

La restricción del acceso de los menores de edad a la pornografía *online*: soluciones desde el derecho

Juan María Martínez Otero
Universitat de València

Fecha de presentación: octubre 2023

Fecha de aceptación: febrero 2024

Fecha de publicación: marzo 2024

Resumen

El presente artículo analiza las vías que el ordenamiento jurídico español ofrece para restringir el acceso de los menores a contenido pornográfico en internet, que actualmente puede caracterizarse como un acceso sin trabas y generalizado. En primer lugar, se presentan los derechos e intereses constitucionales en conflicto a la hora de restringir el acceso a la pornografía en internet. A continuación, se analizan las normas vigentes en nuestro ordenamiento que podrían ofrecer una solución al acceso de los menores a la pornografía, y se discute su utilidad práctica. El artículo se cierra con unas conclusiones en las que se incluyen algunas propuestas de mejora normativa.

Palabras clave

pornografía; regulación audiovisual; plataformas de intercambio de videos (VSP); protección de los menores

Restriction of minors' access to online pornography: solutions provided by the law

Abstract

This article analyzes the ways that the Spanish legal system offers to restrict minors' access to pornographic content on the internet. Currently, this access can be characterized as unhindered and generalized. First, the paper presents the constitutional rights and interests in conflict when restricting traffic and access to pornography on the internet. Next, it analyzes the legal regulations in force in our system that could offer a solution to minors' access to pornography and discusses their practical usefulness. The article closes with some conclusions and proposals for regulatory improvement.

Keywords

pornography; audio-visual regulation; video-sharing platforms (VSPs); child protection

1. 1. Introducción: el acceso de los menores a la pornografía *online* como preocupación y problema

En los últimos tres lustros, la generalización del uso de internet y de los dispositivos móviles ha transformado sustancialmente los patrones de producción y consumo de pornografía, entendida como la «representación explícita de actos sexuales que busca producir excitación».¹ Así, en poco más de una década, la pornografía ha pasado de ser una industria relativamente marginal para configurarse como una de las industrias más poderosas del planeta.²

La generalización del acceso a todo tipo de contenidos, la prevalencia del *hard core* o pornografía más extrema (Milano, 2022, pág. 101) y su disponibilidad inmediata a un clic ha dado lugar a lo que Ballester y Orte (2019, pág. 11) califican de «nueva pornografía», poniendo sobre la mesa diferentes debates en relación con sus efectos sobre su audiencia y sobre el conjunto de la sociedad. Entre estos debates destacan los relativos al impacto que el consumo de pornografía tiene sobre los menores de edad y el desarrollo armónico de su personalidad; su potencial efecto multiplicador de la desigualdad entre hombres y mujeres; o la posibilidad de que dicho consumo resulte problemático por incitar a la violencia o ser adictivo.³

La relativa novedad del fenómeno impide que contemos con literatura científica concluyente sobre estos potenciales efectos nocivos. Esta falta de evidencias científicas

sólidas no ha sido óbice para el afianzamiento de una preocupación en torno al consumo de pornografía y sus efectos sociales, como lo acredita un creciente número de publicaciones científicas, informes de organismos públicos, noticias, declaraciones de representantes políticos o modificaciones legislativas.⁴

Esta progresiva toma de conciencia de los daños que la generalización del consumo de pornografía puede estar ocasionando constituye una invitación a cuestionarse sobre la magnitud del fenómeno, sus características y efectos, así como sobre las respuestas que desde diferentes instancias pueden ofrecerse para encauzarlo.

Entre las aristas que pueden ser exploradas, el presente artículo se centra en la posibilidad de restringir el acceso de los menores a la pornografía mediante instrumentos normativos.⁵ Como precisión necesaria, conviene advertir que nuestro análisis se circunscribe a la pornografía lícita, dejando de lado contenidos ilícitos –como la pornografía infantil o el *sexting* no consentido– cuyo régimen jurídico es sustancialmente diferente, toda vez que aspira no ya a su restricción para un determinado público, sino a su detección, supresión y sanción.⁶

Nuestro estudio parte de tres premisas:

- 1) el acceso por parte de niños y adolescentes a contenido pornográfico es muy prevalente;⁷
- 2) existe un amplio consenso en que dicho acceso no resulta deseable;⁸ y,

1. Definición del Diccionario de la Real Academia Española en su versión digital (cfr. <https://dle.rae.es/pornografía>). Por su parte, el Tribunal Supremo identifica tres requisitos para que un contenido pueda ser calificado de pornográfico: «a) que el material consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y, c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística». Cfr. STS 1055/2017, de 21 de marzo, F. J. 7.º.
2. Ofrece elocuentes datos sobre el particular Valero Heredia, 2022, pág. 40
3. Para un abordaje detenido de estos debates, véase: Martínez Otero, 2021.
4. A título ilustrativo, traemos a colación algunas referencias. Para una visión clínica, Hervías Ortega, 2020. A nivel institucional, la Fiscalía General del Estado (2022, pág. 780) asocia el incremento de delitos contra la libertad sexual entre menores al consumo indiscriminado de pornografía. Finalmente, en el último año, los parlamentos de Mississippi, Utah, Virginia, Luisiana o Arkansas han aprobado normas exigiendo a las páginas pornográficas el establecimiento de sistemas de verificación de la edad (Hardy, 2023).
5. A lo largo del estudio empleamos el término *menor* como sinónimo de niño, que definimos con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (art. 1).
6. Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en internet, COM/96/0487
7. 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*. Madrid: Save the Children, 2020, pág. 27.
8. Incluso desde posiciones abiertamente liberales con el consumo de pornografía se admite que esta puede resultar perjudicial para los menores. Cfr. Malem Seña, 1992, pág. 204; o Valero Heredia, 2022, pág. 163 y ss

3) las respuestas ofrecidas desde poderes públicos para restringir dicho acceso no han resultado, hasta la fecha, suficientemente decididas ni eficaces.⁹

El estudio procede como sigue. En primer lugar, se presentan los derechos e intereses constitucionales en conflicto a la hora de restringir el tráfico y acceso a la pornografía en internet. A continuación, se analizan las normas vigentes que podrían ofrecer una solución al acceso sin trabas de los menores a la pornografía, y se discute su utilidad práctica. Estas normas son el Código Penal (CP); la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (LSSI); la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA); y las normas de rango legal que protegen los datos personales: el Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos (RGPD), y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). El artículo se cierra con unas conclusiones en las que se incluyen algunas propuestas de mejora normativa.

2. El conflicto de derechos e intereses

La producción, difusión y consumo de contenido pornográfico en internet son conductas amparadas por diversos derechos de naturaleza constitucional.

En primer lugar, la producción y difusión de pornografía están protegidas por el derecho a la libertad de empresa o el derecho al trabajo, en función de si dicha actividad profesional se desarrolla por cuenta propia o ajena. Estos derechos se contienen, respectivamente, en los artículos 38 y 35 de la Constitución española (CE).

Junto con ello, tanto la emisión como la recepción de mensajes pornográficos pueden considerarse un ejercicio de los derechos comunicativos, reconocidos en el artículo

20.1.a) y d) CE. Sea como fuere, resulta pertinente cuestionarse si cierta pornografía existente en internet merece la protección cualificada que nuestro Tribunal Constitucional otorga a los derechos comunicativos, que encuentra su fundamento en su trascendencia institucional-funcional y en su contribución a la formación de una opinión pública libre.¹⁰ En efecto, si históricamente ciertos discursos pornográficos contuvieron una carga política y un propósito subversivo patente, gran parte de la pornografía *mainstream* que hoy circula por internet adolece totalmente de dicho componente, por lo que resulta dudoso que deba gozar de una posición preferente cuando colisiona con otros derechos o intereses de naturaleza constitucional.

En tercer lugar, la expresión pornográfica también puede ser caracterizada como un ejercicio de la libertad de creación y producción artística, consagrada en el artículo 20.1.b CE.¹¹ Esta caracterización, sin embargo, no parece extensible a cualquier mensaje pornográfico, sino solo a aquellos que contengan algún tipo de pretensión creativa, estética y de originalidad (Urías Martínez, 2018, pág. 617). En este sentido, consideramos con Valero Heredia (2023, pág. 362) que la mayoría de contenido pornográfico existente en internet ni es ni pretende ser una obra de arte.

Finalmente, resulta necesario engarzar la producción, difusión y consumo de pornografía con el principio de autodeterminación de la persona, que se deriva de la libertad, entendida como principio superior del ordenamiento y que está reconocida en el artículo 1 CE. En este sentido, puede sostenerse que la producción y el visionado de pornografía es una cuestión de libertad personal, que debe ser respetada siempre y cuando no atente directa y gravemente contra intereses públicos o derechos de terceras personas.

Aun suponiendo un ejercicio de derechos constitucionales, la producción, difusión y acceso a la pornografía también pueden amenazar o conculcar otros bienes de rango constitucional. Entre ellos, cabría mencionar, por orden descendente de «evidencia», la protección de los menores (arts. 20.4 y 39 CE), la igualdad y la no discriminación

9. Desde el año 2022, han sucedido en nuestro país ciertas actuaciones y declaraciones públicas que evidencian una nueva voluntad política en relación con el acceso de los menores a la pornografía. Tras la primera redacción de estas páginas, el Gobierno ha manifestado públicamente su intención de afrontar este problema con mayor determinación buscando «un acuerdo de país». Cfr. «El Gobierno impulsa la protección de menores frente al acceso a pornografía en internet», Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Madrid, 16.01.2024.

10. Cfr. SSTC 25/1981, de 14 de julio; 6/1988, de 21 de enero; o 8/2022, de 27 de enero.

11. Como apunta la STC 153/1985, de 7 de noviembre, F.J. 5.º, esta libertad es una concreción o especificación de la genérica libertad de expresión, que se manifiesta cuando tiene por objeto contenidos creativos, artísticos e innovadores.

(arts. 1, 9.2, 14 CE), la moral pública (art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vía art. 10.2 CE) y la salud pública (art. 43 CE).

Restringiendo nuestro análisis a la protección de los menores, resulta generalmente admitido que el acceso a la pornografía puede resultar perjudicial para su desarrollo. Sin obviar el hecho de que los menores de edad no pueden ser tratados como un colectivo uniforme, lo cierto es que todos ellos se encuentran en una fase incipiente de su desarrollo personal, de modo que la exposición a contenidos sexuales explícitos, que a menudo no saben interpretar, resulta desaconsejable.

No es este el foro para discutir los efectos potencialmente perniciosos del consumo de pornografía por los menores, extremo que todavía se encuentra en fase de estudio por las diferentes ciencias sociales. Basta con subrayar que la visión de la sexualidad representada en la pornografía *mainstream* se opone a valores generalmente compartidos -tales como el respeto, la igualdad, la empatía, la comunicación, el consentimiento o la libertad-, por lo que resulta una pésima escuela de educación sexual.¹² Además, la falta de madurez de esa audiencia todavía en proceso de formación hace particularmente acuciantes otros interrogantes sobre los efectos del consumo de pornografía, fundamentalmente en lo relativo a su incidencia en conductas sexistas y agresivas y en su potencial de constituir una adicción sin sustancia, como la adicción al juego *online*.¹³

Este conjunto de datos e intuiciones acerca del potencial lesivo de la pornografía para la infancia subyace en todas las normas que regulan fenómenos comunicativos, las cuales restringen, de modo unánime, el acceso de los menores a contenidos relacionados con el sexo. Así, encontramos disposiciones en esta línea en la LGCA (v. g. arts. 89.1.e y 99.2.a); en la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (art. 9.2); en la LSSI, aplicable a los servicios de internet (art. 8.1); y en el propio CP (art. 186). La propia

Constitución identifica como límite de los derechos comunicativos la protección de la juventud y la infancia, en una cláusula que en gran medida responde a la preocupación por proteger a los niños frente a contenidos de carácter sexual y violento (art. 20.4). En esta misma línea, se sitúan también los diferentes códigos de autorregulación existentes en el ámbito audiovisual.¹⁴

Este entramado de normas consiguió equilibrar durante lustros los derechos e intereses de quienes emiten, difunden y consumen pornografía con los derechos e intereses de quienes pueden verse perjudicados por dicho contenido, fundamentalmente los menores.

Pues bien, como se ha tenido ocasión de evidenciar, este equilibrio de derechos e intereses se ha quebrado con el avance de los *smartphones* y la nueva pornografía en internet, disponible sin filtros para cualquier usuario, incluidos los menores de edad. Veamos, a continuación, si el ordenamiento jurídico español dispone de instrumentos para restablecer ese equilibrio y proteger eficazmente a los menores, y en caso de tenerlos, cómo están siendo utilizados por los poderes públicos que tienen encomendada dicha protección.

3. ¿Puede restringirse el acceso de los menores a la pornografía online con la normativa vigente?

Como apuntamos en la introducción, cuatro son las normativas que podrían restringir el acceso de los menores a la pornografía *online*: la penal, la de servicios de internet, la audiovisual y la de protección de datos.¹⁵

3.1. Previsiones del Código Penal

La primera norma a la que es oportuno referirse es al Código Penal (CP), cuyo artículo 186 sanciona la difusión

12. Un estudio publicado en octubre de 2020 por el Consejo del Audiovisual de Cataluña acredita que la mayoría de las plataformas pornográficas incluyen contenido discriminatorio contra las mujeres. Cfr. *L'accés de les persones menors d'edat a continguts de pornografia a internet*. Barcelona: Consejo del Audiovisual de Cataluña, 2020, pág. 23.

13. Sobre la conexión entre consumo de pornografía y violencia, cfr. Dawson, 2019. En cuanto a la posible existencia de un trastorno adictivo consistente en el consumo de pornografía, véase: De Alarcón, 2019.

14. Así, entre muchos, el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos en Infancia, punto II.1.f.

15. Por motivos de espacio y por su carácter programático, renunciamos a analizar otra legislación de interés en la materia, como la educativa, la relativa a la igualdad y la de protección de la infancia. Sobre el particular, véase Milano, 2022, pág. 367 y ss.

de pornografía entre menores. Su tenor literal reza así: «el que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad (...), será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

En su redacción actual, dicho tipo delictivo no parece idóneo para sancionar la conducta de quien difunde contenido pornográfico en plataformas de internet. En efecto, si con la doctrina penalista interpretamos la expresión «por cualquier medio directo» como exigencia de una presencia simultánea de emisor y receptor (Sánchez Melgar, 2016, pág. 1376); de un contacto personal entre los sujetos activos y pasivos (Gómez Tomillo, 2015, pág. 554); de una relación con menores concretos o concretables (Orts y Roig, 2011, pág. 125); o de una comunicación dirigida específicamente a menores (Mata y Martín, 2007, págs. 148-149), se desprende que la difusión impersonal o genérica que se realiza mediante una página o plataforma de Internet abierta a cualquier internauta resulta una conducta atípica. De lo que, a su vez, se deduce que, en el nuevo contexto digital, el artículo 186 CP ha perdido gran parte de su eficacia para prevenir la exposición de menores a contenido pornográfico y proteger su libertad sexual.

Si nuestro Legislativo entiende que dicho bien jurídico sigue requiriendo de tutela penal, sería conveniente modificar el artículo 186 a fin de matizar el alcance de la expresión «por cualquier medio directo» y ampliar el tipo de delictivo a ciertas comunicaciones realizadas por medio de internet. A este respecto, un buen modelo a seguir puede ser el artículo 227-24 del Código Penal francés, modificado en diciembre de 2021 para dar cabida al tipo de comunicaciones que aquí nos ocupan.¹⁶ Conforme a su última redacción, este artículo castiga la difusión de pornografía «cuando el mensaje pueda ser visto o percibido por un menor», añadiendo que «el acceso a los contenidos prohibidos mencionados se continúa considerando delictivo si el menor accede a ellos a través de una simple declaración en la que indica que es mayor de

edad». A tenor de este último inciso, la mera advertencia previa de que el contenido ofrecido está dirigido exclusivamente a adultos -acompañada normalmente de una solicitud de declaración de mayoría de edad- no opera como causa de exención de responsabilidad de los portales, que tendrán que arbitrar mecanismos más efectivos de verificación de la edad con el propósito de restringir el acceso de los menores.

3.2. Previsiones contenidas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

Dejando a un lado el CP, conviene prestar atención a la norma sectorial que regula los servicios prestados por medio de Internet: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI).¹⁷ Desde el año 2022, sus previsiones deben ser leídas en sintonía con el Reglamento Europeo de Servicios Digitales, aplicable a ciertos servicios de intermediación ofrecidos mediante internet.¹⁸

A los efectos que nos ocupan, del articulado de la LSSI resulta de especial interés el artículo 8.1, que autoriza a las autoridades nacionales a restringir el acceso a servicios de la sociedad de la información cuando estos puedan atentar contra ciertos intereses públicos. Entre dichos intereses públicos el artículo menciona expresamente la protección de la juventud y la infancia (art. 8.1.d). Conforme a esta previsión, estaría plenamente justificado el establecimiento de diferentes formas de bloqueo para aquellos servicios pornográficos que no contaran con mecanismos de protección de los menores.

A tenor del artículo 35 LSSI, la imposición de estas medidas restrictivas podría corresponder a la Administración -en el ejercicio de sus competencias de vigilancia, inspección y sanción-, o a un órgano jurisdiccional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1. *in fine* de la LSSI. En atención al vínculo entre la difusión de pornografía y los derechos constitucionales anteriormente presentados, parece preferible atribuir esta vigilancia y eventual restricción a una autoridad judicial.¹⁹

16. La modificación fue operada por la Ley n.º 2021-1539, de 30 de noviembre 2021.

17. La LSSI traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/31/CE, del Comercio Electrónico.

18. Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales. Entre sus previsiones, el artículo 28 se ocupa específicamente de la protección de los menores. Los artículos 33 y siguientes, por su parte, incluyen una serie de obligaciones para las plataformas de muy gran tamaño (aquellas con más de 45 millones de usuarios mensuales), categoría en la que se encuadran diversas plataformas pornográficas.

19. Sobre la conveniencia de dejar los juicios sobre la licitud de contenidos en manos de autoridades jurisdiccionales y no administrativas, véase Betancor Rodríguez, 2007, págs. 67-68.

Una vez descrito el marco normativo, cabe preguntarse hasta qué punto este ha constituido un instrumento eficaz para prevenir el acceso de los menores de edad a contenidos pornográficos *online*. Pues bien, hasta la fecha no existe constancia de restricción alguna a páginas ni servicios de internet para proteger a los menores, con lo que cabría concluir que el artículo 8.1.d de la LSSI, tal y como sucede con el 186 CP, constituye un segundo instrumento normativo inútil para la protección de los menores frente a la pornografía *online*.

Preciso es notar, no obstante, que la inutilidad del artículo 8.1 LSSI no es congénita, ya que este ha servido de base legal para restringir servicios digitales a fin de proteger otros bienes jurídicos, muy señaladamente «los derechos de propiedad intelectual» (art. 8.1.e). En efecto, las autoridades han recurrido a dicho artículo y a sus ulteriores desarrollos para restringir un sinnúmero de páginas y servicios de internet con la intención de proteger los derechos de la propiedad intelectual. Y ello a pesar de las repetidas acusaciones de censura o la pretendida ineficacia de la lucha contra la piratería *online*.

No es este el lugar para abordar en detalle cómo las autoridades nacionales luchan contra la piratería mediante la restricción de servicios de internet.²⁰ Lo que pretendemos subrayar trayendo a colación esa lucha es que, cuando realmente existe la voluntad de combatir un contenido ilegal en internet, el instrumental contenido en la LSSI (particularmente en su artículo 8) permite aplicar restricciones relativamente eficaces. Así se viene haciendo para salvaguardar los intereses patrimoniales de artistas, creadores y empresas del entretenimiento. Lamentablemente, por contraste, cuando el interés comprometido por ciertos servicios de internet es el interés superior de los menores, su derecho a un desarrollo armonioso y libre de interferencias distorsionadoras, el celo protector de las autoridades se ha mostrado mucho menor.

El problema de la desprotección de los menores en el ámbito de los servicios de internet no radica, pues, en la falta de instrumentos normativos, sino más bien en la ausencia de voluntad política, en la pasividad de las autoridades a la hora de hacer uso de los instrumentos tuitivos que el ordenamiento pone a su disposición.

3.3. Previsiones contenidas en la Ley General de la Comunicación Audiovisual

Un tercer texto normativo al que recurrir para buscar respuestas jurídicas a la accesibilidad inmediata de pornografía en internet es la Ley General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), aprobada en el año 2022 con el fin de trasponer a nuestro ordenamiento la Directiva 2018/1808/UE, de Servicios de Comunicación Audiovisual.

El ámbito subjetivo de aplicación de esta norma se extiende a diferentes servicios que pueden ofrecer contenido pornográfico en internet. En concreto, la LGCA es de aplicación:

- 1) a páginas con contenido audiovisual pornográfico sobre el que los titulares del servicio tienen responsabilidad editorial;
- 2) a usuarios de plataformas de internet que cumplan los requisitos para ser calificados como «usuarios de especial relevancia» o *influencers*; y
- 3) a las plataformas que se alimentan de contenido compartido por los usuarios.²¹

Analicemos brevemente las disposiciones que se aplican a cada uno de estos sujetos y que guardan relación con el tema que nos ocupa.

En el primer caso, las páginas pornográficas con imágenes de vídeo pueden considerarse servicios audiovisuales televisivos a petición, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.6 LGCA. Esta caracterización implica una serie de obligaciones en relación con la protección de los menores, entre las que destacamos algunas: dotarse de instrumentos de autorregulación (art. 15.4.c); calificar los contenidos e incluir descriptores (arts. 97 y 98); o proporcionar sistemas de control parental (art. 99.4). Junto con ello –y en la línea analizada al tratar la LSSI–, el artículo 44.b prevé la posibilidad de limitar la libertad de recepción de estos servicios cuando puedan «perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores». Excepción hecha de la omisión de calificación y señalización de los contenidos –considerada como grave en el artículo 158.7–, el incumplimiento del resto de obligaciones mencionadas es tipificado como infracción muy grave (art. 157.12, 13 y 14).

20. Sobre esta cuestión puede consultarse Llopis Nadal, 2018, págs. 84-106.

21. Un estudio pormenorizado sobre el alcance subjetivo de la LGCA puede consultarse en: Guichot Reina, 2023.

La LGCA impone obligaciones similares a los usuarios de especial relevancia, caracterizados en el artículo 94.2, y a quienes se aplica un régimen jurídico análogo al de los prestadores de servicios audiovisuales a petición (de Miguel Asensio, 2022). Entre estos sujetos cabría encuadrar a los responsables de un perfil pornográfico en X u OnlyFans. De acuerdo con las disposiciones finales séptima y novena de la LGCA, esta comenzará a aplicarse a los usuarios de especial relevancia solo cuando el Gobierno termine de perfilar reglamentariamente esta figura, fundamentalmente concretando qué se entiende por ingresos y audiencia significativos (cfr. art. 94.2 a y c LGCA). Pues bien, el primer borrador de reglamento publicado por el Gobierno fija unos umbrales ciertamente exigentes -2.000.000 de seguidores y 500.000 euros de ingresos brutos anuales-, lo que restringe a unos pocos *influencers* la aplicación de la LGCA y, por ende, implica un vaciamiento de las garantías ofrecidas a los menores frente a la pornografía en dicho texto legal.²²

Finalmente, las previsiones de la LGCA con un mayor potencial garantista frente a la pornografía *online* son las referidas a las plataformas de compartición de vídeos en internet (en adelante, VSP), ya que los principales portales pornográficos del mundo tienen esa naturaleza colaborativa.²³ Pues bien, cuando dichas plataformas estén establecidas en España -o en algún país de la Unión Europea (UE)- deberán respetar las disposiciones de la LGCA -o de la respectiva norma audiovisual-, incluidas, por supuesto, las relativas a la protección de los menores frente a contenido pornográfico.²⁴ Si bien es cierto que muchas de estas plataformas están situadas en países donde no alcanza nuestra jurisdicción, un buen número de ellas tienen su sede social en España o en otros países de la UE, con lo que quedan sujetas a la normativa que a continuación procedemos a resumir.²⁵

El título V de la LGCA, bajo el rótulo «La prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma», delinea el régimen jurídico audiovisual aplicable a estos prestadores. El artículo 88.a afirma que las VSP adoptarán medidas para proteger a los menores del contenido o la publicidad potencialmente perjudicial. El artículo 89.1, por su parte, enumera algunas de estas medidas de carácter obligatorio, apuntando en su letra e) que las VSP deberán «establecer y operar sistemas de verificación de edad para los usuarios con respecto a los contenidos que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores que, en todo caso, impidan el acceso de estos a los contenidos audiovisuales más nocivos, como la violencia gratuita o la pornografía».²⁶

La lectura del artículo 89.1.e LGCA deja poco margen a la interpretación. Este artículo no contiene una declaración de intenciones, sino un verdadero mandato jurídico dirigido a las plataformas, consistente en verificar la edad de sus usuarios e impedir «en todo caso» el acceso de los menores a los contenidos más nocivos. Como es sabido, la mayoría de las plataformas de compartición de vídeos pornográficos no han establecido, hasta la fecha, ningún sistema de verificación de la edad de sus usuarios, más allá de una simple ventana emergente en la que se pregunta al usuario si es mayor de edad. Que estas ventanas ni verifican nada ni impiden «en todo caso» el acceso de los menores, como exige la LGCA, resulta evidente, por lo que también resulta indudable que dicha omisión de verificación constituye una infracción de la ley. A tenor de lo dispuesto en el artículo 157.8 LGCA, el incumplimiento de la obligación de proteger a los menores en las VSP constituye una infracción muy grave.

A la luz de lo anterior, cabe sostener que el marco normativo audiovisual -tanto en España como en el resto de paí-

22. Cfr. Artículos 3.1 y 4.1 del proyecto de Real Decreto. El informe sobre el reglamento evacuado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) considera dichos umbrales excesivos, y aboga por rebajarlos de forma sustancial. Cfr. Informe 35/2023, de 19 de diciembre, de la CNMC, 19 y 21.

23. Los servicios de intercambio de vídeo por medio de plataforma vienen definidos en el artículo 2.13 LGCA. La novedosa inclusión de estos servicios en el ámbito subjetivo de la normativa audiovisual se sitúa en la línea abierta por la Directiva 2018/1808/UE.

24. Para conocer cuándo un servicio puede considerarse alojado en nuestro país habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 3.3 LGCA y 2.1 y 2.3 LSSI.

25. De acuerdo con los artículos 33 y siguientes del Reglamento de Servicios Digitales también quedan sujetas a la normativa europea las plataformas «de muy gran tamaño» (aquellas con más de 45 millones de usuarios mensuales) independientemente de su país de establecimiento. Entre estas plataformas se engloban tres plataformas pornográficas: Pornhub, XVideos y Stripchat. Cfr. «La Comisión designa un segundo conjunto de plataformas en línea de muy gran tamaño en virtud de la Ley de Servicios Digitales», Comunicado de Prensa, Comisión Europea, Bruselas, 20.12.2023.

26. La Directiva 2018/1808/UE contiene una previsión análoga en su artículo 28 *ter* 3.f.

ses europeos que han traspuesto la Directiva 2018/1808/UE- contiene, desde hace algo más de un año, previsiones suficientemente claras para combatir el acceso indiscriminado de los menores a ciertos contenidos pornográficos en internet. En consecuencia, tanto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como las autoridades audiovisuales de diferentes países europeos han comenzado a atender denuncias contra plataformas pornográficas por no incorporar sistemas de verificación de la edad mínimamente fiables. En nuestro país, la CNMC ha emitido, hasta el momento, tres resoluciones sobre el particular.²⁷ Entre ellas, reviste especial interés la Resolución 2/2023, de 27 de julio, mediante la que se requiere a la empresa Techpump Solutions (con sede en Gijón) para que, en el plazo de tres meses, incorpore mecanismos de verificación de la edad fiables en seis plataformas pornográficas de su titularidad.

La resolución resulta interesante por diversos motivos. En primer lugar, porque trae causa en denuncias de diferentes autoridades audiovisuales nacionales y extranjeras, evidenciando la importancia de la colaboración internacional en una materia con perfiles claramente transnacionales.²⁸ En segundo lugar, porque resume e interpreta el marco jurídico aplicable, explicando con claridad el alcance subjetivo y objetivo de ciertas obligaciones que la LGCA impone a las VSP.²⁹ En tercer lugar, porque indica de forma taxativa que la presentación de una ventana emergente exigiendo al usuario que declare su mayoría de edad no puede calificarse como un sistema de verificación de la edad. Y, por último, y más importante, porque supone la primera resolución pública doméstica que –más allá de las buenas intenciones y las palabras grandilocuentes– exige medidas eficaces y concretas para proteger la libertad o integridad sexual de los niños frente a la pornografía en internet.³⁰ Por este conjunto de razones, estamos convencidos de que la Resolución de la CNMC 2/23, de 27 de julio,

supone un verdadero hito en la historia de la regulación de internet en nuestro país.

Como es natural, esta resolución no marca un punto de llegada. El dinamismo de la red y la habilidad de industrias y usuarios para encontrar resquicios desde los que infringir impunemente la ley son ampliamente conocidos, por lo que se impone cierta dosis de realismo: muchos menores seguirán hallando maneras de sortear los controles y acceder libremente a la pornografía en internet. Sea como fuere, el hecho de que las autoridades empiecen a adoptar medidas tendentes a evitarlo es muy positivo: se limitan los espacios de impunidad; se entorpecen las actividades de quienes buscan infringir la ley; se desincentiva que muchos menores accedan a contenido nocivo; se refuerza la idea de que ciertas conductas son reprochables y serán perseguidas; y se ofrece una imagen de compromiso y seriedad que contribuye a legitimar el quehacer de la Administración.

3.4. La normativa de protección de datos

Un último ámbito regulador que explorar es el de la protección de datos personales, delineado por el RGPD y la LOP-DGDD. Al tratarse de un ámbito muy tupido y técnico, y por los inevitables condicionamientos de espacio, nos limitaremos a resumir cómo puede utilizarse esta normativa para prevenir el acceso de los menores a la pornografía *online*.

Como es sabido, muchas páginas y plataformas de internet –también las pornográficas– recaban datos de sus usuarios, de diferentes maneras y con distintos propósitos. Los portales pornográficos que recaban datos de sus usuarios sin cerciorarse de su mayoría de edad, *de facto* están tratando datos de menores, datos que son especialmente sensibles y que requieren un nivel de cuidado muy riguroso, que el servicio pornográfico no está en posición

27. Se trata de los Acuerdos 147/2022, de 16 de junio; 266/2022, de 15 de septiembre; y la Resolución 2/2023, de 27 de julio. Al no haber entrado todavía en vigor la LGCA de 2022, los dos primeros acuerdos se limitan a dar traslado de la denuncia al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

28. Las denuncias provenían de las autoridades de Andalucía, Polonia, Francia y Alemania.

29. Cfr. FF. JJ. 1.º y 3.º.

30. Como se verá a continuación, existen dos resoluciones sancionadoras previas de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que apuntan en la misma dirección, si bien estas restringen su propósito a la protección del derecho a la protección de datos de los menores.

de alcanzar.³¹ Sobre todo porque la propia presencia de menores en dichos entornos no debería producirse, al contravenir las normas jurídicas que hemos tenido ocasión de referir y las propias políticas de uso de esos portales.

Así pues, si no quieren «encontrarse» efectuando un tratamiento de datos personales de menores en un contexto pornográfico y sexual, las plataformas deberán establecer mecanismos de verificación de la edad suficientemente fiables. Solo incorporando estos mecanismos los portales pornográficos que tratan datos cumplirán los deberes de diligencia y proactividad que les impone el artículo 25 RGDP para prevenir ciertos riesgos y eludir la comisión de una infracción grave del reglamento europeo (art. 83.4.a) y de la LOPDGD (art. 73.b y d).

Esta argumentación apenas esbozada, es la que ha seguido la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en octubre de 2022 y marzo de 2023 para imponer a dos empresas con plataformas sendas multas de 10.000 y 50.000 euros.³² Como señala la AEPD, si las empresas sostienen que su tratamiento se circunscribe a datos de personas adultas están obligadas a implementar medidas apropiadas para garantizar dicho extremo, verificando de forma efectiva la edad de sus usuarios. Al no hacerlo, las empresas inevitablemente tratan datos de menores en un contexto problemático, incumpliendo la ya mencionada obligación de adoptar medidas técnicas u organizativas para prevenir la materialización de ciertos riesgos a terceras personas, prevista en el artículo 25 RGPD.³³

Como señalamos respecto a la Resolución 2/2023 de la CNMC, estas dos resoluciones de la AEPD revisten gran interés. En primer lugar, porque abren una vía alternativa para luchar contra el acceso de los menores a la pornografía, 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 pequeña. Y, finalmente, porque el hiato temporal que las separa -de unos cinco meses- evidencia la voluntad de la AEPD de consolidar una línea sancionadora y hacer cumplir la ley.

Más allá de lo estrictamente normativo y sancionador, resulta justo poner en valor el compromiso que la AEPD viene demostrando en la lucha contra el acceso de los menores de edad a contenido pornográfico, compromiso que, hasta la fecha, se ha manifestado en medidas de supervisión -establecimiento de un canal prioritario de denuncia de contenidos problemáticos-; de fomento -con campañas de sensibilización y premios a buenas prácticas-; y de servicio público -desarrollando una herramienta gratuita de verificación de la edad llamada a desempeñar un papel fundamental en la protección del menor-.³⁴

4. Conclusiones y propuestas

El repaso hasta aquí realizado nos permite formular las siguientes conclusiones y propuestas.

De los instrumentos normativos que podrían restringir el libre acceso de los menores a la pornografía *online* dos se han mostrado eficaces.

De un lado la LGCA, aplicable a páginas pornográficas que puedan caracterizarse como servicios de televisión a petición, a las VSP y a sus usuarios de especial relevancia. Entre sus previsiones protectoras reviste una particular trascendencia, la contenida en su artículo 89.1.e, que exige a las VSP el establecimiento de sistemas de verificación de la edad para aquellos contenidos perjudiciales para

31. Aunque los datos de los menores no están incluidos en el elenco de datos de categoría especial del artículo 9 RGPD, el propio Reglamento exige que se les otorgue un trato particularmente cuidadoso (cfr. Considerando 38). En relación con los datos de los menores y las medidas proactivas que el responsable del tratamiento debe implementar, véase los artículos 8, 24 y 25 RGPD y 7 y 28.2.e LOPDGD.

32. Se trata de las Resoluciones 555/2021, de 31 de octubre de 2022 y 554/2021, de 22 de marzo de 2023. Ambas resoluciones sancionan varias infracciones, ascendiendo su montante total a 70.000 y 525.000 euros, respectivamente. La cuestión del tratamiento de datos de los menores se analiza en los Fundamentos Jurídicos XIX (Resolución 554/2021) y XXIII (Resolución 555/2021).

33. Las citadas resoluciones de la AEPD también castigan como infracción la ausencia de mecanismos para solicitar el consentimiento paterno. Cfr. Fundamentos Jurídicos XV (Resolución 554/2021) y XIX (Resolución 555/2021).

34. La mayoría de estas iniciativas se compendian en el siguiente enlace de internet: <https://www.tudecideseninternet.es/es> [fecha de consulta: 18 de enero de 2024]. La herramienta de verificación resultará también de utilidad a la hora de aplicar la normativa audiovisual.

los menores. Esta previsión concilia razonablemente los derechos e intereses de quienes quieren difundir y consumir pornografía con el interés de los menores en no estar expuestos a dichos contenidos. En aplicación de este precepto, mediante su Resolución 2/2023, de 27 de julio, la CNMC requirió por primera vez a una VSP la incorporación de mecanismos de verificación de la edad.

Es previsible que la Resolución 2/2023, de 23 de julio, constituya un *leading case* de muchas otras mediante las que la autoridad audiovisual inste a plataformas pornográficas a establecer mecanismos de verificación de la edad. Si bien en estos primeros momentos de aplicación de la ley parece razonable que la CNMC se limite a emitir requerimientos, consideramos que, en un plazo no muy dilatado, dichos requerimientos deberán ser reemplazados por sanciones, habida cuenta de la gravedad del interés público que las disposiciones legales conculcadas pretenden salvaguardar.

Todavía en relación con la LGCA, su extensión a los usuarios de especial relevancia de las VSP también puede resultar eficaz y garantista al objeto que nos ocupa. En cuanto a la delimitación del concepto de «usuario de especial relevancia», se ha tenido ocasión de señalar que los umbrales de ingresos y audiencia mínimos incluidos en el primer borrador de reglamento resultan demasiado exigentes, lo que implica eximir de las medidas de protección de menores a un buen número de *influencers*. Por este motivo, y en sintonía con la opinión expresada por la CNMC, somos partidarios de rebajarlos.

Junto con la normativa audiovisual, también se ha mostrado útil a la hora de restringir el acceso a la pornografía *online* la normativa de protección de datos. En efecto,

recientemente la AEPD ha tenido ocasión de sancionar a dos empresas titulares de plataformas pornográficas por tratar datos de menores de edad sin adoptar medidas técnicas u organizativas eficaces para prevenir dicho tratamiento, como exigen los artículos 24 y 25 RGDP. Como explica la AEPD en sus resoluciones, el establecimiento de un sistema de verificación de la edad hubiera eximido a las empresas de su responsabilidad.

Por lo que se refiere a la normativa penal, se ha constatado que el valor del artículo 186 para proteger a los menores de la pornografía *online* es prácticamente nulo. Si se quiere dotar de eficacia a dicho instrumento penal para perseguir el ofrecimiento de estos contenidos a menores a través de internet, resulta necesario reformular su tenor, matizando la exigencia de que la difusión de pornografía se lleve a cabo por «medios directos».

Por último, la extensión de la LGCA a las VSP ha restado protagonismo a las soluciones que podrían proceder de la LSSI, mediante la restricción de servicios de internet que atenten contra los derechos de los menores, de acuerdo con su inexplorado artículo 8.1.e). De todas formas, teniendo en cuenta que existen servicios pornográficos de internet accesibles a menores que no están sujetos a la LGCA, sería recomendable que el Legislativo o el Gobierno desarrollasen legal o reglamentariamente los procedimientos para restringir dichos servicios, aplicando el mismo celo que les ha movido a restringir servicios digitales contrarios a los derechos de propiedad intelectual. De este modo el cuadro protector de los menores frente a la pornografía en internet quedaría -por el momento y hasta el advenimiento de nuevos desarrollos sociales y tecnológicos- completo.

Referencias bibliográficas

- BALLESTER, LL.; ORTE, C. (2019). *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*. Barcelona: Octaedro.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2007). «¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones?». *Revista catalana de dret públic*, n.º 34, págs. 31-82.
- DAWSON, K. et al. (2019). «Adolescent sexual aggressiveness and pornography use: A longitudinal assessment». *Aggress Behav*, vol. 45, n.º 6, págs. 587-597. DOI: <https://doi.org/10.1002/ab.21854>
- DE ALARCÓN, R. et al. (2019). «Online Porn Addiction: What We Know and What We Don't - A systematic Review». *Journal of Clinical Medicine*, n.º 15, págs. 1-20. DOI: <https://doi.org/10.3390/jcm8010091>
- DE MIGUEL ASENSO, P.A. (2022). «Plataformas de intercambio de vídeos, influencers y streamers en la Ley 13/2022 General de Comunicación Audiovisual». *La Ley Unión Europea*, n.º 196, págs. 1-12.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2022). *Memoria Anual 2021*. Madrid.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2015). «Artículo 186». *Comentarios prácticos al Código Penal*. Tomo II, págs. 553-558. Cizur Menor: Thomson Reuters - Aranzadi.
- GUICHOT REINA, E. (2023). «Introducción a la reforma y ámbito de aplicación de la LGCA». *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 63, págs. 1-33.
- HARDY, B. (2023, 10 de agosto). «State age-verification laws have the internet porn industry on the defensive». *Arkansas Times* [en línea]. Disponible en: <https://arktimes.com/arkansas-blog/2023/08/10/state-age-verification-laws-have-the-internet-porn-industry-on-the-defensive>
- HERVÍAS ORTEGA, F. et al. (2020). «Adicción a la pornografía en Internet: análisis de un caso clínico». *Psicología conductual*, n.º 28, págs. 161-180.
- LLOPIS NADAL, P. (2018). *La protección de la propiedad intelectual vulnerada en Internet*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- MALEM SEÑA, J. (1992). «Pornografía y feminismo radical». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, págs. 177-210. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1992.12.06>
- MARTÍNEZ OTERO, J. M. (2021). «¿Resulta constitucional restringir la pornografía en Internet?». *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 35, págs. 1-38.
- MATA Y MARTÍN, R. M. (2007). «Delitos cometidos mediante sistemas informáticos». *Delito e informática: algunos aspectos*, págs. 129-172. Bilbao: Universidad de Deusto.
- MILANO, V. (dir.) (2022). *Estudio sobre pornografía en las Illes Balears*. Palma de Mallorca: Conselleria de Presidencia, Función Pública e Igualdad.
- ORTS, E.; ROIG, M. (2001). *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. València: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.) (2016). *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 4ª ed. Madrid: Sepin.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (2018). «Artículo 20.1.b. La libertad de creación». *Comentarios a la Constitución Española*, págs. 617-625. Tomo I. Madrid: BOE.
- VALERO HEREDIA, A. (2022). *La libertad de la pornografía*. Sevilla: Athenaica.
- VALERO HEREDIA, A. (2023). «Sexo, arte y pornografía». *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, págs. 343-372. Madrid: Marcial Pons.

Cita recomendada

MARTÍNEZ OTERO, Juan María (2024). «La restricción del acceso de los menores de edad a la pornografía online: soluciones desde el derecho». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 40. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]. DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i40.420546>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autoría

Juan María Martínez Otero
Universitat de València
marojua9@uv.es

Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia. Sus principales líneas de investigación están relacionadas con el ejercicio de los derechos comunicativos, la regulación del sector audiovisual y la protección de los menores de edad. Es autor, entre otros trabajos, de la siguiente monografía: *El Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración en el Ámbito Audiovisual*, editada por Tirant lo Blanch en 2021. Cuenta con dos sexenios de investigación reconocidos por la CNEAI. Ha realizado varias estancias de investigación en las Universidades de Cambridge, Oxford, King's College of London y Santa Croce (Roma).