece indicar que el reglamento optará por fórmulas de cálculo más complejas. *Cfr.* Comunicación de la CNMC DTSA/3/21, de 30 de enero de 2021 (pp. 14 y ss.).

27. Hablando sobre el premio de afección en la expropiación, que asciende en todos los casos al 5% del valor del bien expropiado, Cierco Seira (2015, pp. 94 y ss.) realiza una apología de estas soluciones sencillas y unívocas, que a pesar de su “tosquedad” facilitan enormemente el trabajo a los operadores jurídicos.

28. Informe de Proyecto Normativo 4/2023, de 30 de marzo, sobre el borrador de Real Decreto por el que se regula el Registro Estatal de Prestadores del Servicio de Comunicación Audiovisual.

Finalmente, la AEPD también podría contribuir a clarificar o pormenorizar el marco normativo existente. Como hemos apuntado, el artículo 93.3 LGCA otorga a la Agencia amplias competencias consultivas sobre la idoneidad de las medidas protectoras establecidas por las PIV. Teniendo en cuenta la complejidad de dichas cuestiones, no estaría de más que la AEPD aprobase algún tipo de documento que sirviera de orientación a las PIV a la hora de establecer sistemas de verificación de la edad y otros mecanismos de protección. Estos documentos, que en función de su naturaleza podrán tener fuerza vinculante o meramente orientativa, pueden contribuir decisivamente a la seguridad jurídica, haciendo más inteligible el marco normativo y más previsible la actuación de las autoridades²⁹.

5. Otras potestades de policía: vigilancia, inspección y sanción

Como es sabido, la aprobación de normas tuitivas es tan solo el primer paso para proteger a los menores. El segundo es supervisar su respeto y el tercero castigar los incumplimientos normativos mediante las pertinentes sanciones³⁰. Es por ello por lo que la Administración pública tiene atribuidas competencias de vigilancia, inspección y sanción. De su diligente ejercicio depende, en gran medida, la eficacia del marco normativo vigente; en nuestro caso, la efectiva protección de los menores de edad frente al contenido pornográfico en Internet.

Las tres administraciones a que venimos prestando particular atención tienen legalmente atribuidas esas potestades de vigilancia, inspección y sanción. Veamos sucintamente cómo las vienen ejercitando en el ámbito que nos ocupa.

Respecto del MAETD hay que decir que no se conoce actuación supervisora ni sancionadora alguna en relación con la pornografía en Internet. Dicha pasividad solo puede explicarse en un desinterés absoluto en relación con el objeto de estas páginas, ya que la magnitud del fenómeno y la preocupación social sobre el mismo resultan evidentes. Sin ánimo de caer en el cinismo, da la impresión de que hasta que no se produzca un escándalo de grandes dimensiones el Ministerio no comenzará a tomarse en serio sus responsabilidades en esta materia. Quizá ese momento sea llegado en septiembre de 2023, cuando varios menores de edad de doce y trece años, sirviéndose de una aplicación digital, han producido imágenes de compañeras suyas desnudas y las han compartido a través de dispositivos móviles³¹. Muchos son quienes han puesto el grito en el cielo denunciando la conducta de los menores; menos quienes han apuntado a los responsables de la aplicación, frente a la cual, al tratarse de un servicio de la sociedad de la información, en principio debería actuar el citado Ministerio.

29. De acuerdo con lo previsto en la LOPDPGDD y en el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la AEPD, esta puede dictar circulares, directrices, guías y recomendaciones (arts. 54 y 55 LOPDPGDD y arts. 5, 6 y 31 del Estatuto). El instrumento propiamente reglamentario son las circulares.

30. Como señala Rivero Ortega (2019, p. 209), para defender el interés público y “lograr la efectividad de los mandatos jurídicos, es preciso vigilar y prevenir las contravenciones (potestades de control), pero también reaccionar cuando se producen, de forma que no resulten impunes (potestad de sanción)”.

31. Cfr. “Madres denuncian la difusión de imágenes generadas por IA de sus hijas menores desnudas”, *ABC*, 18 de septiembre de 2023.

En cuanto a la CNMC, su competencia en relación con las PIV de Internet data de octubre de 2022, con lo que su previa inactividad inspectora y sancionadora resulta justificada³². Una lectura atenta de su Memoria anual de 2022 y de sus resoluciones y notas de prensa de 2023 nos permite conocer cómo ha desarrollado sus funciones de supervisión y sanción durante los primeros meses de vigencia de la LGCA. Hasta la fecha, dicha actividad se ha materializado en tres resoluciones. Analicemos resumidamente su contenido.

La primera de ellas es el Acuerdo 147/22, de 16 de junio. Este acuerdo resuelve una denuncia presentada por el regulador audiovisual polaco contra una empresa radicada en Gijón, Techpump Solutions S. L., por la falta de sistemas de verificación de la edad de una página web pornográfica gestionada por dicha mercantil. Es preciso notar que este procedimiento se sustanció con anterioridad a la aprobación de la LGCA de 2022, de modo que nuestro país todavía adolecía de una norma de trasposición de la Directiva 2018/1808. En su Acuerdo, tras reflexionar sobre la importancia de proteger a los menores frente a la pornografía *online*, la CNMC realiza un valioso análisis de la Directiva audiovisual y su aplicabilidad a las PIV de Internet. En cualquier caso, a falta de una trasposición normativa, la CNMC concluye señalando que la competencia en la materia todavía corresponde al MAETD, a quien remite la denuncia.

El segundo Acuerdo, el 266/22, de 15 de septiembre, se produce con la LGCA de 2023 ya aprobada, pero con sus disposiciones relativas a las PIV todavía en *vacatio legis* (entraron en vigor el 9 de octubre de 2022). Por dicho motivo, el procedimiento concluye archivando la denuncia y remitiendo las actuaciones al MAETD, por si estima conveniente realizar alguna actuación al respecto en aplicación de la LSSI. El Acuerdo 266/22, de 15 de septiembre, reviste interés por ser el primero que interpreta la LGCA en lo referido a las PIV de Internet. El procedimiento trae causa en una denuncia de la autoridad audiovisual francesa contra la empresa Detchema S. L. por gestionar un portal pornográfico colaborativo sin habilitar sistemas de verificación de la edad. Una vez expuestos los antecedentes, los Fundamentos Jurídicos siguen este orden: se acredita la competencia de la Comisión; se realizan unas consideraciones previas sobre el problema del acceso de los menores a la pornografía; se justifica que la página denunciada reúne las condiciones para ser considerada una PIV sujeta a la LGCA; se argumenta por qué el denunciado puede considerarse establecido en España; se realiza una primera valoración del grado de cumplimiento de Detchema de las obligaciones establecidas en el artículo 89.1.e LGCA; y se explica el motivo de archivo de la denuncia.

La actuación más reciente de la CNMC en la materia que nos ocupa es su Resolución 2/2023, de 27 de julio, referida de nuevo a la empresa Techpump Solutions. Esta resolución incluye algunas novedades respecto del Acuerdo 147/22, de 16 de junio, contra la misma empresa. En primer lugar, el expediente se tramita con la LGCA ya vigente, lo que propicia que la CNMC entre al fondo del asunto y emita una decisión concreta. En

32. Las disposiciones de la LGCA en materia de PIV entraron en vigor el 9 de octubre de 2022. En cualquier caso, de acuerdo con la LGCA de 2010 la CNMC podía haber ejercido sus potestades respecto de algunos portales, canales y perfiles pornográficos en Internet que, en la medida en que ofrecían contenido audiovisual con responsabilidad editorial, encajaban dentro del concepto de “servicio de comunicación audiovisual”.

segundo lugar, el objeto del procedimiento se amplía de uno a siete portales pornográficos, todos ellos propiedad de la empresa gijonesa. En tercer lugar, a la denuncia inicial de la autoridad polaca se añaden tres denuncias más, provenientes de las autoridades audiovisuales andaluza, francesa y alemana, denuncias que son acumuladas a la anterior y tramitadas conjuntamente. Tras seguir un *iter* argumentativo similar al contenido en el Acuerdo 266/22, de 16 de junio, la CNMC concluye formulando un requerimiento a Techpump Solutions para que en el plazo de tres meses incorpore a sus portales sistemas fiables de verificación de la edad.

Esta resolución no contiene una sanción, pero constituye un primer paso para imponerla si el requerimiento de la CNMC no es atendido. La importancia de esta resolución difícilmente puede ser exagerada: resume claramente el marco jurídico aplicable, explicando con claridad el alcance subjetivo y objetivo de ciertas obligaciones que la LGCA impone a las PIV³³; indica de forma taxativa que la presentación de una ventana emergente exigiendo al usuario que declare su mayoría de edad –como vienen haciendo innumerables páginas pornográficas– no puede calificarse como un sistema de verificación de la edad³⁴; y –por primera vez en la historia de la regulación de Internet en nuestro país– exige medidas eficaces y concretas para proteger a los niños frente a la pornografía en Internet³⁵.

El análisis conjunto de las resoluciones precedentes permite extraer al menos dos conclusiones. La primera, ciertamente positiva, es que la CNMC parece dispuesta a ejercer sus competencias en relación con las PIV de forma diligente. De hecho, en dos de los acuerdos que hemos resumido la autoridad audiovisual subraya expresamente que la lucha por la protección de los menores frente a la pornografía *online* constituye para la Comisión una verdadera prioridad³⁶. La segunda conclusión, menos esperanzadora, es que todavía la Comisión carece del compromiso o los recursos para afrontar esta protección de manera proactiva; así lo acredita que, por el momento, su actividad sancionadora ha sido enervada siempre por denuncias de terceros y no por su propia actividad de supervisión. Esta conclusión viene reforzada por su Memoria Anual de 2022, en la que no consta tarea inspectora alguna ni traslado de denuncias a autoridades audiovisuales de terceros países en la materia que nos concierne³⁷.

Finalmente, procede abordar las actuaciones de vigilancia, inspección y sanción llevadas a término por la AEPD, para lo que nos serviremos asimismo de sus últimas memorias anuales, remontándonos al año 2018³⁸. La primera referencia a la cuestión

33. Cfr. FF. JJ. 1.º y 3.º.

34. Cfr. F. J. 5.º.

35. Esta afirmación admite un matiz, ya que hay dos resoluciones previas de la AEPD multando a la misma empresa por tratar datos de menores de edad en un contexto pornográfico. Estas resoluciones, que analizaremos a continuación, no protegen primariamente la integridad o libertad sexual de los menores, sino su derecho a la protección de datos.

36. Acuerdos 147/22, de 16 de junio, F. J. 3.º; y 266/22, de 15 de septiembre, F. J. 3.º.

37. De acuerdo con su Memoria de 2022, la CNMC ha puesto en marcha en 2022 el Servicio de Inspección en materia audiovisual. Durante el año 2022 se han llevado a cabo tres inspecciones, con objeto de comprobar y controlar el cumplimiento de la obligación de emisión anual de obras europeas. Cfr. Memoria 2022, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2023, p. 50).

38. Seleccionamos 2018 por tratarse del año en el que la normativa audiovisual europea comienza a aplicarse también a las PIV, en gran medida para luchar contra el acceso de los menores a contenido pornográfico en Internet.

del acceso de los menores de edad a la pornografía la encontramos en la Memoria de 2021, en la que se da cuenta de una reunión entre los responsables de la Agencia con representantes del Consejo Audiovisual de Andalucía (CAA), “con el objetivo de intercambiar información e iniciativas orientadas a la protección de los menores en relación con el acceso a contenidos audiovisuales que perjudiquen su desarrollo físico, mental y moral, y en concreto, a contenidos pornográficos”³⁹. A nuestro entender, resulta justo poner en valor que, mientras el Poder Legislativo retrasa ilícitamente la transposición de la Directiva audiovisual europea y la CNMC prefiere mantenerse al margen de tan espinosa cuestión, tanto el CAA como la AEPD –autoridades independientes cuyo ámbito competencial solo toca tangencialmente el tema de la pornografía en Internet– se afanan en buscar fórmulas para proteger un interés público tan relevante.

Pues bien, es preciso concluir que esa búsqueda es fructífera, ya que en 2022 la AEPD tramita dos expedientes sancionadores contra sendas empresas que gestionan portales pornográficos sin contar con mecanismos obligatorios para proteger a los menores. Se trata de la Resolución 554/2021, de 22 de marzo de 2023, que sanciona a la empresa Burwebs S. L., y la Resolución 555/2021, de 31 de octubre de 2022, contra Techpump Solutions S. L. Analicemos conjuntamente estas dos resoluciones, que revisten un gran paralelismo.

Al momento de tramitarse los procedimientos sancionadores, las dos empresas sancionadas gestionaban páginas web pornográficas que carecían (1) de sistemas de verificación de la edad de sus usuarios y (2) de mecanismos para recabar el consentimiento por los titulares de la patria potestad o tutela de sus usuarios menores de catorce años. Si bien las páginas contaban con mecanismos para “declarar” la propia edad, no existía ninguno para verificarla *ab initio* ni comprobarla ulteriormente. Como la mayoría de los servicios de Internet, tanto Burwebs como Techpump Solutions realizaban un cierto tratamiento de datos de sus usuarios, dando por hecho que todos ellos eran mayores de edad. En sus resoluciones, la AEPD indica que si las medidas de protección de datos que se establecen están pensadas para datos de personas adultas –como era el caso–, las empresas quedan obligadas a garantizar dicho extremo, es decir, a verificar que sus usuarios efectivamente son mayores de edad. Al no hacerlo, inevitablemente las empresas están tratando datos sensibles de menores de edad en un contexto sexual y pornográfico, lo que constituye una infracción del artículo 25 RGPD, toda vez que no adoptan medidas que prevengan la materialización de ciertos riesgos inherentes al tratamiento de datos personales⁴⁰. Junto con ello, también se argumenta que ninguno de

39. Memoria 2021, Agencia Española de Protección de Datos (2022, p. 66).

40. La cuestión del tratamiento de datos de los menores se analiza en los Fundamentos de Derecho XIX (Resolución 554/2021) y XXIII (Resolución 555/2021). La propia AEPD resume así la *ratio decidendi* de ambas resoluciones: “Y es que los riesgos a los que están afectos los menores, inherentes a su desarrollo, han de ser considerados por los responsables del tratamiento, y no sólo por aquellos que dirigen servicios directa y específicamente a los niños, sino por todos aquellos que realizan tratamientos de datos personales dirigidos a otros colectivos en los que los menores puedan interactuar o intervenir (en una sociedad cada vez más tecnológica) y ver en riesgo su integridad física o psicológica y comprometidos sus derechos y libertades como sucede con la pornografía en internet. Resultando que estas entidades deciden que las categorías de interesados se limitan a los mayores de edad, les corresponde implementar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para que el tratamiento se efectúe únicamente respecto de interesados mayores de edad. Ello conlleva que también implemente las medidas técnicas y organizativas apropiadas para que los datos de los menores de edad no sean tratados”. Memoria 2022, Agencia Española de Protección de Datos (2023, pp. 97–98).

los portales pornográficos contaba con sistemas para solicitar el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutela, aunque en sus políticas de privacidad admitían la posibilidad de que menores de catorce años navegaran por sus plataformas con dicho permiso⁴¹. Esta omisión constituye una infracción del artículo 8 RGPD, que regula las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información.

Las dos resoluciones sancionadoras que comentamos castigan una pluralidad de infracciones, dos de las cuales guardan relación con el objeto de estas páginas. La primera, relativa a la solicitud del consentimiento paterno –tipificada en el artículo 83.4.a) RGPD y calificada como grave en el artículo 73.a) y b) LOPDGDD–, es castigada con multa de 30 000 euros a Techpump Solutions S. L. y 6000 euros a Burwebs S. L. La segunda, relativa a la ausencia de instrumentos de verificación de la edad –tipificada en el artículo 83.4.a) del RGPD y calificada como grave en el artículo 73.d) de la LOPDGDD– es castigada con multa de 50 000 euros a Techpump Solutions S. L. y de 10 000 euros a Burwebs S. L.⁴².

Como señalamos respecto de la Resolución 2/2023 de la CNMC, estas dos resoluciones de la AEPD revisten un gran interés. En primer lugar, porque abren una vía alternativa para luchar contra el acceso de los menores a la pornografía en Internet, esta vez en defensa de su derecho a la protección de datos personales. En segundo lugar, porque ratifican la incorporación a la causa de la protección de los menores frente a la pornografía *online* de una autoridad independiente adicional, con amplias competencias y una estructura organizativa no pequeña⁴³. Y, finalmente, porque su separación temporal –casi cinco meses– evidencia la voluntad de la Agencia de consolidar una línea sancionadora y hacer cumplir la ley.

Todavía en relación con las potestades de supervisión y sanción, conviene interrogarse acerca de la disposición de las distintas administraciones para recibir denuncias de los particulares. Y ello porque, como es sabido, las mismas constituyen una valiosa fuente de información a la hora de descubrir incumplimientos normativos, proceder a sancionarlos y restablecer la legalidad (Doménech Pascual, 2013, p. 172). En el ámbito concreto de la regulación de Internet, la contribución de los ciudadanos para desvelar servicios, materiales o conductas ilegales resulta crucial, habida cuenta la amplitud y el dinamismo de la red de redes.

Pues bien, al momento de redactarse estas páginas la CNMC dispone de un formulario de reclamaciones sencillo en su página web, lo que indudablemente facilita que la ciudadanía pueda poner en conocimiento de las autoridades hechos presuntamente contrarios al ordenamiento jurídico⁴⁴. En la página de la AEPD también existen diversos formularios para interponer reclamaciones y denuncias, con instrucciones fáciles de entender. El formulario habilitado por el MAETD, por el contrario, resulta más complejo.

41. Esta omisión y su calificación jurídica se analiza en los Fundamentos de Derecho XV (Resolución 554/2021) y XIX (Resolución 555/2021).

42. La diferencia en las cuantías de las multas obedece al número de plataformas pornográficas gestionadas por cada empresa sancionada: cinco por Techpump Solutions S. L. y una por Burwebs S. L.

43. Para ser más exactos, realmente quien se ha “incorporado” a esta causa es la CNMC, ya que la AEPD ha mostrado un compromiso mayor y anterior con la protección de los menores frente a la pornografía *online*. Al César lo que es del César.

44. El formulario está disponible en la siguiente dirección de Internet: <https://www.cnmc.es/contacto>

Tanto este último como los de la AEDP exigen contar con firma electrónica o con certificado digital, lo que indudablemente desincentivará la interposición de denuncias de un buen número de personas⁴⁵.

Haciendo un breve balance del presente epígrafe, podemos señalar que muy recientemente la AEPD y la CNMC han substanciado sus primeros procedimientos sancionadores contra plataformas pornográficas por no contar con mecanismos de verificación de la edad para restringir el acceso de los menores. Estas resoluciones constituyen una muy buena noticia para la construcción de un Internet respetuoso con los más pequeños, y es de esperar que tengan un efecto “aleccionador” para numerosas plataformas pornográficas. De no ser así, ambas autoridades independientes harán bien en imponer nuevas sanciones, a fin de garantizar el respeto del ordenamiento vigente. Respecto de sus funciones de vigilancia e inspección, no parece que la AEPD y la CNMC estén llevando a cabo tareas sistemáticas de supervisión y rastreo en Internet para detectar irregularidades. De todos modos, al contar con canales de denuncia accesibles e intuitivos, es razonable pensar que muchas infracciones serán advertidas por los ciudadanos mediante las correspondientes denuncias⁴⁶. Un juicio más negativo merece el MAETD que, de acuerdo con la información disponible su portal de Internet, ni vigila, ni sanciona, ni dispone de sistemas de denuncia sencillos para denunciar incumplimientos de la LSSI.

6. El fomento

Las potestades administrativas descritas hasta aquí se caracterizan por implicar una limitación o restricción de las actividades de los particulares. Mediante sus actuaciones de fomento, por el contrario, la Administración aspira a promover o incentivar ciertas actividades privadas por entender que las mismas están alineadas con los intereses públicos⁴⁷. La actividad administrativa de fomento reviste formas muy variadas: económica, jurídica, honorífica... En fechas recientes han cobrado importancia las basadas en las ciencias del comportamiento, que mediante el ofrecimiento de cierta información o la modificación de la arquitectura de la decisión pretenden influir en la toma de decisiones de los administrados, haciéndoles más sencillo o atractivo elegir cauces de conducta que coadyuvan a la consecución del interés general (Ponce Solé, 2022).

De cara a minimizar el acceso de los menores a la pornografía, la actividad pública de fomento o promoción puede resultar de gran utilidad. Así lo reconocen expresamente diferentes textos legales relativos a la protección de los menores, la protección de datos personales o la igualdad, que subrayan la importancia de las medidas

45. Las páginas desde las que acceder al proceso de quejas y sugerencias son las siguientes: <https://www.aepd.es/la-agencia/en-que-podemos-ayudarte> y https://serviciosede.mineco.gob.es/FB/HomeQuejas.aspx?control=124_QS

46. De acuerdo con sus memorias anuales, en el año 2022 la CNMC recibió 360 quejas y denuncias relativas a contenidos audiovisuales; y la AEPD 15.128 reclamaciones. *Cfr.*, respectivamente, Memoria 2022, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2023, p. 47); y Memoria 2022, Agencia Española de Protección de Datos (2023, p. 139).

47. Volviendo al trabajo seminal de Jordana de Pozas previamente citado (1949, p. 49), cabe sostener que la intervención pública de fomento tiene como objeto “proteger, estimular o auxiliar las actividades particulares mediante las cuales se satisfacen necesidades o conveniencias de carácter general”.

promocionales y de concienciación para conseguir los intereses públicos que dichas normas aspiran a proteger⁴⁸.

Veamos algunas actuaciones de fomento que se han adoptado o podrían adoptarse desde instancias públicas para conseguir tal fin.

Una de las medidas paradigmáticas de fomento es la subvención, que podemos definir como aquella donación dineraria de carácter modal destinada a promover fines o actividades de interés público⁴⁹. Entre las mil y una actividades que podrían subvencionarse cabe destacar tres.

La primera es la investigación académica y clínica sobre los efectos del consumo generalizado de pornografía. En efecto, la relativa novedad del fenómeno determina que todavía existan pocos estudios sobre el impacto de la pornografía en sus consumidores en términos de adicción, concepción de la sexualidad, extensión de prácticas sexuales inseguras, delitos contra la libertad sexual, contribución a la perpetuación de la desigualdad entre hombres y mujeres, etc. Una financiación decidida de esta línea de investigación permitiría conocer mejor las causas y efectos de un consumo recurrente o generalizado de pornografía y centrar la actuación pública en aquellos que resulten más problemáticos. Un botón de muestra de esta forma de fomento y promoción lo constituye el “Estudio sobre pornografía en las Illes Balears: acceso e impacto sobre la adolescencia, derecho internacional y nacional aplicable y soluciones tecnológicas de control y bloqueo” que hemos tenido ocasión de citar en reiteradas ocasiones. Dicho estudio multidisciplinar, financiado por el Gobierno balear, ha contribuido decisivamente a conocer –entre otras cuestiones– los patrones de consumo de pornografía entre los adolescentes baleares y algunos de los efectos percibidos de ese consumo.

En segundo lugar, sería deseable financiar iniciativas divulgativas destinadas a ofrecer educación sexual y sobre el uso de Internet entre menores de edad, familias y educadores⁵⁰.

Por último, también cabría subvencionar iniciativas empresariales que desarrollasen soluciones técnicas para verificar la edad de los usuarios de Internet, mecanismos de calificación de contenidos, sistemas de control parental, herramientas de detección automatizada de contenido potencialmente nocivo con el fin de limitar su presentación a menores, etc.

48. A título ejemplificativo, el artículo 97.2 LOPDPGDD encomienda al Gobierno la aprobación de “un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales”. Otras normas que hacen referencia al fomento son la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (art. 9.1); o la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (arts. 45 y 46).

49. *Cfr.* Artículo 2.1. Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

50. El artículo 10 LGCA apunta en esta línea, invitando a la autoridad audiovisual y a todos los agentes del sector audiovisual a adoptar “medidas para la adquisición y el desarrollo de las capacidades de alfabetización mediática en todos los sectores de la sociedad”, señalando como objetivo específico “que los menores hagan un uso beneficioso, seguro, equilibrado y responsable de los dispositivos digitales, de los servicios de comunicación audiovisual y de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales” (art. 10.4).

Dejando a un lado las subvenciones, las administraciones incentivan o desincentivan conductas mediante campañas informativas, publicitarias y de sensibilización. Dicha tarea informativa puede tomar ocasión en alguna efeméride o día internacional, como el Día Mundial de Internet Seguro, el Día Internacional del Niño o el Día contra la Explotación Sexual y el Tráfico de Mujeres, Niñas y Niños. Hasta la fecha, esta línea de fomento ha sido una de las preferidas por las Administraciones públicas. Un buen ejemplo de ello lo constituye la actividad del Instituto Nacional de Ciberseguridad – INCIBE, dependiente del MAETD–, cuya división “Internet Segura For Kids” realiza una amplísima tarea de educación digital, dedicando una atención específica al acceso a contenido inapropiado⁵¹. La AEPD, por su parte, también ha venido realizando una importante labor de concienciación en los últimos años, fruto en gran medida del creciente número de denuncias que ha recibido sobre prácticas de *sexting* entre menores. Así, por ejemplo, en el año 2020 la Agencia publicó una nota técnica con recomendaciones orientadas a evitar el acceso de los menores a contenido inapropiado en Internet, dirigidas a madres y padres, así como a entidades educativas y editores de contenidos⁵². En esta misma línea, en el año 2022 la AEPD lanzó junto a UNICEF la campaña “Más que un móvil”, dirigida a ofrecer a las familias algunas claves para tener en cuenta antes de entregar a sus hijos un teléfono móvil⁵³.

Sin desmerecer esta línea de actuación de las administraciones, es oportuno subrayar que en la última década estas medidas de concienciación han tenido una eficacia prácticamente nula, como evidencian los datos de consumo de pornografía entre la población menor de edad. Y ello porque, en ocasiones, para la consecución de ciertos fines de interés público la actividad administrativa de fomento resulta necesaria, pero no suficiente. En efecto, causas como la lucha contra el alcoholismo, el tabaquismo o la obesidad infantil precisan de campañas promocionales que contribuyan a orientar en un determinado sentido la opinión pública; pero también de medidas de regulación, supervisión y sanción que restrinjan ciertas conductas particularmente nocivas para la salud pública o los menores. Así sucede también con el tema que nos ocupa: hace falta sensibilización, pero –como los datos evidencian– solo con sensibilizar no basta.

Todavía en relación con la sensibilización y la información, conviene apuntar que hasta el momento las campañas públicas han ido dirigidas mayoritariamente a las familias y los educadores, y se han producido en un tono fundamentalmente positivo. Teniendo en cuenta la limitadísima eficacia de dichas campañas, quizá resultaría oportuno plantear algún cambio de estrategia. De un lado, podrían ensayarse mensajes más contundentes o descarnados, como algunos de los emitidos por la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción o la Dirección General de Tráfico⁵⁴. De otro lado, y en una línea ya explorada en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, quizá

51. Una información muy completa de su actividad puede consultarse en <https://www.incibe.es/menores>

52. *Protección del Menor en Internet – Evita el contenido inapropiado preservando su privacidad*, AEPD, Madrid, 2020. <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-aepd-publica-recomendaciones-orientadas-evitar-el-acceso>

53. Para más información sobre esta campaña, visítese <https://www.aepd.es/mas-que-un-movil>

54. Sobre la eficacia de dicha publicidad “emocional”, resulta de interés Vázquez Burguete y Gutiérrez Rodríguez (2016).

podría imponerse a los prestadores de servicios pornográficos la obligación de ofrecer cierta información a sus usuarios, advirtiéndoles de los riesgos que el consumo de pornografía puede implicar (adicción, falta de apetito sexual, incremento de agresividad en las relaciones sexuales, etc.)⁵⁵. Esta información obligatoria, similar a la que se exige en las cajetillas de tabaco o en la publicidad de bebidas alcohólicas, podría actuar también como un desincentivo al consumo.

Finalmente, las administraciones pueden recurrir a los medios de promoción tradicionalmente calificados como honoríficos. En este sentido, existen diferentes premios y galardones que pretenden reconocer e incentivar las buenas prácticas en relación con los menores en Internet. Entre muchos, podemos destacar el “Premio a las Buenas prácticas educativas en privacidad y protección de datos para un uso responsable y seguro de internet por los menores”, organizado anualmente por la AEPD; o los premios otorgados por el INCIBE con motivo del Día Internacional de Internet Seguro⁵⁶.

7. Actuaciones en el marco de los servicios públicos

Siguiendo la tradicional distinción de formas de actuación administrativa, resta por ocuparnos de la actividad prestacional o de servicio público, mediante la que la Administración presta a los ciudadanos ciertos servicios cuya naturaleza se considera importante, cuando no esencial.

En relación con el tema que nos ocupa, cabe hacer referencia a tres ámbitos actuación pública.

El primero y más importante es de la educación. Conforme a la legislación educativa, los planes de estudio en nuestro país incluyen en todas las fases del proceso educativo una serie de objetivos relacionados con la educación afectivo-sexual de los estudiantes⁵⁷. Pues bien, en dicho marco conviene ofrecer a los estudiantes ciertas pautas y herramientas para tener espíritu crítico frente a los contenidos de naturaleza sexual o pornográfica a los que están expuestos, a fin de que sean capaces de reconocer cuándo esos contenidos resultan contrarios a ciertos principios y valores constitucionales, como la libertad personal o a la igualdad⁵⁸. Junto con ello, y en la línea señalada por

55. Esta exigencia podría imponerse por vía legal o reglamentaria, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 18 LGDCU. Como es natural, primero será necesario contar con evidencias científicas que acrediten esos efectos nocivos, extremo que precisa de una tarea investigadora que podría financiarse con ayudas públicas, como hemos apuntado con anterioridad.

56. Más información sobre estos galardones puede consultarse en “La AEPD convoca los Premios Protección de Datos 2023 para reconocer las mejores prácticas en la difusión de este derecho”, Nota de prensa de 23 de mayo de 2023, AEPD; y “El Día de Internet Segura 2023, organizado por INCIBE, bate récord de participación con más de 84.000 asistentes”, Nota de prensa de 10.02.2023, INCIBE.

57. Cfr. Artículos 1.1, 19.2, 17.m, 24.5, 25.6 y 33.b de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre).

58. Sea de ello lo que fuere, y sin ánimo de abrir un debate que excede del objeto de estas páginas, queremos dejar constancia de las dudas que nos suscita el consenso creado en torno a la necesidad de dar mucha educación sexual en los centros educativos, lo que implica transmitir a los estudiantes una visión determinada y “normativa” de la sexualidad. De ahí a la “moral oficial” o de Estado hay un camino muy corto, que quizá no resulte conveniente recorrer. En este sentido, quizá la educación afectivo-sexual formal y reglada debería limitarse a la transmisión de

el artículo 10 LGCA, también resulta oportuno promover la alfabetización mediática tanto de los menores como de sus padres, profesores y tutores, a fin de educar en un uso inteligente y equilibrado de las poderosas herramientas digitales existentes en el mercado, que permita aprovechar todas sus ventajas sin caer en los peligros que su uso intemperante comporta.

Un segundo servicio público que las administraciones podrían ofrecer consistiría en el desarrollo y puesta a disposición de los agentes del mercado de sistemas de verificación de la edad fiables, tanto desde el punto de vista de su efectividad, como del de la garantía de la protección de datos de sus usuarios. En esta dirección está trabajando desde hace unos meses la AEPD en colaboración con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, con el objetivo de facilitar una herramienta de verificación de la edad fiable, que permita evitar el acceso de los menores de edad a la pornografía⁵⁹.

Por último, y ya desde una perspectiva más paliativa que preventiva, las administraciones podrían ofrecer servicios de atención clínica a menores con síntomas de adicción a las pantallas y a la pornografía. Si bien estas conductas todavía no han sido reconocidas oficialmente como patologías, son muchos los especialistas que subrayan que el número de pacientes que manifiestan tener problemas de consumo compulsivo ha crecido en los últimos años (Hervías Ortega *et al.*, 2020, pp. 176 y ss.). Este incremento ha propiciado que diferentes servicios públicos de salud hayan creado recientemente centros para tratar las llamadas adicciones sin sustancia o comportamentales, entre las que se encuentra el juego, la compra compulsiva, el sexo o, a los efectos que aquí interesan, el consumo de pornografía⁶⁰. En un sentido similar, la creciente extensión de pautas de consumo compulsivo de pornografía recomienda que los orientadores y psicopedagogos de los centros educativos –tanto públicos como privados– reciban una formación específica relativa a las adicciones comportamentales, a fin de ayudar con competencia a los estudiantes que atraviesan esos problemas, frecuentemente asociados a un uso inadecuado de las pantallas.

5. Conclusiones

Existe un amplio consenso en que el actual acceso generalizado de los menores a contenido pornográfico en Internet resulta indeseable. Hasta la fecha, ni una creciente preocupación social ni la aprobación de diferentes textos legales han sido capaces de reducir dicho acceso. Si se quiere revertir la situación es preciso redoblar los esfuerzos tanto públicos como privados para restringir el acceso a ese contenido y construir un entorno digital más seguro para los menores.

unos conocimientos básicos –fundamentalmente biológicos– acerca de la sexualidad humana, acompañados de tres o cuatro ideas básicas relativas al consentimiento y al respeto mutuo.

59. Cfr. “La AEPD trabaja en un sistema eficaz de verificación de la edad para evitar el acceso de menores al porno”, *Europa Press*, 9 de octubre de 2023.

60. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, que en el año 2022 inauguró el Centro AdCom, dependiente del Instituto de Psiquiatría y Salud Mental del Hospital Gregorio Marañón. Para más información sobre este centro, véase <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/adcom-madrid>

En las presentes páginas hemos ofrecido una visión general de qué vienen haciendo y qué más podrían hacer las Administraciones públicas para contribuir a dicha causa, en cumplimiento de su misión constitucional de servir con objetividad a los intereses generales. Para ello, y tras identificar las tres administraciones mejor situadas para proteger a los menores en el ámbito audiovisual (MAETD, CNMC y AEPD), hemos repasado las tradicionales formas de actuación administrativa: policía –regulación, supervisión y sanción–, fomento y servicio público.

El repaso realizado nos ha permitido concluir que centrar la actuación pública en medidas de fomento y sensibilización no ha resultado eficaz para prevenir el acceso de los menores a contenido pornográfico. Por consiguiente, parece llegado el momento de recurrir a instrumentos más contundentes para proteger a los menores, como son las medidas de policía: regulación, supervisión y, muy señaladamente, sanción.

En esta línea, resulta oportuno que la Administración apruebe diferentes reglamentos de desarrollo –de la LGCA, en relación con los usuarios de especial relevancia; y de la LSSI, para determinar el procedimiento de suspensión de servicios digitales perjudiciales para los menores–. Junto con ello, también se recomienda un ejercicio más decidido de la potestad sancionadora, en la línea abierta por las Resoluciones 2/2023 de la CNMC y 554/2021 y 555/2021 de la AEPD.

Esta mayor diligencia en el ejercicio de las potestades de policía –acompañado, por supuesto, de otras medidas de fomento y de servicio público como las que hemos tenido ocasión de consignar– no tiene como fin cercenar derechos comunicativos ni establecer una policía moral en la Red, sino contribuir a la construcción de un espacio digital respetuoso con los derechos de todos, en particular con los de los colectivos más débiles y vulnerables, entre los que ocupan un lugar destacado los menores de edad.

Referencias

- Agencia Española de Protección de Datos. (2022). *Memoria 2021*. <https://www.aepd.es/documento/ps-00721-2014.pdf-0>
- Agencia Española de Protección de Datos. (2023). *Memoria 2022*. <https://www.aepd.es/documento/memoria-aepd-2022.pdf>
- Aguado-Guadalupe, G., & Bernaola, I. (2019). El nuevo marco regulador europeo de los servicios audiovisuales bajo petición y de intercambio de vídeo. Su repercusión en el mercado español de plataformas. *Index. Comunicación. Revista científica en el ámbito de la Comunicación Aplicada*, 9(3), 13–34.
- Cierco Seira, C. (2015). El premio de afección en la expropiación forzosa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (168), 93–144.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2023). *Memoria 2022*. https://www.cnm.es/sites/default/files/editor_contenidos/CNMC/Memorias/Mem_CNMC_2022_web.pdf
- De Miguel Asensio, P. A. (2022). Plataformas de intercambio de vídeos, influyentes y streamers en la Ley 13/2022 General de Comunicación Audiovisual. *La Ley Unión Europea*, (106), 1–12.
- Doménech Pascual, G. (2013). Roma Delatoribus Praemiatur. La denuncia en el Derecho público. En J. J. Díez Sánchez (Coord.), *Función Inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 171–187). INAP.

- García de Enterría, E. (2017). *Curso de Derecho Administrativo* (18.ª ed., Vol. I). Civitas.
- Hervías Ortega, F., Romero López-Alberca, C., & Marchena Consejero, E. (2020). Adicción a la pornografía en Internet: análisis de un caso clínico. *Psicología Conductual*, 28(1), 161-180.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, (48), 41-54.
- Martínez González, M. Á. (2023). *Salmones, hormonas y pantallas*. Planeta.
- Martínez Otero, J. M. (2019). Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: La Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el Mercado Único Digital. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (63), 537-571. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.63.05>
- Martínez Otero, J. M. (2021). ¿Resulta constitucional restringir la pornografía en Internet? Bases para repensar el estatuto jurídico del discurso pornográfico. *Revista General de Derecho Constitucional*, (35), 1-38.
- Masferrer Domingo, A. (2020). *De la honestidad a la integridad sexual*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Milano, V. (Dir.). (2023) *Estudio sobre pornografía en las Illes Balears: acceso e impacto sobre la adolescencia, derecho internacional y nacional aplicable y soluciones tecnológicas de control y bloqueo*. Conselleria de Presidencia, Función Pública e Igualdad.
- Nieto, A. (2008). *El desgobierno de lo público*. Ariel.
- Ponce Solé, J. (2022). Derecho, acicates (nudges) y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado. En J. Ponce Solé (Coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración* (pp. 61-82). Marcial Pons.
- Rivero Ortega, R. (2019). *Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Savin, A. (2018). Regulating internet platforms in the EU – The emergence of the Level playing field. *Computer Law & Security Review*, 34(6), 1215-1231. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.08.008>
- Serrano Maíllo, M. I., & Martínez-Pastor, E. (2023). Desafíos en la regulación de las plataformas de servicio de intercambio de vídeos: Publicidad y menores. *Revista General de Derecho Administrativo*, (63), 1-36.
- Valero Heredia, A. (2022). *La libertad de la pornografía*. Athenaica.
- Valero Heredia, A. (2023). Sexo, arte y pornografía. En J. J. Prieto de Pedro, R. Dedeu Pastor & M. Lorenzo Moles (Coords.), *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística* (pp. 343-372). Marcial Pons.
- Vázquez Burguete, J. L., & Gutiérrez Rodríguez, P. (2016). Eficacia de las campañas publicitarias de la DGT. *Casos*, 3(1), 103-110.