FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID
Departamento de Derecho Constitucional

LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN EN RADIODIFUSIÓN

(Un desarrollo del art. 20 de la Constitución Española)

Rafael Díaz Arias

Director

Dr. José María Desantes Guanter

Madrid, 2000

A la memoria de mi padre

“Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, la libertad oprime, la Ley libera”.

Lacordaire

“... se puede decir que evaluar la diversidad de las informaciones nacionales y emisiones recreativas de que disponen oyentes y telespectadores, en cada zona de difusión, en función del número de estaciones emisoras en cada uno de esos ‘mercados’ no parece mucho más exacto que describir la variedad de experiencias alimenticias ofrecidas a los viajeros que atraviesan Estado Unidos en función del número de ‘Pancake House’, ‘Burger King’ o ‘Mc’Donald’ abiertos en cada localidad...”

Don R. Le Duc

“Y puesto que lo paga el vulgo
es justo hablarle en necio para darle gusto”

Lope de Vega

INTRODUCCIÓN

1. **Presentación** 5
2. **Estado de la cuestión** 7
3. **Objeto y definición de la hipótesis** 9
4. **Estructura, metodología y características** 11
5. **Agradecimientos** 14

CAPÍTULO 1

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICAR 17

1. Derechos fundamentales 17
1.1. Libertad y Derecho 17
1.2. Triple sentido de la libertad: autonomía, participación, capacidad 21
1.3. Derechos humanos y libertades fundamentales 25
1.4. Aspectos subjetivos y objetivos de los derechos fundamentales 29
1.5. Los derechos fundamentales en la Constitución Española 31

2. El derecho fundamental a la información 35
2.1. Comunicación, libertad de expresión, derecho a la información 36
2.2. Distintas concepciones 40
2.2.1. Liberal-individualista 41
2.2.2. Autoritaria-totalitaria 45
2.2.3. Soviética 48
2.2.4. Liberal-democrática o institucional 50
2.3. Concepto a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos 52
2.3.1. Sujeto 57
2.3.2. Objeto 58
2.3.3. Contenido 59
2.3.4. La universalidad de los medios 60
2.3.5. El derecho a la información como derecho universal 62

3. Dimensión universal del derecho a la información 64
3.1. Instrumentos internacionales de positivación y sus sistemas de garantías 64
3.1.1. Art. 19 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966) 65
3.1.2. Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) 67
3.2. Un solo mundo, voces múltiples. Libre circulación de informaciones 73
3.3. El derecho a la información en el ámbito del Consejo de Europa y la Unión Europea 77

4. El derecho a la información en el derecho constitucional comparado 83
4.1. Sistemas anglosajones 85
4.1.1. Estados Unidos 85
4.1.2. Gran Bretaña 90
4.2. Francia 94
4.3. Italia 97
4.4. Alemania 101
4.5. Portugal y las nuevas constituciones 107

5. El derecho a la información en la Constitución española 113
5.1. Libertades reconocidas y estructura 113
5.2. Naturaleza del derecho a la información 116
5.2.1. Libertad de expresión, libertad de información, derecho a la información 116
5.2.2. Libertad-autonomía, libertad-capacidad, libertad-participación 121

5.2.3. Sujetos del derecho a la información 124
5.3. Relación con otros derechos 131
5.4. Desarrollo y medios de ejercicio 136
5.5. El problema de los límites 147
5.6. La protección del derecho a la información. Garantías institucionales 155

CAPÍTULO 2

LA RELACIÓN JURÍDICO-INFORMATIVA EN LOS MEDIOS AUDIOVISUALES 161

1. La relación jurídico-informativa 161
1.1. Las relaciones informativas: funciones y disfunciones 161
1.2. La relación jurídico-informativa 166
1.2.1. Elementos de la relación jurídico-informativa 167
1.2.2. Función pública de las relaciones jurídico-informativas. El servicio público 169
1.2.3. Principios del régimen de la relación jurídico-informativa. El pluralismo informativo 188

2. Los medios audiovisuales 200
2.1. De la radiodifusión al multimedia: la convergencia de los medios 200
2.2. La función de los medios audiovisuales. La sociedad de la información 213
2.3. Conceptos básicos del medio radiodifusión 219

3. El régimen de los medios audiovisuales 224
3.1. ¿Régimen común o específico?. Los argumentos del servicio público 224
3.2. De los servicios públicos nacionales a la competencia de operadores: liberalización y globalización 242
3.3. Redefinición del servicio público de la televisión 265
3.3.1. Autoridades audiovisuales independientes 266
3.3.2. Obligaciones de servicio público 275
3.4. ¿Régimen común para las empresas públicas y privadas? 277
3.5. El régimen de los sujetos 283
3.5.1. Sujeto universal 283
3.5.2. Sujeto cualificado. Una pluralidad de profesiones 288
3.5.3. Sujeto organizado. La crisis de la televisiones públicas 290
3.6. El régimen de los mensajes: los programas audiovisuales. 315
3.7. El régimen de los sistemas de transmisión 328
3.8. El régimen de los sistemas de recepción. Sistemas abiertos y cerrados 349

CAPÍTULO 3

LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN 357

1. Concepto de libertad de programación 357
1.1. Definición y delimitación 357
1.2. La libertad de programar, manifestación de la facultad de difundir mensajes audiovisuales 362
1.3. Fundamentación de la libertad de programación 364
1.4. Los sujetos de la libertad de programación 388
1.4.1. Pluralismo, concentración y transparencia 394
1.5. El objeto de la libertad de programación. El pluralismo de los programas. 415
1.6. Contenido de la libertad de programación. Los principios programáticos 427
1.6.1. Los derechos de autor 435

2. La libertad de programación como libertad-autonomía 446
2.1. La independencia editorial frente al Estado 448

2.2. La independencia editorial frente a los poderes económicos 458

3. La libertad de programación como libertad capacidad 465
3.1. Del sujeto emisor-programador: el poder editorial 465
3.2. De los productores y programadores independientes 469
3.3. De los profesionales 477
3.4. Del sujeto universal. El derecho de acceso 484
3.4.1. Réplica, rectificación, contestación 488
3.4.2. El derecho de acceso del público 491
3.4.3. Programas de acceso político y en campaña electoral 498

4. La libertad de programación como libertad-participación 506
4.1. Participación del público. La participación institucional 508
4.2. Participación de los profesionales. Estatutos de redacción 511

CAPÍTULO 4

LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN: EJERCICIO Y RESPONSABILIDAD 517

1. Libertad de programación y libertad de recepción 517
1.1. Deber general de transparencia e integridad. Derecho a la autoprogramación 520
1.2. La Programación debida: *Programación básica* y *Programación de servicio público* 526
1.3. Protección de la identidad y la diversidad 534
1.4. Limitaciones a la publicidad 548
1.5. Protección de los menores 572

2. Responsabilidad y garantías 589
2.1. Atribución de responsabilidad 591
2.2. Control público y autorregulación 598
2.3. Desarrollo y garantías 613

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES 617

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DOCUMENTALES 631

1. Libros 631
2. Artículos en obras colectivas y revistas 635
3. Documentos 644
4. Direcciones en Internet 646
4.1. Unión Europea 646
4.2. Administraciones y Autoridades Reguladoras 646
4.3. Organizaciones profesionales y empresariales 647
4.4. Sociedad de la información y convergencia 647
4.5. Publicaciones electrónicas 647
4.6. Centros de investigación 648
4.7. Legislación, jurisprudencia y organismos nacionales 648

INTRODUCCIÓN

1. Presentación

Esta tesis doctoral ha tenido un desarrollo intermitente a lo largo de las dos últimas décadas del siglo y ha sido para mi durante todos estos años -demasiados- un reto permanente. Las vicisitudes de tan larga génesis merecen una explicación.

Periodismo y Derecho han sido mis dos vocaciones profesionales. Licenciado en Derecho y titulado en Periodismo y Programación de Radio y Televisión, a finales de los setenta compatibilizaba el trabajo profesional como redactor de Televisión Española, con la actividad académica como profesor (ayudante, primero, encargado de curso, después) de Derecho de la Información. Era lógico que mi interés científico se dirigiera hacia el Derecho de la Radio y la Televisión. El profesor José María Desantes me propuso como tema de tesis la *libertad de programación*. Por entonces, el malogrado profesor Fernando Conesa terminaba su trabajo sobre la libertad de la empresa periodística y parecía necesario afrontar una investigación de envergadura en el medio radiodifusión. El planteamiento general consistía en profundizar en las implicaciones para la radio y la televisión de la facultad de difundir mensajes que el derecho a la información comporta.

Durante los años 82, 83, 84 y 85 trabajé seriamente para reunir la necesaria documentación, delimitar la hipótesis y comenzar la redacción, hasta desarrollar aproximadamente la mitad del esquema de la tesis. Pero la aplicación de la Ley de Incompatibilidades me apartó (después de 10 años de docencia) de la Universidad y me obligó a una dedicación más exclusiva al periodismo. Documentos, fichas y dos centenares de folios quedaron guardados en un armario, pero el desafío seguía ahí. Por supuesto, intenté mantenerme al día sobre las modificaciones sufridas por el Derecho de los medios, pero ya sin una dedicación proyectada en la docencia.

La oportunidad para retomar este trabajo me vino dada por el disfrute de dos meses sabáticos al cabo de 23 años de servicio en Televisión Española. Era un tiempo a todas luces insuficiente para desarrollar una investigación de esta envergadura, pero al

menos esos 60 días me sirvieron de acicate y de punto de arranque. Finalmente, el trabajo se ha desarrollado entre marzo de 1998 y diciembre de 1999, quedando cerrado, a efectos de documentación, a 30 de noviembre de este último año.

De los materiales de la primera tesis pocos tenían ya una validez directa. En cambio, algunos conceptos desarrollados, como la triple consideración de los derechos fundamentales como libertades autonomía, participación y capacidad, provienen de entonces. Pero el contexto general, y el del Derecho de los medios audiovisuales en particular, requerían un planteamiento nuevo de raíz. De modo que, salvando los antecedentes, es ésta una tesis completamente nueva, fruto de un trabajo de investigación y redacción de casi dos años.

En esta presentación permítaseme hacer referencia a mi experiencia profesional. Además de diez años de docencia y un limitado periodo de ejercicio libre de la abogacía, el grueso de mi quehacer profesional se ha desarrollado como redactor de Televisión Española. Como tal he hecho crónica de justicia y tribunales (cubriendo, por ejemplo el Consejo de Guerra y el recurso de casación del 23-F), he dirigido un servicio de documentación, coordinado la primera informatización de la redacción de los Servicios Informativos y desde hace diez años soy jefe adjunto de Información Internacional, asistiendo como enviado especial de cuando en cuando a eventos diplomáticos e internacionales. Durante un cuarto de siglo he vivido en Televisión Española el franquismo, la transición y el sistema instaurado por el Estatuto de 1980. Y durante todo ese tiempo han sido constante la dependencia gubernamental, la falta de un modelo claro aceptado por la sociedad española, y, entre los profesionales, una tensión entre la acomodación (o, peor, el arribismo) y una vocación por el servicio público. Siempre ha sido fácil la crítica a RTVE y en la mayoría de los casos más que justificada, pero algún día convendría también reconocer los servicios prestados a la sociedad española, tanto en un régimen de monopolio como en el actual régimen de competencia. No es éste un trabajo de defensa de RTVE, ni siquiera de una idea clásica del servicio público, pero sigo convencido de que las televisiones públicas, y Televisión Española entre ellas, tienen todavía un papel que cumplir al servicio de los ciudadanos. La defensa crítica, aquí y ahora, de un modelo público de radio y televisión no obsta para una reflexión científica que nos permita superar las actuales contradicciones. Dicho queda como punto de partida no militante.

También en estos años he participado en varias ocasiones en la reivindicación de los Consejos de Redacción, como vía de independencia profesional y en este sentido he trabajado en la redacción y negociación de dos Estatutos, ambos fallidos. Las posiciones irreductibles de las distintas Direcciones, la falta de apoyo externo y el desánimo y la apatía entre los propios informadores han impedido explorar esta vía institucional, que, sin embargo, ha visto la luz recientemente en la televisión pública catalana. Conste también esta experiencia profesional para situar mis coordenadas personales.

Dicho todo lo cual, he de añadir que he abordado este trabajo desde planteamientos estrictamente científicos, pero me parece un ejercicio de honradez indicar donde se sitúa cada cual.

2. Estado de la cuestión

A comienzos de los 80 la cuestión central del Derecho de la radiotelevisión era la polémica sobre la legitimidad constitucional del servicio público o dicho de forma más directa la conveniencia y encaje constitucional de la televisión privada. Las líneas divisorias eran antes ideológicas que académicas, pero era entre los administrativistas donde existía mayor consenso en la defensa del servicio público. Cabe citar aquí la obra de la profesora Carmen Chinchilla, editada en vísperas de la promulgación de la Ley de la Televisión Privada, como un buen ejemplo de interpretación del servicio público al servicio de los derechos fundamentales. La primera jurisprudencia constitucional no satisfizo ni a los defensores del servicio público, ni, mucho menos, a los que propugnaban la introducción de la televisión privada. Durante muchos años está polémica ha oscurecido el correcto entendimiento del derecho a la información en los medios audiovisuales.

El grueso del trabajo de lo que podríamos llamar mi *"primera tesis"* coincide con los primeros años de esta polémica, que se encontraba entonces en su momento más álgido. La intuición de la que entonces partía era que la dicotomía *televisión pública-televisión privada* estaba mal planteada. El servicio público era compatible con la Constitución, pero su contenido debía estar al servicio del derecho fundamental a la información, lo que significaba, si no un régimen idéntico, sí un régimen muy semejante para televisiones públicas y privadas. En otras palabras, la televisión privada sería legítima constitucionalmente en la medida en que asumiera la mismas cargas de programación que la pública.

Al retomar el trabajo en 1998 revisé esta hipótesis. Me pareció que seguía siendo válida en el contexto de los 80, esto es, en una situación de oligopolio nacional, pero no ya en el momento presente, caracterizado por la liberalización de las telecomunicaciones, la pluralidad de sujetos emisores nacionales y transfronterizos, la convergencia de los medios y la explosión de oportunidades de comunicar que ofrece la técnica digital.

El punto de partida tenía que ser no tanto preguntarse por las peculiaridades del servicio público en el medio radiodifusión y su compatibilidad con el derecho a la información, sino plantearse radicalmente si el derecho fundamental a la información legitima y en qué términos la difusión de mensajes audiovisuales por cualquier medio, como en principio resulta de la propia literalidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Planteamiento que supone optar por una perspectiva más subjetiva que institucional, aunque las conclusiones del trabajo puedan luego corregir este punto de partida.

A finales de los 90 la doctrina no está ya tan polarizada en torno a una sola polémica. Los constitucionalistas han estudiado sobre todo la función institucional del derecho a la libertad de expresión e información. Entre los administrativistas son ya hoy muchos menos los defensores del servicio público, que, en todo caso, reinterpretan. Administrativistas y mercantilistas aplican el Derecho de la Concurrencia a las telecomunicaciones liberalizadas e incluso se habla de una nueva rama, el Derecho de las Telecomunicaciones. Administrativistas y constitucionalistas han analizado el proceso de armonización legislativa de la llamada Televisión sin Fronteras. Y la escuela del Derecho

de la Información ha seguido reflexionando sobre los fundamentos y desarrollos del derecho a la información, a la luz del cual analiza las instituciones concretas.

Hoy las grandes polémicas las ofrecen las luchas feroces entre los conglomerados político-mediático-mercantiles por el dominio de las nuevas posibilidades de comunicación audiovisual. Cada uno agita la sagrada bandera de la libertad de expresión para ocultar intereses mucho menos confesables. Tras una apariencia de voces diversas, lo cierto es que se ocultan unos pocos grupos multimedia, nacionales o cada vez más globales. Preservar el pluralismo de los sujetos y garantizar su transparencia frente al movimiento de concentración es uno de los grandes retos del fin de siglo. El respeto a los derechos de la persona por los medios audiovisuales es otra de las grandes inquietudes. Hace unos cuatro años se pasó por una verdadera fiebre de invasión de la privacidad; hoy, el problema persiste, pero quizá más circunscrito a eso que se llama el mundo de los famosos. En lo que hay acuerdo es en el carácter ramplón y falto de variedad de los programas. Y apenas sin debate se está produciendo una nueva dualidad social: los ciudadanos con acceso a Programaciones de pago y los que deben contentarse con ver las Programaciones generalistas. En esta tesis se afrontarán muchas de estas cuestiones desde un planteamiento subjetivo: qué alcance tiene el derecho a difundir mensajes audiovisuales en cuanto que facultad del derecho fundamental a la información.

En el presente momento predominan dos concepciones de lo que debe ser una comunicación libre. Una, la liberal-individualista, confía al mercado los medios para el ejercicio de las libertades de expresión e información. Su expresión optimista como *"libre mercado de las ideas"* ha terminado por manifestarse cínicamente como *"libre mercado publicitario"*. La otra, la liberal-democrática o institucional, considera a estas libertades como elemento esencial de una sociedad democrática y ordena su ejercicio subjetivo conforme tal función. Por supuesto, en ambas corrientes existen interpretaciones revisionistas que puedan aproximarlas. Personalmente me sitúo dentro de la concepción liberal-democrática, pero, en esta tesis, mi acercamiento a los problemas de los medios audiovisuales se produce desde la base subjetiva del ejercicio de las facultades que comporta el derecho fundamental a la información, de modo que concibo las instituciones, en primer término, como medios de hacer real ese ejercicio y, derivadamente y como consecuencia obligada, en su aspecto funcional de servir a la convivencia democrática.

Mi punto de partida es la reflexión iniciada por el profesor José María Desantes sobre el derecho a la información. El art. 19 de la Declaración Universal de 1948 ofrece un modelo válido de la consideración de la libre comunicación como derecho humano. Un conjunto de facultades se engloban en las libertades de expresión e información que todo hombre puede ejercer por cualquier medio. Desde este concepto integrador, desde esta base firme, la pregunta es ¿qué alcance tiene la difusión de mensajes audiovisuales en cuanto que facultad contenida en el derecho a la información?.

Durante mucho tiempo entre nosotros se ha discutido, en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional, si el derecho fundamental del art. 20 CE comportaba el libre uso de los medios audiovisuales para su ejercicio. La reflexión más profunda sobre esta cuestión ha corrido a cargo del profesor Franciso J. Bastida. Con su concepto de *"libertad*

de antena" ha sostenido que el uso de los medios no puede ser reducido a mero derecho instrumental, como sostiene la jurisprudencia constitucional, pues existe una relación inescindible entre las libertades del art. 20 y el *"derecho a crear medios de televisión"*. Aunque no compartimos en todos sus extremos esta tesis, este riguroso trabajo es otro de nuestros puntos de partida.

De gran ayuda me han resultado los compendios o tratados de Derecho de la Información de los profesores Escobar, Carreras, Bel, Cousido y Corredoira. En cuanto al Derecho de los Medios Audiovisuales la obra del profesor Santiago Muñoz Machado *"Servicio público y mercado. La televisión"* supone un compendio de gran valor, aunque discrepo de las posiciones liberales a ultranza del autor. También han sido de gran utilidad el conjunto de ponencias del Congreso de Sevilla de 1996, publicadas bajo el título Derecho Europeo del Audiovisual. La variedad de experiencias recogidas, sobre todo respecto a la liberalización de los medios, me ha planteado buen número de preguntas, a las que he tratado de dar respuesta a lo largo del trabajo.

3. Objeto y definición de la hipótesis

Ante todo una precisión terminológica respecto al título. *Libertad de programación en radiodifusión...* Usamos el término radiodifusión en su acepción técnica, como radio y televisión, y siempre que no le cualifiquemos nos estaremos refiriendo a uno y otro medio.

La *"primera tesis"* tenía un objeto de estudio bien definido: la radiodifusión, concepto que engloba la radio y la televisión. Al comienzo de los 80 la radio y la televisión se presentaban como medios perfectamente diferenciados y la aparición, todavía incipiente, de nuevos formas de transmisión, como cable y satélite, apenas modificaban en nada su naturaleza. Existían dos medios de difundir los mensajes audiovisuales: mediante exhibición (cine) y mediante emisión (radiodifusión). Pero desde entonces la radiodifusión en cuanto medio se ha desdibujado. Primero, la aparición de los videogramas (un medio editado); luego, los sistemas cerrados de transmisión, la introducción de formas (limitadas) de interactividad, empiezan a romper las fronteras entre los medios de difusión masiva y los medios editados; aparece ese medio de medios que es Internet, en el que los mensajes se multidifunden y las obras y programas audiovisuales son explotadas de modo global. Ya no es tan importante la distinción entre exhibición y emisión. Por eso, nuestro objeto serán los mensajes audiovisuales programados. Los mensajes audiovisuales pueden concebirse como obra unitaria, con sentido propio que se agota en si misma. Su ejemplo más eminente es la obra cinematográfica. Pero también puede concebirse una sucesión de mensajes audiovisuales, que pueden tener o no identidad propia, pero que forma una unidad superior: la Programación. Programas y Programación son el objeto general de nuestro estudio. Y por extensión, los medios que difunden mensajes audiovisuales programados: básicamente la radiodifusión (medio emitido), pero también Internet y otros medios cerrados de transmisión, que multidifunden los mensajes. De hecho, sin embargo, la mayor parte de las referencias se harán respecto a la televisión clásica y, en menor medida, a la radio. La radio sigue siendo, por cierto, la hermana pobre de los medios audiovisuales y no deja de ser llamativo que no se vea sometida a un régimen equivalente al de la Directivas de la Televisión sin Frontera en materias como la regulación de la

publicidad o la protección de los menores. La difusión de programas y Programaciones mediante servicios en línea, empezando por Internet, será nuestro horizonte de futuro y como tal estará presente a lo largo de toda la reflexión.

La era digital es, pues, el telón de fondo de esta tesis. En todos los análisis realizados en este trabajo se tiene presente los cambios a los que estamos abocados, aunque casi siempre de los problemas que se parte y el material estudiado -tanto fáctico como opiniones doctrinales o jurisprudenciales- correspondan a la era analógica. Un mundo nace y reclama nuevas reglas, pero en virtud de lo que se anuncia no puede olvidarse lo que existe y goza todavía de buena salud, ni puede tampoco prescindirse del régimen necesario para que siga teniendo una función positiva para la sociedad. Los mensajes audiovisuales se difundirán tanto en el marco de una comunicación interindividual como en el de la comunicación masiva. Entre esos dos polos habrá muchas formas, pero la radio y la televisión como medios de comunicación de masas seguirán existiendo, si bien, y a pesar de la convergencia, coexistirán con otras formas de comunicación. En entornos multicanal o multiprogramaciones, como en Reino Unido, la regla es que los espectadores-receptores-consumidores elijan habitualmente sólo 4 o 5 de la más establecidas ofertas. Internet es el paradigma de la convergencia. En nuestra reflexión, Internet será siempre una referencia, pero esta tesis, conviene insistir, no es sobre Internet, sino, sobre los mensajes audiovisuales programados, o si se quiere, desde la perspectiva de los medios, de forma reduccionista, sobre la radiodifusión, radio y televisión, en primer término y, en general, sobre cualquier medio capaz de difundir esos mensajes audiovisuales programados. Por cierto que Internet no sustituirá a corto y medio plazo a los medios tradicionales , según muestran las conclusiones de las aportaciones previas a la Conferencia Mundial sobre Internet y los nuevos servicios (París 30 nov. y 1 dic. 1999, La Lettre du CSA nº 121, octubre 1999).

Tanto en los 80 como ahora, mi intuición es que cualquier juicio sobre la radio o la televisión debe hacerse desde la perspectiva de los contenidos. Por eso escogí como objeto de estudio programas y Programaciones. Pero como no se trata de un análisis sociológico, la cuestión que me planteo es qué derecho tiene cada hombre a difundir mensajes audiovisuales, a elaborarlos y estructurarlos en programas y Programaciones, qué medios tiene derecho a utilizar para difundirlos y qué responsabilidad incurre con ello. Y también otra intuición: si todo hombre pudiera difundir mensajes audiovisuales se avanzaría en el logro del pluralismo, que las actuales instituciones no garantizan más que muy imperfectamente.

Desde estas intuiciones y desde la base sólida que ofrece el derecho fundamental a la información, cabe definir la **hipótesis** de este trabajo en los siguientes términos:

> ***Todo hombre tiene derecho a difundir programas y Programaciones audiovisuales. Esta facultad forma parte del contenido esencial del derecho a la información y encuentra fundamento bastante en nuestra Constitución. La libertad de programación supone el uso de los medios de los que somos titulares y en determinadas condiciones también de los que nos son ajenos. La libertad de programación debe ser armonizada con los derechos de los***

titulares de los medios y con la libertad de recepción del público en general. El reconocimiento, protección y desarrollo de la libertad de programación puede ser alternativa a regulaciones detalladas que corren el riesgo de quedar obsoletas en la era digital.

Puesto que en esta hipótesis se considera la libertad de programación como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la información y es un hecho que el derecho positivo no reconoce esta libertad en los términos descritos, la necesidad de desarrollo legislativo parece evidente, sin perjuicio de que la discusión de si se trata o no de un derecho de configuración legislativa sea una de las cuestiones a afrontar. Este punto de partida explica el subtítulo: *un desarrollo del art. 20 de la Constitución española*.

No quisiera ser presuntuoso afirmando que la libertad de programación es el eslabón perdido del Derecho de los Medios Audiovisuales. En realidad este estudio supone llevar a sus últimas consecuencias las facultades que solemnemente proclaman declaraciones nacionales e internacionales y en este sentido aporta una visión inédita sobre el Derecho de estos medios.

4. Estructura, metodología y características

El estudio se divide en cuatro capítulos principales y uno dedicado a las conclusiones. En el primer capítulo se profundiza en el derecho fundamental a la información. En el segundo se analizan las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales y el régimen jurídico de sus distintos elementos. En el tercer capítulo, el central de esta tesis, se construye y fundamenta el concepto de libertad de programación y se desarrolla su contenido desde la triple dimensión de autonomía, capacidad y participación. El cuarto se dedica a la responsabilidad, especialmente a la armonización entre libertad de programación y libertad de recepción, y a las garantías propias de la libertad de programación.

El trabajo tenía que partir de una fundamentación sólida. Por eso, aunque, como anticipé, considero punto de partida suficiente el concepto de derecho a la información construido por la escuela de Derecho de la Información, no podía dar nada por supuesto, máxime cuando entre la doctrina española sigue habiendo corrientes que consideran el derecho a la información como un simple derecho de acceder a las informaciones relevantes, como el *derecho a saber*. Se analizan las declaraciones internacionales para construir un concepto general de derecho a la información, se estudia y se sistematiza el derecho constitucional comparado en la materia y, sobre todo, se profundiza en la concreción de nuestra Constitución y en algunos extremos que luego resultarán decisivos para el concepto de libertad de programación: la función del desarrollo legislativo, la polémica sobre las limitaciones y, sobre todo, el tratamiento y alcance de los medios en el art. 20 CE. El título del capítulo -*el derecho a la información, institucionalización de la libertad de programación*- ya indica los resultados de esta primera parte del estudio, aunque no se propugnan instituciones en función puramente del determinante papel político de la comunicación, sino instituciones al servicio de las facultades subjetivas que implica este derecho fundamental.

En el segundo capítulo se hace un corte transversal en el régimen de los medios audiovisuales. El régimen de los medios audiovisuales se analiza desde las perspectiva de que las relaciones jurídico-informativas que en ellos se constituyen sirvan de cauce para la realización de las facultades que comporta el derecho a la información. Y se concluye que el principio rector del régimen de estas relaciones ha de ser el pluralismo: pluralismo externo, interno, de los medios y de los mensajes. El estudio detallado del régimen de los distintos elementos de estas relaciones y del derecho positivo español nos aporta el conjunto de experiencias y materiales necesarios para la construcción del concepto de libertad de programación. En este capítulo se realiza una descripción no exhaustiva del marco jurídico de los medios audiovisuales.

La parte más creativa es la construcción del concepto de libertad de programación. Definida la libertad de programación a partir del concepto de derecho a la información sentado en el primer capítulo, se confronta con el art. 20 CE para determinar si este poder de difundir programas y Programaciones por medios propios o ajenos forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, conforme nuestra declaración Constitución. La conclusión es que esta facultad es un *derecho de libertad*, en cuanto que se disponga de medios propios, y que exige el desarrollo legislativo para ejercerlo a través de los ajenos. En este sentido, más allá de las legítimas opciones legislativas, no es ésta una posibilidad que quede a la libre decisión del legislador, sino una consecuencia obligada del propio texto constitucional, por mucho que no exista un mandato expreso del legislador constitucional al legislador ordinario. Este desarrollo legislativo debe concretarse en instituciones para la participación de profesionales y ciudadanos y en el reconocimiento y garantía de la facultad de acceder a los medios públicos y privados en determinadas circunstancias.

Finalmente, se confronta la libertad de programación con la responsabilidad de su ejercicio, y se busca su armonización con la libertad de recepción. Ésta, *derecho de libertad*, pero también *derecho de prestación*, en cuanto tal, se concreta en una *Programación debida*: *Programación básica y Programación de servicio público*, ésta última, propia, esencialmente, de los sujetos públicos, con un mayor grado de exigencia.

Como se ve es ésta una tesis deductiva, pues del principio general del derecho a la información se pretende llegar a sus consecuencias últimas. Aunque presenta apartados de mayor carácter descriptivo, el método es fundamentalmente analítico. El derecho comparado nos sirve para extraer experiencias que suponen desarrollos válidos de los principios deducidos a partir del derecho fundamental, mientras que el derecho positivo español, básicamente, se confronta con estos principios. Aunque no se trata de una tesis histórica, en algunos apartados, como los que corresponden al derecho comparado y en los que se estudia el régimen de los medios audiovisuales, se pueden encontrar análisis de la evolución histórica, centrada, sobre todo, en los años 80 y 90. En cuanto a las realidades estructurales, sirven de referencia para establecer las consecuencias del desarrollo de estos principios en una u otra dirección. Es, en este sentido, un trabajo más formal que estructural.

Se ha intentado mantener en todo el trabajo la línea que lleva del derecho a la

información a la definición y manifestaciones de la libertad de programación y, en consecuencia, se abordan toda una serie de temas que requerirían de un tratamiento monográfico (por ejemplo, la financiación de las televisiones públicas, los derechos de autor en la era digital, los dispositivos de control parental, la regulación de la publicidad) y que aquí sólo se apuntan como materiales constructivos de la tesis. También las conclusiones están estructuradas en torno a la hipótesis, pero podrían espigarse otras a lo largo del trabajo sobre estos temas más específicos.

No se hurtan entre las conclusiones las proposiciones de *"lege ferenda"*. Más allá de las conclusiones estrictas para verificar la hipótesis, algunas de estas propuestas -como la de la creación de un Fondo Audiovisual para la financiación de las programaciones generales y de servicio público de las empresas públicas, a cambio de que éstas abandonaran el mercado publicitario- se hacen en términos generales, sin una estructuración detallada, pues no es ése el objeto de este trabajo.

Es ésta, ante todo, una tesis de Derecho de la Información. Se trata, por tanto, de una tesis jurídica, pero en la que se intenta hacer algunas aportaciones a la teoría de los medios audiovisuales, como, por ejemplo, los conceptos de programas, Programación y Programa. Su encuadramiento primario en el Derecho de la Información no obsta para que pueda ser considerada una tesis de Derecho Constitucional, en cuanto que lleva a sus últimas consecuencias el desarrollo de un derecho fundamental y reflexiona sobre el papel esencial de las instituciones comunicativas para el gobierno democrático; es más, me atrevería a decir que revisar el Derecho de los Medios Audiovisuales desde la perspectiva de la libertad de programación supondría un importante avance en eso que el profesor Jorge de Esteban denominó en una obra pionera *comunicación democrática*, verdadera asignatura pendiente de nuestro régimen político. En el trabajo se analiza la estructura de los medios audiovisuales y se dedica un buen espacio a la polémica sobre el servicio público, pero conviene reiterar que ni el servicio público, ni la crisis de la televisión pública en España son el objeto de esta tesis. No es tampoco una tesis que pueda encuadrarse en el Derecho de las Telecomunicaciones, aunque se revisen cuestiones centrales de esta disciplina.

En esta tesis de fundamentación, el método elegido -ir de la abstracción de los principios que se derivan del derecho a la información, a lo concreto que es analizar el régimen de los medios audiovisuales a la luz de estos principios, para volver luego a la abstracción de construir el concepto de libertad de programación, terminando en lo concreto de las instituciones en que puede manifestarse su ejercicio y responsabilidad- ha supuesto un trabajo extenso y muy global sobre el conjunto de los medios de los medios audiovisuales.

Entiendo que a estas alturas de la evolución jurídica puede considerarse superada la dicotomía iusnaturalismo-positivismo. En esta tesis parto de un principio que podríamos calificar, en términos tradicionales, de iusnaturalista: el derecho humano a la información. Pero ese principio se positiviza en la Constitución española como un derecho fundamental y para determinar el alcance de esta positivización, las instituciones de desarrollo que necesariamente requiere, se echa mano de instrumentos lógicos como el concepto de contenido esencial del derecho fundamental o la distinción -siguiendo a Robert Alexy- entre reglas y principios. En este sentido, conviene subrayar que las conclusiones no son en

referencia al concepto abstracto de derecho a la información, ni siquiera al concepto del que partimos del derecho a la información conforme a la Declaración Universal, sino del derecho fundamental -derecho positivo, por tanto- a la información, tal como ha sido proclamado en la Constitución española.

En cuanto a las fuentes, se han consultado y citado 135 libros, 235 artículos publicados en obras colectivas y revistas y 55 documentos. La mayor parte de estas obras pertenecen a los años 90 y entre ellas son de autores extranjeros aproximadamente el 30%. Puede decirse que, salvo los trabajos del profesor Bastida, ninguna obra se aproximaba al meollo de esta tesis. Los temas de las obras utilizadas pueden agruparse en los siguientes apartados: prevalente función constitucional de las libertades de expresión e información y su ponderación con los derechos de la personalidad; polémica sobre el servicio público; liberalización de las telecomunicaciones; análisis del derecho comunitario y especialmente del llamado Derecho de la Televisión Sin Fronteras; derecho publicitario; derecho de la propiedad intelectual; normas anticoncentración y estructura de los medios audiovisuales; incidencia de las nuevas tecnologías y sociedad de la información; exigencias éticas de los medios audiovisuales. En cuanto a los documentos, predominan los de la Unión Europea, tan prolífica en sus distintas instituciones en la producción de todo tipo de informes. Por supuesto se han manejado toda la legislación española y todas las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de medios de comunicación, y, más selectivamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los tribunales inferiores, así como también selectivamente la legislación autonómica. Más selectivamente, también, la legislación y jurisprudencia extranjera, consultada directamente siempre que ha sido posible. Son propias las traducciones de obras o documentos extranjeros directamente citados y no editados en nuestra lengua. En ocasiones (poco numerosas) se recurre a la cita de la prensa diaria, nacional o extranjera, para mantener al día un dato o una opinión polémica, pero siempre se usan estas fuentes de manera incidental. Como instrumentos documentales se han usado el catálogo automatizado de la Biblioteca de la Universidad Complutense y las bases de publicaciones periódicas Compludoc (Universidad Complutense) e ISOC (CSIC) y la base de referencias periodísticas BASINFA (RTVE). También se han utilizado los recursos que ofrece Internet, sobre todo para acceder a los documentos más recientes. Se incluye entre las fuentes una selección de direcciones de interés para el Derecho de los Medios Audiovisuales. A partir de las fuentes consultadas se ha construido una base documental de citas con 2.100 registros.

5. Agradecimientos

Esta tesis no hubiera sido posible sin la dedicación y estímulo de su director, José María Desantes. A él quiero agradecerle su paciencia y generosidad a lo largo de estos años y sus siempre lúcidas sugerencias.

Tanto en el Departamento de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, como en su Sección Departamental en Ciencias de la Información, he encontrado las facilidades necesarias para la elaboración y tramitación

administrativa de este trabajo. Los profesores Jorge de Esteban, Teodoro González Ballesteros, Loreto Corredoira y Manuel Sánchez de Diego y el tutor de esta investigación, profesor Ángel Sánchez Navarro, me han allanado las dificultades científicas y académicas que han ido surgiendo.

De gran ayuda me han resultado las sugerencias del profesor Felipe Maraña sobre metodología y presentación de las conclusiones. Mi amigo Ángel Villagrá, del ISOC, me facilitó las búsquedas documentales, al igual que lo hicieron mis compañeros del Servicio de Documentación Escrita de TVE en las ocasiones en las que les consulté algún dato concreto. Otro compañero y amigo, Fernando Redondo, me ayudó con los aspectos informáticos del trabajo, y el personal de soporte informático de los SSII de TVE me ha sacado más de una vez de un atolladero.

Mi mujer, Mari Carmen, y mis dos hijos, Javier y Carlos, han soportado conmigo el cansancio y la tensión que irremediablemente genera un trabajo como éste. Sin su comprensión y apoyo no hubiera llegado hasta aquí.

Madrid, 31 de diciembre de 1999

CAPÍTULO 1

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN, INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICAR

1. Derechos fundamentales

1.1. Libertad y Derecho

Ingenuo y pretencioso puede parecer comenzar este trabajo con un epígrafe de título tan ambicioso como Libertad y Derecho. Pero no se trata de afrontar ni el estudio del libre albedrío - problema central de la Psicología - ni las relaciones profundas entre Libertad y Derecho - tema nuclear de la Filosofía del Derecho. El objetivo es, desde luego, mucho más modesto y personal. Se trata simplemente de exponer el convencimiento de que la Libertad, en sus distintas dimensiones sólo puede encontrar su plena realización en el Derecho, por mucho que éste pueda aparentemente significar la negación de la Libertad. En definitiva, que la Libertad sin el Derecho desemboca en la arbitrariedad y se frustra. Y que, a su vez, el Derecho, un Derecho, en el que no se halle presente la Libertad lleva irremediablemente a la tiranía, en cuanto que negación de la Justicia. A la altura de nuestro tiempo histórico, los derechos humanos son elementos de enlace entre Justicia, Libertad y Derecho. Afirmaciones éstas, axioma de la presente tesis y que, por tanto, no pretendo demostrar, sino simplemente formular escuetamente a los efectos de la hipótesis general formulada en la *Introducción*.

La Libertad[1] es la capacidad de autodeterminación de los seres humanos[2]. Esta capacidad, dirigida por la razón, produce voliciones. La volición pretende realizarse; el *querer* tiende al *poder*. Si las condiciones naturales y sociales fueran las mismas para todos los hombres, el poder de todos los individuos sería idéntico. No es así; pero todos los seres humanos tienen, en contrapartida, inscrita en su conciencia una aspiración de superar esas desigualdades naturales y sociales, un sentimiento general de ansia de Justicia. La conjunción de poder desigual y aspiración de Justicia da lugar al conflicto en

[1] Sobre la ambigüedad del concepto de Libertad, **Alexy**, **Robert**, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 210-211. El autor resulta el contenido emotivo de este concepto (práctico) y recuerda la cita de Aldous Huxley en *Ciego en Gaza: "Freedom's a marvellous name. That's why you're so anxious to make use of it. You think that, if you call imprisonment true freedom, people will be attracted to the prison. And the worst of it is you're quite right"*

[2] **Desantes Guanter, José María**, *"La formación del informador, garantía de la libertad de expresión"* Documentación de Ciencias de la Información, nº 16, 1993, p. 66, *"La libertad social consiste en la autodeterminación del hombre en cuanto concierne a sus fines como miembro de la comunidad."*. Desantes sintetiza en esta obra (pp. 66-67) el engarce entre la libertad social y los derechos humanos o naturales desde una concepción iusnaturalista.

las relaciones humanas. El conflicto es absolutamente necesario para el progreso social, siempre que la tensión a que da lugar sea superada satisfactoriamente[3]. Desde la violencia generalizada de la horda se va accediendo a niveles superiores de civilización, y así, sucesivamente, se institucionalizarán como medios de resolver el conflicto, la venganza privada, la negociación, el pacto, el arbitraje y, por fin, el juez como instancia estable.

El derecho se nos muestra como el sistema más perfeccionado para solventar el conflicto[4]. Desde este punto de partida, podríamos aventurar un concepto (sintético) de Derecho como *el conjunto de enunciados de deber ser*[5] *o legitimadores de pretensiones*[6]*, impuesto a todos por la fuerza social con poder suficiente para ello, reflejo de los valores*[7] *y relaciones de poder en una sociedad dada, que pretende resolver los conflictos interpersonales, presentes y futuros - inspirándose en los pasados - creando para ello mecanismos de pacificación y satisfacción de los intereses considerados legítimos, con vocación, al mismo tiempo, de modelo de conducta y referencia obligada para todos los miembros de una comunidad dada*. Pero el Derecho es algo más que un conjunto de formas para solventar las tensiones producidas en la vida social. El Derecho se proyecta en la vida social y ordena las relaciones interpersonales. Así, el Derecho es el *"conjunto de relaciones que una sociedad establece como necesarias"* [8]. Y, en fin, para resolver los conflictos y ordenar las relaciones las normas jurídicas han de ser conocidas como tales

[3] Según **Sánchez de la Torre, Ángel** (*"250 anos desde 'El Espíritu de las Leyes' del Barón de Montesquieu",* Suplemento a Otrosí, nº 139, ICAM, junio 1998) la concepción global de Montesquieu está inspirada en el convencimiento de que la prosperidad dependía de la paz, y ésta de la justicia. *"A su vez, la justicia implicaba varios valores: la primacía de la libertad, la obligatoriedad de resarcimiento efectivo de los daños ocasionados y la acción coercitiva de las autoridades públicas hegemónicas para hacer posible la libertad común y para prestar remedio a los daños que se produjeran quebrantando la libertada ajena."* p. 2

[4] El profesor Díez-Picazo construyó sobre la idea del conflicto de intereses como fenómeno jurídico primario su concepto del derecho, expuesto en un clásico de la divulgación jurídica: **Díez-Picazo, Luis,** *Experiencias jurídicas y teoría del derecho,* Ariel, Barcelona, 1ª edición, 1973 (última 1993)

[5] Esto es, normas, que se expresan en forma de mandato, prohibición o permisión. **Alexy, R.,** op. cit. p. 83 distingue dentro de las normas las reglas y principios. Los principios son normas de optimación que indican que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes y su realización admite grados (p. 86), mientras que las normas, que sólo pueden ser cumplidas o no, son normas de determinación (p. 87). Rubio Llorente (**Rubio Llorente, Francisco**, Prólogo a *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. XIII-XV) entiende por principios las ideas sobre las que se basa la organización del Estado y las ideas básicas sobre las que se articula una institución (su espíritu) y por último los mandatos de optimización (en el sentido expuesto por Alexy). Las consecuencias de la invocación de una regla o un principio a la hora de solicitar el amparo de un derecho serán bien distintos. En el caso de la regla, el juez subsumirá el supuesto de hecho en la regla, mientras que en el caso de los principios habrá de realizarse una ponderación con otros principios en presencia.

[6] Sobre la conversión de la clásica fórmula de *deber ser* (si es A, debe ser B) en la de enunciados legitimadores de pretensiones (si es A, puede ser exigido B), ver **Díez-Picazo, L.**, *Experiencias...,* op. cit. p. 86 y todo el capítulo IV.

[7] **Alexy**, op. cit., p. 139 y ss. desarrolla la distinción entre principios (conceptos deontológicos) y valores (conceptos axiológicos): *"... La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. En el derecho, de lo que se trata es de 'qué es lo debido'. "* Alexy, R., op. cit. p. 147.

[8] **Desantes Guanter, José María**, *Fundamentos de Derecho de la Información,* Confederación de Cajas de Ahorros, Madrid, 1977, p. 271. El autor llega a esta definición como síntesis de las corrientes realistas.

por su destinatarios: el Derecho es una forma de comunicación, una comunicación necesaria[9]. Y, a su vez, el Derecho es ordenación de la comunicación social.

Esa fuerza social con poder suficiente para producir normas jurídicas se formaliza principalmente en el Estado[10]. Pero no todo Estado es Estado de Derecho; para serlo el Derecho debe limitar al Estado[11].

En cuanto que ordena las relaciones sociales, el Derecho es un límite a la Libertad considerada abstractamente, de modo absoluto. Pero es un límite para todos los agentes sociales - sólo es Derecho el básicamente respetado por todos, incluido el propio legislador - y, por tanto, también un límite al poder y la arbitrariedad. El conocer los límites de nuestra actuación es seguridad; la seguridad es condición mínima de la Libertad. Así, aunque el Derecho ignore las aspiraciones de Justicia de aquellos cuyos conflictos pretende resolver y cuyas relaciones quiere ordenar, encarna ya un principio mínimo de Libertad en forma de seguridad jurídica.

Así lo comprendió la burguesía ascendente en la hora de las revoluciones liberales, capitalizando en su provecho el principio de seguridad jurídica. El Derecho se reduciría a garantizar a todos los individuos ámbitos de inmunidad frente al poder estatal en aquellas facetas más esenciales de la vida humana. El resto de la vida social habría de quedar al libre juego de fuerzas sociales, es decir, sometido al creciente poder de esa burguesía ascendente. Las libertades-privilegios, las franquicias concretas del Antiguo Régimen, garantía de seguridad y participación estamental, desigual y rígida, pero bien definida, se trasmuta, así, en Libertad. La libertad de conciencia y expresión, la libertad física personal y la propiedad serán la libertades por excelencia y ésta será soporte y condición de todas las demás.

Ya en 1829, en su célebre discurso del Ateneo Real de París, Benjamín Constant calificará a esta manifestación de la Libertad como *Libertad de los Modernos*, frente a la *Libertad de los Antiguos*. En el mundo griego, el ciudadano lo era en cuanto miembro de la *polis*, que permitía al hombre desarrollarse en cuanto tal: la libertad del ciudadano era la *libertad de la polis*. Ningún aspecto podía sustraerse al poder de la *polis*, y nada podía hacerse frente a la ciudad. Pero, a cambio, el ciudadano participa, toma parte activa en la

---

[9] *"Al ser vínculo objetivo entre personas, el Derecho tiene una dimensión dialéctica, coloquial. El derecho es diálogo y ordenación del diálogo"*, **González Casanova, José Antonio**, *Comunicación humana y comunicación política*, Tecnos, Madrid, 1968. En la **STC de 8 de abril de 1981** (FJ. 4º) puede leerse: *"Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer...."*. Para Buch (**Buch, H.,** *"La communication sociale et le droit"* en Comunicación social e integración europea, Barcelona, 1968, pp. 243-261, citado por Desantes, J.M., *Fundamentos....,* op. cit. p. 172) la comunicación social engendra derecho; éste, mediante su acción, provoca una comunicación social modificada, que suscita una transformación del derecho; y así, sucesivamente, en un movimiento pendular perpetuo.

[10] Se adopta, pues aquí una posición diferenciadora entre Estado y Derecho, en contraste con la identificación kelseniana. Ver **Kelsen, Hans,** *Compendio de Teoría General del Derecho*, Blume, Barcelona, 1979 y el excelente y clásico estudio de **Luis Recasens Siches**, que precede a la obra del jurista austríaco.

[11] Para **Elías Díaz** (*Estado de Derecho y sociedad democrática,* Edicusa, Madrid, 1969) son características del Estado (liberal) de Derecho son el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la Administración y el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

toma de decisiones colectivas[12]. Para los modernos - esto es, para los contemporáneos de Constant- el hombre lo es en cuanto tal, tiene dignidad propia y le pertenece un ámbito vital en el que desarrollar sus capacidades. Madiot[13] sintetiza así la distinción:

> *"La libertad de los Modernos (o libertad autonomía) supone que la sociedad no constriñe, o lo hace mínimamente, a sus miembros. Conduce al reconocimiento a cada individuo, de un dominio de independencia en el cual el Estado se prohibe penetrar. Esta libertad postula la no intervención del Estado. La libertad de los Antiguos (o libertad-participación) reposa sobre la participación de los ciudadanos en los asuntos políticos. Los gobernados pueden, utilizando esta libertad, elegir a los gobernantes, controlarlos y sustituirlos. Pueden elegir su porvenir político."*

La lucha por la democracia recuperará y reivindicará ese sentido de la Libertad como participación, incorporándolo finalmente al patrimonio liberal. Marx con su crítica[14] a las libertades formales pondrá en cuestión ambas dimensiones, autonomía y participación. Las libertades del liberalismo no son reales, pues ignoran las necesidades más perentorias de los desposeídos, careciendo los trabajadores de libertades concretas; son declaraciones vacías de contenido, que ni siquiera se garantizan a sí mismas. En la aplicación histórica del marxismo, el socialismo real de la Unión Soviética, a cambio del sacrificio de la Libertad, se pretendía crear las condiciones previas para que las libertades se convirtieran en poderes reales para todos, pero su ejercicio debía de estar en concordancia con la finalidad de la construcción de la sociedad socialista (*libertad dirigida*).

La presión del movimiento democrático incorpora al liberalismo el sentido participación. Y no sin amplias revoluciones se asume el valor Justicia, en su manifestación solidaridad, al reconocer - ya en el período de entreguerras, pero sobre todo a partir de 1945 - los derechos económicos y sociales. Como subraya García LLovet[15] *"el proceso de construcción del Estado Social supone también una transformación socializadora de la libertad"*, superándose la perspectiva individualista y apropiativa, que entendía como único instrumento apto para la realización de la libertad la propiedad de los medios o de los bienes relacionados con el ejercicio de las libertades. El Estado ya no debe simplemente abstenerse, sino que se compromete con las libertades y debe actuar promoviéndolas y removiendo los obstáculos para su ejercicio.

Y volvemos al Derecho. Ya los primeros críticos del liberalismo habían intuido el valor del Derecho al servicio de la Libertad. Así, Lacordaire[16] dio un inmejorable argumento para refutar prejuicios antijurídicos de origen liberal, que no está de más recordar hoy, en pleno auge de un neoliberalismo que exalta el libre juego de las fuerzas sociales y pretende desrreglamentar o desjuridificar amplios sectores sociales:

---

[12] **Martín Cubas, Joaquín**, *Garantía de los Derechos humanos: La protección de los derechos humanos en la Constitución española*, en Manual de Derechos Humanos, Comares, Granada, 1993, p. 135

[13] **Madiot, Yves**, *Droit de l'homme et libertés publiques*, Masson, París, 1976

[14] Ver **Madiot, Y.**, op. cit. p. 63

[15] **García Llovet, Enrique**, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, 1991, p. 162

[16] *Conférences de Nôtre Dame de Paris,* Tomo III, p. 473, citado por **Colliard, Albert**, *Libertés publiques,* Precis-Dalloz, París, 1972

"Entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, la libertad oprime, la Ley libera".

El valor Igualdad aporta a la libertad su dimensión capacidad, pues *"si la libertad no es accesible a todos no hay libertad"*[17]. Autonomía, participación y capacidad son las tres dimensiones de la libertad. Al alcance de esta triple dimensión dedicaremos el próximo apartado. Pero antes, insistir en el papel del Derecho al servicio de la libertad, pues *"en todos las sociedades, pero especialmente en la moderna, la libertad necesita inexorablemente del Derecho para sobrevivir"*[18].El profesor Desantes[19] ha expresado así la dialéctica Libertad-Derecho:

"La libertad es un poder hacer en sentido negativo: zona de actuación sin impedimentos externos. El derecho es un poder hacer positivo: facultades internas de llenar con la actuación propia de un campo que ha de estar libre de impedimentos externos y especialmente preparado para que tales facultades se desarrollen"

En definitiva, el Derecho es, por paradójico que parezca, cauce obligado y condición indispensable de la Libertad[20]. *"La experiencia jurídica es en sí misma ambigua* - ha dicho Sánchez de la Torre[21]- *y aparece tanto como una forma de coacción como una forma de libertad."*

1.2. Triple sentido de la libertad: autonomía, participación, capacidad

En el tránsito de la sociedad estamental a la sociedad de clases, del Viejo al Nuevo Régimen, la Libertad se manifiesta como libertad-autonomía. El principio general es que todo lo que no está prohibido está permitido[22]. Se constituye, así, un ámbito inmune de actuación autónoma desde el que poder buscar la felicidad; un ámbito protegido de toda injerencia de los poderes públicos, frente a la situación anterior en la que el individuo estaba al servicio de los fines superiores del Estado absoluto. Las libertades, a modo de alambrada que protegen ese sagrado recinto de autodeterminación individual, son poderes de (*pouvoirs de faire, freedoms from*) poderes frente al Estado. Recordando de nuevo a Constant[23], esta Libertad es el derecho de cada uno a no estar sometido más que a las leyes, a no ser detenido, ni muerto ni maltratado de manera arbitraria. Es el derecho a expresarse, escoger un trabajo y ejercerlo, disponer e incluso abusar de la propiedad, ir y venir sin dar cuenta de los propios pasos... Pero ya en este discurso aparece un nuevo

[17] **Colliard, A.**, op. cit. p. 191

[18] **Peces-Barba, Gregorio**, *Derechos fundamentales. Teoría General I*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995 p. 96.

[19] **Desantes, J.M.**, *Fundamentos...*, op. cit. p. 150

[20] **Derieux, Emmanuel**, *Droit de la Communication*, L.G.D.J, Paris, 1994, p. 19.

[21] **Sánchez de la Torre, Angel**, *Los derechos del hombre y el orden jurídico*, Boletín ICAM, nº 9, julio de 1998, p. 153

[22] "[...] el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra, autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohiba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas [...]" (**STC 83/1984**, FJ 3.°).

[23] **Martín Cubas, J.**, op. cit. p. 136

ámbito de Libertad, el de los derechos políticos: elegir representantes, dirigir peticiones... en definitiva influir en la administración del gobierno.

Löwenstein[24] expresa la íntima vinculación de ambas dimensiones. Estos ámbitos de libertad individual funcionan como controles verticales del poder político. Pero a la inversa...

> *"... estas zonas constituyen el ámbito en el que puede movilizarse la actividad política de los destinatarios del poder, a partir de cual dicha actividad será llevada al proceso político. Son los instrumentos para que la voluntad del pueblo pueda formarse desde abajo y realizarse de esta manera en el proceso político".*

La conquista de los derechos económicos y sociales aporta la dimensión capacidad. Si la libertad-autonomía permitían el libre desarrollo de aquellos que contaran con los medios materiales, las masas de los que nada tienen más que su trabajo requieren no ya sólo la seguridad jurídica, sino también una seguridad material para realizarse como personas e integrarse en la vida social como ciudadanos. El Estado ya no puede permanecer indiferente ante las vicisitudes vitales de los ciudadanos. Poco a poco va conformándose un nuevo pacto social: el Estado procurará un mínimo vital al que los ciudadanos tendrán derecho. Son, desde el punto de vista de sus titulares, libertades para, *pouvoirs d'exiger, freedoms for*, derechos de prestación a los que el Estado - que de ésta manera adquiere una nueva legitimación - está obligado.

La clásica distinción entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos y sociales, de otra, no resuelve la integración y relaciones entre las tres dimensiones de la Libertad: autonomía, participación y capacidad[25]. Una profundización es necesaria a efectos de construir en su momento el concepto de libertad de programación.

Es Jellinek[26], justamente al tiempo del surgimiento de los primeros derechos económicos y sociales, quien formula una visión de las distintas situaciones en que se encuentra el individuo frente al Estado: *status pasivo* o *subjetionis*, *status negativo* o *libertatis*, *status positivo* o *civitatis*, *status activo* o *activae civitatis*. La teoría ha merecido infinidad de críticas, no siendo la menor la de concebir las libertades como residuales frente al imperio del Estado o el carácter estático de la construcción. Pero, a nuestros fines, pone de manifiesto distintas esferas de actuación del individuo y su relación con el Estado. En efecto, la libertad puede consistir en exigir del Estado (o de otros poderes) que se abstenga de cualquier injerencia en nuestra esfera de autonomía, o en exigir del Estado un marco general que nos permita desarrollar nuestras potencialidades o en exigir del Estado determinados servicios imprescindibles para nuestra dignidad o, en definitiva, en participar a través del Estado en la conformación de las decisiones que a todos afectan.

Estas distintas posiciones jurídicas se han caracterizado por la doctrina de muy distintas formas y con distintas calificaciones - que, por cierto se refleja en una variada

---

[24] **Löwenstein, Karl,** *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 313.

[25] Entre nosotros emplea los términos libertad-autonomía y libertad-participación **Fernando Castedo**, *"La Constitución como fuente de derechos" en La constitución y las fuentes de Derecho*, Tomo I, I.E.F., Madrid, 1979, p. 426 y ss.

[26] Ver la reinterpretación de **Alexy, R.,** op, cit. pp. 247-266

terminología en la jurisprudencia constitucional. Así, Jorge de Esteban[27] distingue entre derechos de libertad del hombre aislado, derechos de libertad del hombre agrupado con otros, derechos del individuo en el Estado como ciudadano y derechos del individuo a exigir prestaciones del Estado. Es frecuente contraponer libertad negativa (para la libertad-autonomía) y libertad positiva[28] (para las libertades-participación y capacidad). A veces encontramos calificada la libertad-autonomía como derechos de defensa contra la injerencia del Estado. También se habla de derechos reaccionales, cuando ese poder consiste en invocar la sanción del Estado ante la intromisión en nuestro ámbito de inmunidad. O de derechos de prestación cuando se puede exigir del Estado una actuación o, más estrictamente, un servicio concreto. También la oposición derechos de libertad[29] (su eficacia requiere la abstención de los poderes públicos) y derechos de igualdad (que exigen la prestación por parte de los poderes públicos). O, en fin la clásica distinción entre libertades formales (con toda la carga peyorativa del término) y libertades reales....

Alexy[30] desarrolla una teoría de las que llama posiciones jurídicas fundamentales sobre la base de la distinción entre derechos a algo, libertades y competencias. Los derechos a algo pueden ser a una acción positiva o a una acción negativa (derechos de defensa). Estos derechos de defensa[31] pueden consistir bien en que el Estado no obstaculice las acciones del titular; bien en que el Estado no afecte las propiedades o situaciones del titular; o, en fin, en que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular. Y esta defensa puede darse tanto frente a las actuaciones jurídicas como frente a las actuaciones fácticas del Estado. En cuanto al derecho a acciones positivas, el autor[32] distingue entre el derecho a una acción jurídica y a una acción práctica. Es a estos últimos a los que Alexy califica de derechos a prestaciones en sentido estricto, pues - añade- cabe hablar también de prestaciones jurídicas. Estos derechos de prestación en sentido amplio son la contrapartida de los derechos de defensa[33]. En cuanto a las libertades[34] pueden presentarse como libertad positiva (su objeto es una acción) o como libertad negativa (su objeto es una alternativa de acción). Pueden estas libertades[35] estar protegidas o no protegidas (cuando tanto una acción como una omisión pueden calificarse como permitidas). Si una libertad está protegida, esta protección consiste en *"... un haz de derechos a algo y también de normas objetivas que aseguran al titular del derecho fundamental la posibilidad de realizar las acciones permitidas. Si una libertad está vinculada con tales derechos y normas, es entonces una libertad protegida"*[36]. Por último, las competencias[37] son algo más que simples poderes de hacer lo que no está prohibido; son

[27] *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, p. 94

[28] Ver la distinción realizada por Isaiah Berlin en **Martín Cubas, J.**, op. cit. p. 136

[29] **Gómez Puente, Marcos** *"Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión"*, Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 84, 1994, p. 629

[30] Op. cit. pp. 186-240

[31] ibídem p. 189

[32] Ibídem p. 194 y ss.

[33] Ibídem p. 428

[34] Ibídem pp. 215-217

[35] Ibídem p. 222

[36] Ibídem p. 225

poderes de hacer, pero con la capacidad de afectar a situaciones jurídicas, y esto en la medida de que tal poder es conferido por una norma de competencia.

Como se ve, la riqueza de manifestaciones jurídicas de la Libertad no admite simplificaciones y habremos de precisar en su momento de qué libertad hablamos cuando construyamos el concepto de libertad de programación. Pero sí interesa retener que las tres dimensiones de autonomía, participación y capacidad se suele presentar entrelazadas en un todo[38] y su distinción es útil, a efectos de análisis, para poner de manifiesto la función de un determinado derecho fundamental.

Subyace en la dimensión capacidad la tensión entre la libertad jurídica y la libertad fáctica, o entre la libertad y la igualdad. La libertad sólo es real si se convierte en una verdadera capacidad de autodeterminación, pero para ello se requieren unos medios materiales (y previamente también jurídicos) que no están a disposición de todos. En el marco del Estado social[39], los derechos económicos y sociales tienden a dar un contenido real a la libertad[40], pero salvo en el caso de los mínimos vitales, la vaguedad de su formulación los convierte más a menudo en principios que en normas y, en cuanto tales, más confiados al desarrollo legislativo que al control judicial[41] y, en definitiva, sometidos al vaivén de las opciones políticas. Por eso resulta imprescindible vincular los medios de ejercicio a las respectivas libertades-autonomía. Y no hablamos sólo de medios económicos. Pocas libertades hay más caracterizadas como autonomía o inmunidad que la de no ser detenido arbitrariamente. El derecho a la presencia de abogado en las primeras declaraciones es una garantía de esta libertad que requiere de unos medios sociales de ejercicio, como es el abogado de oficio[42]. O, en el caso de otra libertad también típica, pero en este caso libertad-participación, la libertad de participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. No basta que existan garantías de pureza (Administración electoral independiente, escrutinio público, sistema de recursos, secreto del sufragio), sino que el Estado y la sociedad habrán de poner a disposición de las opciones electorales los medios necesarios para que exista una propaganda plural, garantía del voto consciente de los ciudadanos.

---

[37] Ibídem p. 227 y ss.

[38] **Gómez Puente, M.**, op. cit. pp. 629-630, subraya como la distinción entre derechos de libertad y derechos de igualdad es en nuestros días puramente tendencial, pues, *"...cuando se examinan los derechos fundamentales, libertades públicas y derechos... se comprueba que bajo la rúbrica genérica de tal o cual derecho o libertad se recoge, en realidad, un entramado complejo de deberes, derechos subjetivos de libertad y de prestación, garantías institucionales, mandatos al legislador o atribuciones competenciales con los que, en su conjunto, pretende garantizarse una determinada esfera de interés vital ligada a la dignidad de la persona."*

[39] Sobre el origen del *estado social*, sus relaciones con el *estado de derecho* y su concreción en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución española, véase **Muñoz Machado, Santiago**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 107 y ss.

[40] **Gómez Reino y Carnota, Enrique**, *"Las libertades públicas en la Constitución"* en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Vol. I, UNED, Madrid, 1978, p. 39

[41] Solución ésta adoptada por la Constitución española en su art. 53. **Alexy, R.,** op. cit., p. 488 y ss., afirma que en cuanto principios estarán sometidos a la ponderación con los principios de separación de poderes, con otros derechos sociales y bienes protegidos.

[42] Veáse, **Fernández Fontecha, Manuel**, *"Constitución y asistencia legal"*, Otrosí, ICAM, nº 140, julio-agosto 1998, pp. 6-10

Y si la libertad capacidad está al servicio de la autonomía y la participación, la libertad participación tiende, a su vez, a ampliar las esferas de autonomía y capacidad. Asistimos a un movimiento que amplía la participación desde las instituciones políticas clásicas hasta las instituciones que han servido de medio para la consecución de las libertades sociales, económicas y culturales. La representación política puede establecer las grandes líneas del desarrollo social, pero a la hora de llevarlas a la práctica se siente la necesidad de cauces de participación donde se expresen los intereses de los afectados, que pueden hacer oír su voz y no sólo modular la aplicación de las normas, sino influir en la toma de decisiones políticas. Sólo la integración de los movimientos sociales en nuevas instituciones de participación podrán aportar toda su dimensión a las libertades económicas y sociales. Y así, una incipiente democracia participativa podría ir complementando a la democracia representativa.

En definitiva, la triple dimensión de la Libertad encontrará su realización en la institucionalización de las libertades en derechos fundamentales.

1.3. Derechos humanos y libertades fundamentales

Hoy la Libertad encuentra su expresión mas genuina en los Derechos Humanos, de los que Sánchez de la Torre ha dicho que constituyen la religión del hombre contemporáneo[43]. Los Derechos Humanos son en nuestro tiempo el principio legitimador por excelencia del orden jurídico-político[44], el *suum* por excelencia de la Justicia[45]. Pero estos valores no han surgido en la conciencia social de un modo espontáneo, sino como fruto de una larga evolución[46]. En el tránsito a la modernidad se forma la idea de los derechos fundamentales[47].

Sabido es que en la sociedad grecorromana no hay libertades fuera de la ciudad, fuera del Estado. No existe libertad-autonomía, sino libertad-participación de los hombres libres, de los ciudadanos - o sólo de su élite, los patricios - en los asuntos públicos. El Imperio suplanta esta libertad-participación, pero justamente, a la hora de su nacimiento, casi simultáneamente, dos fuentes alumbran la idea de los derechos innatos al individuo, superiores y anteriores al Estado, fundados en la dignidad y racionalidad humana. Se trata del estoicismo y del humanismo que subyace en el cristianismo, éste último poniendo especialmente el acento en el valor dignidad.

Durante la Edad Media, en la sociedad estamental, la idea de Libertad cristaliza en forma de libertad-autonomía, en forma de privilegios de unos estamentos frente a otros,

---

[43] **Sánchez de la Torre**, *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, Gregorio del Toro, Madrid, 1968, p.12

[44] **Rodríguez Bereijo, Alvaro**, *"Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo"*, La Ley, 2, 1996, p. 1410

[45] **Desantes, J.M**, *Fundamentos...*, op. cit. p. 299

[46] **García Pelayo, Manuel**, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, 5ª edición, Madrid, 1959, p. 152: *"La libertad es una variable histórica cuyo objetivo depende de los fines vitales de la clase políticamente activa en una época y su contenido concreto de los obstáculos que se encuentran para el despliegue de tales objetivos."*

[47] Esta es la tesis de **Peces-Barba Martínez, Gregorio**, *"Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales"*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982.

privilegios de los que participan los individuos en cuanto miembros de las colectividades[48]. Las ciudades-estado medievales de Italia, norte de Alemania, Flandes[49] y España comienzan la libertad-autonomía de sus habitantes frente a la sociedad estamental, pero el hecho catalizador del reencuentro con la libertad-autonomía de todos los individuos se halla en el disentimiento religioso que se extiende por Europa a raíz de la Reforma protestante.

Las minorías católicas o protestantes, según los países, luchan contra el principio de que los súbditos han de seguir la religión del soberano (*cuius regio, eius religio*)[50] y reivindican la opción sin injerencias externas en el campo religioso. Unida también a la problemática de las guerras religiosas y al desorden e inseguridad que ocasionaron en Europa, se halla la reivindicación de que el soberano ha de respetar la propiedad de los súbditos, en continuo peligro tras cada una de las frecuentes variaciones de las líneas militares. Y así, la tolerancia, precursora de la libertad religiosa, será el primer derecho fundamental[51], si bien que como tolerancia hacia fuera y no aplicada en el interior del propio grupo religioso. La tolerancia se generaliza y seculariza para definirse por los esencial: la autodeterminación de la persona[52]. En un paso más, la neutralidad religiosa se convierte en fundamento del Estado moderno[53].

En este cuadro, previo a la Ilustración, pueden citarse la contribución de los teólogos juristas españoles y de los monarcómacos con su derecho de resistencia. Por fin, la escuela del derecho natural racional... Peces-Barba sintetiza así los grandes acicates para los derechos humanos:

> *"En este contexto histórico que acabamos de señalar, los derechos fundamentales se iniciarán en tres ámbitos: en la reflexión de la tolerancia para poner fin al enfrentamiento religioso; sobre los límites del poder, ante el fortalecimiento del Estado como poder absoluto y sobre la necesaria humanización en el ámbito penal y procesal por su situación de inseguridad, de indeterminación de las penas, de utilización de la tortura como forma de averiguación de la verdad y como pena, en definitiva por la falta de garantías."* [54]

---

[48] La consideración de sujeto de derechos sólo en cuanto miembro de una comunidad superior retornó en los años 30 con los movimientos corporativistas y se manifestaba en el art. 1 del Fuero de los Españoles (1945): *"El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común."*

[49] **Löwenstein, K.**, o. cit. p. 393

[50] **Truyol Serra, Antonio**, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado II*, Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 115

[51] **Peces-Barba Martínez, Gregorio et alt**., *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987, p. 121

[52] **Aymerich Ojea, Ignacio**, "G*énesis de los Derechos Humanos", en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 18

[53] *"...La consideración del Estado y la política como ámbito autónomo frente a la inercia expansiva de la religión se consuma con la Revolución francesa. El Estado se constituye en organización política que garantiza los derechos y libertades naturales y pre-estatales del individuo...."* **Beneyto Pérez, José María**, *Comentario al art. 16 CE, en Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzga Villamil***,** Tomo II, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 308. El autor realiza una síntesis histórica de la libertad religiosa y su importancia para el estado moderno.

[54] *Derecho positivo de los derechos humanos*, op. cit. p. 12

Toda esta evolución tuvo su plasmación jurídica. Las cartas de privilegios o franquicias medievales - nuestros fueros o la Carta Magna británica - se trasmutan a la hora de la Revolución inglesa en elementos que sirven de garantía a esos ámbitos de autonomía en el campo religioso y material. Como señala Löwenstein[55], desde entonces las raíces del constitucionalismo y las libertades individuales se unieron. O en la rotunda -y todavía válida- fórmula de la Declaración de 1789:

> *"Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la división de poderes determinada, no tiene Constitución"*

La libertad-autonomía recibe por primera vez su institucionalización jurídica a en los documentos normativos de la Revolución inglesa[56], su consagración en las declaraciones de las colonias americanas y en la Constitución norteamericana y su formulación más influyente en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano. Si la aportación americana es -desde la base de las teorías pactistas- edificar una democracia (esto es un modo de libertad-participación) como garantía de las libertades, la francesa la complementa con su concepto de igualdad y libertad individual (libertad-autonomía)[57].

Durante todo el siglo XIX las constituciones liberales incorporan los derechos humanos, con el modelo de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: proclamación solemne, remisión de su eficacia al desarrollo legislativo. Este proceso de generalización[58]., se ve confrontado por la crítica marxista y la ulterior reintepretación soviética y por la negación totalitaria y autoritaria. La Declaración Universal, aprobada en París por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, nace con el propósito de encontrar un mínimo común denominador que reconciliara en una formulación general y flexible válida para todos los hombres, la concepción liberal y marxista, garantizando para el futuro la dignidad humana, absolutamente ignorada en la contienda que acababa de terminar [59]. Más allá de la polémica sobre su carácter vinculante[60], la Declaración se convierte en referencia ética para la humanidad. Luego vendrán instrumentos de vigencia y especificación (los Pactos de 1966, el Convenio europeo de

---

[55] Op. cit. p. 394

[56] *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1688), *Act of Settlement* (1700).

[57] **Durán y Lalaguna, Paloma**, *"La definición de los derechos humanos"*, *en Manual de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 50

[58] Para **Peces-Barba, G.** (*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General I*, Madrid, 1995, p. 22) las etapas de evolución de los derechos fundamentales son las de positivización, generalización, universalización y especificación.

[59] El Memorandum redactado por la Unesco dentro de los trabajos preparatorios a la Declaración expresamente invoca la ida de encontrar un denominador común, superador de la confrontación liberalismo-marxismo para lograr *"una reconciliación de los dos contrarios en una síntesis superior"* y, lo que es más importante, la Declaración debería ser *"...lo suficientemente precisa como para tener un verdadero significado de inspiración que ha de llevarse a la práctica, pero también suficientemente general y flexible como para ser aplicable a todos los hombre, y poder ser modificada con el fin de que se ajuste a los pueblos que se encuentran en diferentes fase de desarrollo social y político, sin dejar, no obstante, de tener significación para ellos y sus aspiraciones."* (puede consultarse el texto en *Teoría y experiencia de los derechos humanos*, op. cit. p. 141 y ss.)

[60] Ver **Urios Moliner, Santiago**, *Garantías de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos, en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993

1950), pero el significado de la Declaración de 1948 para la universalización de los derechos humanos es decisivo.

Indistintamente venimos utilizando los términos derechos humanos y derechos fundamentales, e incluso hemos encabezado el epígrafe haciendo referencia a las libertades públicas... Como siempre, detrás de las palabras se ocultan las concepciones[61]... El uso del término derechos humanos[62] apunta hacia una fundamentación iusnaturalista, mientras que la de derechos fundamentales parece estar más adscrita a las corrientes positivistas... En cuanto al término libertades públicas parece hacer referencia al carácter social de estas libertades e, incluso, podría, en principio, remitir a un origen de concesión por los poderes públicos[63], aunque entre nosotros tal matiz queda excluido al convertir la Constitución de 1978 (Capítulo II, Sección 1ª) al binominio derechos fundamentales y libertades públicas en el núcleo de los derechos y libertades.

Como este primer capítulo trata de fundamentar y clarificar las posiciones de partida para construir el concepto de libertad de programación, bastará decir que nos adscribimos a posiciones de síntesis. Los derechos humanos son valores superiores formulados históricamente como aspiraciones de Justicia y Libertad. Su contenido son libertades mínimas, consideradas imprescindibles para la dignidad humana[64] en un momento histórico dado. Características de los derechos humanos son su universalidad (libertades para todos los hombres), indivisibilidad (no se puede negar un derecho humano sin dañar el conjunto) y progresividad[65] (su realización pone de manifiesto la necesidad de techos superiores de libertad). Los derechos humanos se positivizan en los derechos fundamentales, que se convierten, así, en fundamento del todo el orden político[66]. Los

---

[61] Una síntesis de las distintas fundamentaciones puede verse en **Tomás Mallén, Beatriz**, *La justificación de los derechos humanos, en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993

[62] En los primeros borradores de la que sería Declaración Universal de 1948 se denominaba a estas facultades derechos naturales, término sustituido por el de derechos humanos (en realidad una redundancia) para dar satisfacción a las corrientes iuspositivistas.

[63] El término libertades públicas no sólo tuvo un nacimiento tardío, sino incluso ominoso. Se utiliza por primera vez en la proclama que Luis Napoleón dirigió a los franceses en 1851, en el comienzo de un régimen limitador de tales libertades. **Colliard, A.**, op. cit. p. 15. No obstante,

[64] *"[...] la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"* (**STC 53/1985**, FJ8.°)

[65] *" [...] siempre su nivel de positivación será insuficiente y el horizonte de futuro seguirá exigiendo esfuerzos de los hombres para progresar en esta materia, donde la utopía será todavía el motor de la historia."* **Peces-Barba, G**., *Derecho positivo...*, op. cit., p. 16e

[66] *" Los derechos fundamentales, en cuanto conjunto de valores básicos de una comunidad (Grundwert, según la expresión de la doctrina alemana), tesis confirmada por nuestro Tribunal Constitucional en la S. de 15 de junio de 1981 («los derechos fundamentales. responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...j han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico») cumplen una función integradora (R. Smend) en la medida que en el ordenamiento democrático constitucional su reconocimiento juega como elemento nuclear de adhesión al Estado de la mayoría de los ciudadanos: o si se quiere con otras palabras, «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana y pacífica» (STC 25/1981, de 14 de julio). Función que deriva del artículo 10. 1 de la CE, según el cual la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes « son el fundamento del orden político y la paz socjal». "* **Gómez-Reino y Carnota, Enrique**, Prólogo a la 1ª edición (1985) de Legislación básica de Derecho de la Información, Tecnos, 2ª ed. 1994, p. 17

derechos fundamentales son conjuntos integrados de libertades (en sus tres dimensiones de autonomía, participación, capacidad, aunque en grado distinto en cada caso), a los que el Estado reconoce y protege. Y esa protección significa no sólo crear un marco general favorecedor de la libertad e implantar un sistema de garantías frente a violaciones o injerencias y una exigencia de responsabilidad en caso de abuso; significa, también, hacer real la libertad, bien poniendo a disposición de todos los medios de ejercicio mediante prestaciones de los poderes públicos, bien estableciendo un sistema de regulación de tales medios, que armonice los poderes de los distintos titulares y pondere los diversos derechos para lograr el mayor grado posible de realización para todos.

1.4. Aspectos subjetivos y objetivos de los derechos fundamentales

Ya venimos apuntando el doble aspecto subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales. Para la mayoría de la doctrina[67] este elemento objetivo se traduce en una dimensión institucional de los derechos fundamentales. Se sitúa, así, al derecho en una óptica colectiva, resaltándose la función que para la comunidad supone el ejercicio del poder del individuo, al tiempo que se dota a ese poder de unas garantías institucionales para hacerlo efectivo. En el apartado siguiente profundizaremos en estas ideas, al tratar del papel del Estado social y democrático de Derecho. Aceptamos, en principio, esta concepción institucional, aunque su mayor peligro puede residir en poner el ejercicio de la libertad al servicio de la institución, sobre todo si ésta se considera de manera estática.

Los derechos fundamentales, positivación de los derechos humanos, son derechos de los hombres, libertades mínimas de las personas imprescindibles para su dignidad. La cuestión es si, además, de la titularidad de las personas individuales, que nadie discute, cabe atribuir derechos fundamentales a algún tipo de sujeto colectivo[68]. Ciertamente derechos con un titular colectivo[69] (como por ejemplo el derecho de los pueblos) se prestan a convertirse en entelequias, manipulables políticamente. Sin embargo, puede admitirse el razonamiento de la **STC 139/95**, válido más allá de la propia interpretación de nuestra Constitución. Hay derechos que se ejercen individualmente y hay derechos que se ejercen colectivamente[70]. Las asociaciones o personas colectivas que los individuos puedan constituir para ejercer tales derechos no ostentan ya un simple interés legítimo, sino que son titulares de un verdadero derecho fundamental, en cuanto que representan e

---

[67] La teoría institucional se expone, entre otros en **Gómez Puente, M**, op. cit. p. 630 y **Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso, García Sanz, Rosa María**, *Comentario al art. 20 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Óscar Alzaga Villamil*, Tomo II, Cortes Generales, Madrid, 1995, p. 510

[68] Ver síntesis de la jurisprudencia constitucional española sobre el tema en **Carreras, Lluís de**, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 63-67

[69] Otra cosa es el ejercicio de las acciones de defensa de un derecho con un substrato personal tan claro como el del honor, por parte de un individuo componente de esa colectividad, amparado por nuestro Tribunal Constitucional en el caso Violeta Friedman, **STC. 214/91**, pues en tal supuesto al dañar el honor colectivo se ofende el de la persona, legitimada para reivindicar el buen nombre del grupo.

[70] **Gurutz Jaúregui** clarifica la cuestión en el artículo *¿Derechos individuales o derechos colectivos?* (El País 12/8/98) en el que propone para evitar polémicas estériles *"... hablar no de derechos colectivos, sino de derechos individuales colectivizados cuya existencia y protección sólo tiene sentido en el marco de un determinado grupo o colectivo".*

incorporan los derechos individuales de sus miembros. Y además, los derechos fundamentales deberán garantizar el cumplimiento de los propios fines asociativos.

Un derecho fundamental es un conjunto de libertades agrupadas en torno a una determinada realidad social. A la hora de su ejercicio, las libertades se convierten en poderes concretos, en derechos subjetivos[71]. La unidad integrada que es el derecho fundamental se descompone en uno o varios derechos subjetivos y éstos a su vez en haces de facultades de hacer o no hacer. Y si estos derechos subjetivos son puros derechos de libertad frente al Estado - poder de exigir a éste su abstención de interferir en la esfera de inmunidad personal - tal derecho subjetivo podrá ser directamente eficaz, al menos desde un punto de vista material, haciendo abstracción de lo que disponga el correspondiente ordenamiento jurídico. Y junto a derechos subjetivos, el derecho fundamental puede integrar también derechos de prestación, garantías institucionales (en forma, por ejemplo, de una determinada ordenación de los medios necesarios para el ejercicio de los poderes) o incluso los supuestos en los que el derecho puede ser limitado en beneficio de otros derechos o bienes legítimos.

Si el titular del derecho fundamental, su sujeto activo, son las personas individuales (y, en determinados supuestos, las colectivas) el sujeto pasivo, en primer término, es el Estado, obligado a no interferir en la esfera de autonomía, a desarrollar su contenido cuando así sea preciso, a prestar servicios para conseguir un ejercicio igualitario del derecho, a ordenar sus medios, a crear sistemas de garantía frente a su vulneración o a exigir responsabilidad en caso de abuso del derecho. Pero ¿tienen eficacia los derechos fundamentales frente a terceros, frente a los individuos o personas colectivas no investidas de poderes públicos?[72]. La respuesta técnico-jurídica será distinta en cada sistema, pero no hay duda que los atentados a esas libertades imprescindibles para la dignidad humana pueden provenir tanto del Estado como de los poderes sociales y económicos[73], con la particularidad que el poder del Estado, a diferencia de los poderes fácticos, está limitado en un sistema democrático. De forma que si se quiere hacer real esa libertad habrá que encontrar fórmulas para que en la relaciones privadas, no sólo no se atente contra la esfera de autonomía de una de las partes, sino que se logre un ejercicio armonioso de todos los derechos implicados. No se podrá, sin embargo, proyectar mecánicamente las obligaciones del Estado en los particulares, pues se trata de sujetos de distinta naturaleza.

Como es obvio, el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales ha de hacerse a nivel constitucional, no sólo por razones formales, sino en la medida en que, como vimos, los derechos fundamentales son fundamento legitimador del sistema y mecanismo esencial de limitación del poder[74]. Pero en cuanto que esta

---

[71] En el concepto clásico de **Federico de Castro** (C*ompendio de Derecho Civil*, Instituto de Estudios Políticos, 4º edición, Madrid, 1968, p. 155) *"cada situación de poder concreto, respecto a una determinada realidad social atribuida (atribuible) a una persona, a cuyo arbitrio se entrega su ejercicio y su defensa"*

[72] Sobre el llamado *efecto horizontal de los derechos fundamentales (Drittwirkung der Grundrechte),* véase **Alexy, R.**, op. cit. pp. 506-524

[73] *".... en una sociedad como la nuestra, en la cual el individuo se encuentra fuertemente mediatizado por las llamadas formaciones sociales intermedias. son frecuentes las vulneraciones de sus derechos fundamentales; y, normalmente, en términos no comparables con las intromisiones de los poderes públicos. ... "* **Gómez-Reino, E**, op. cit. p.23

[74] *" ... sólo hay Constitución allí en donde el poder está limitado por los derechos del hombre, y que en consecuencia es un falso poder constituyente el que no los incorpora a su obra. [...] "* **Rubio Llorente, F.**, op. cit. p. X

constitucionalización puede suponer una excesiva formalización, es conveniente que la misma constitución prevea mecanismos de apertura o perfectibilidad de los declaración de derechos, más flexibles que los previstos para la reforma de las partes institucionales, y que permitan una plasmación del constante progreso humano.

1.5. Los derechos fundamentales en la Constitución Española

Propósito de este apartado es trazar un somero esquema del tratamiento en la Constitución de 1978 y la jurisprudencia constitucional de las cuestiones hasta planteadas, todas ellas significativas para el objeto de esta tesis: la fundamentación de los derechos fundamentales, el papel del Estado social y democrático de Derecho, el contenido de los derechos, las garantías, los medios, la eficacia frente a terceros etc.

La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico de este Estado social y democrático de Derecho en que España se declara constituido. Mucho se ha discutido sobre el alcance del art. 1.1[75] , pero no cabe duda que tales principios informan todo el ordenamiento y marcan un horizonte finalista no ya sólo para los poderes públicos, sino para la sociedad en su conjunto. Puede que sea difícil invocar ante los tribunales el cumplimiento de deberes concretos del Estado en relación a estos valores[76], mas, en lo que a esta tesis interesa, pueden servir de fundamento a conclusiones de *lege ferenda*. Retendremos como de especial importancia para la libertad de programación los valores del pluralismo político y la igualdad, éste elevado ya al grado de derecho en el art. 14 y concretado como no discriminación[77].

Los derechos, caracterizados como inviolables y vinculados a la dignidad humana son fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1). En su reconocimiento se privilegian los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo 11, verdadero núcleo duro de la declaración. Las formulaciones de cada artículo de esta sección, suponen el reconocimiento de haces de libertades integradas en verdaderos derechos. En cada artículo se trasluce la intención del constituyente de relacionar libertades afines -sean libertades-autonomía, participación o capacidad- que se desenvuelven en una misma relación social. Poco importa que unas veces se hable de derechos y otras de libertades,

---

[75] Manifestación de un iusnaturalismo renovado (parejo al de la Ley Fundamental de Bonn) para **Varela, Santiago**, *"La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional Comparado" en Lecturas sobre la Constitución*, UNED, 2ª edición, Madrid, 1979: carente de eficacia jurídica real para **Rubio Llorente, F.**, op cit. p. IX, para quien los valores son los fines del Estado que el constituyente impone a los poderes del Estado; con valor normativo para **Martín Cubas, J.**, op. cit. p. 134, que sigue a **Peces-Barba, G.**, *"Los valores superiores"*, Tecnos, Madrid, 1966.

[76] **Rubio Llorente, F.**, op. cit., p. X y XI, cree que del precepto se derivan dos deberes para el legislador. Uno, positivo, dictar las normas necesarias e imprescindibles para propugnar esos valores. Otro, negativo, no dictar normas que los limiten. Pro no le parece factible aplicar el control constitucional a tales deberes. *"Como deber positivo, el de asegurar la libertad. La igualdad, la justicia y el pluralismo, no significa (ni en una sociedad libre puede significar) otra cosa que una obligación de acomodar las leyes a la visión que el legislador tiene del óptimo posible de esos valores en cada momento, dejándolas como están o sustituyéndolas por otras. Pero como la Constitución no define, ni podría definir, ese óptimo, lo que cada legislador haga o deje de hacer es un motivo legítimo de polémica política, pero en modo alguno podrá ser tachado de inconstitucional..."* Tampoco ve fácil el control de ese deber negativo, salvo que los valores se encuentren incorporados en alguno de los derechos fundamentales.

[77] La **STC 81/1986** lo configura como el derecho a no ser tratado jurídicamente de modo diferente, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esta desigualdad de trato.

pues cada artículo viene a ser recipiente cristalizador para un derecho, en el que precipitan libertades, garantías institucionales, ordenación de los medios de ejercicio.

Y es que su reconocimiento supone su positivación al máximo rango:

> *"La constitucionalización no es simplemente ... la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2 CE) y su elevación de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento"*[78]

Esta positivización se completa con la remisión que el art. 10.2 hace a la Declaración Universal y a los demás tratados y acuerdos en esta materia suscritos por España, que servirán de criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades. Aunque estos instrumentos internacionales no pueden añadir nuevos derechos al elenco constitucional[79], delimitan el sentido y alcance de los derechos de nuestra norma fundamental[80]. Y esta interpretación *"se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución..."* [81].

El doble aspecto subjetivo-objetivo ha sido expresado en los siguientes términos por el Tribunal Constitucional[82]:

> *"En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como un marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho según la fórmula de nuestra Constitución."*

Elemento esencial de nuestro sistema de derechos fundamentales es la cláusula del Estado social y democrático del art. 9.2, que ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos para una plena participación política, económica, cultural y social. El Estado ya no es un potencial enemigo que haya que tener a raya, sino un promotor y protector que, no obstante, debe de abstenerse de irrumpir en esferas de autonomía[83]. Esta tensión estará siempre presente,

---

[78] **STC 56/1982** (FJ. 2º).

[79] **STC 84/1989** (FJ. 5º)

[80] Así se declara reiteradamente desde la **STC 38/1981**

[81] **STC 36/1991** (FJ. 5º).

[82] **STC 24/1981** (FJ.5º). En parecido sentido **STC 53/1985** (fj. 4º).

[83] Para Martin-Retortillo esta preocupación late en toda la ordenación de la Administración (**Martin-Retortillo Baquer, Lorenzo**, *"El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales"* , op. cit. p. 16

pero como afirma Rodríguez Bereijo [84], *"...el que esa libertad sea real presupone la puesta en práctica del derecho fundamental mediante el Estado"*. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional: *"la cláusula del Estado social (art.1.1) y en conexión con ella el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen sin duda actuaciones positiva.."* [85]. Y entre estas actuaciones puede estar la prestación de servicios esenciales que posibiliten a todos el ejercicio del derecho y hagan real la igualdad[86]. Asunto éste sobre el que volveremos al tratar de los medios de ejercicio del derecho fundamental a la información.

La tutela judicial ordinaria y el amparo constitucional (art. 53.2) dotan de privilegiada protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. Esta garantía jurisdiccional se muestra especialmente eficaz cuando se trata de proteger las libertades-autonomía de la injerencia del Estado, pero presenta problemas cuando se trata de exigir del Estado acciones positivas. En este supuesto, el Tribunal Constitucional se muestra especialmente cauto, celoso de respetar la autonomía del legislador ordinario para implantar sus legítimas opciones políticas en el plural marco constitucional[87].

Cuestión básica es la de eficacia de los derechos fundamentales. Los derechos y libertades del Capítulo II (y no sólo los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª) vinculan a todos los poderes públicos y *"...son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos"* [88]. Pero pese al alto grado de especificidad de muchas de las declaraciones[89], el desarrollo legislativo debe actualizar el contenido de los derechos[90], sin perjuicio de la eficacia inmediata de aquellas libertades que puedan ser ejercidas directamente por su titular, sin más requisitos que la inhibición de los poderes públicos.

Sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, regulación que deberá respetar su contenido esencial (art. 53.1), Además, el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas está sujeto a ley orgánica. Qué debe entenderse por regulación, por desarrollo y hasta qué punto puede verse afectado el contenido esencial por los límites establecidos en esas regulaciones son cuestiones ampliamente debatidas por la doctrina[91]. Los límites se tratarán en extenso al estudiar el derecho a la información. En cuanto a las demás cuestiones, diremos que la jurisprudencia

---

[84] **Rodríguez Bereijo, A.**, op. cit. p. 141 1

[85] **STC 6/1981** (FJ. 5º), aunque de esta obligación positiva *"... No cabe derivar.... el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público."*

[86] **Chinchilla Marín, Carmen**, *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 76.

[87] La sentencia más representativa en este sentido puede ser la **STC 12/1982.**

[88] **STC 254/1993** (FJ 6º)

[89] Fruto en muchos casos (por ejemplo, el art. 27) de la búsqueda del consenso entre posiciones ideológicas diversas. Tal especificidad ha tenido la virtud de delimitar con mayor precisión el contenido de los derechos, aun a riesgo de envejecimiento.

[90] Para **Bastida Freijedo, Franciso J.**, *La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión*. Ariel. Barcelona, 1990, p. 32, las leyes de desarrollo delimitan o limitan o eligen entre las varias opciones que pudiera albergar el carácter abstracto de los preceptos.

[91] **Aguiar de Luque, Luis**, *"Los límites de los derechos fundamentales"*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, pp. 9-34, 1993 y bibliografía citada

constitucional se decanta por circunscribir la reserva de ley orgánica a aquellos casos en que directamente se desarrolle el contenido esencial del derecho[92], pudiendo quedar a la ley ordinaria las modalidades
de ejercicio o los presupuestos y condiciones para hacer efectiva la libertad. Y respecto al contenido esencial, la **STC 11/1981** establece dos vías de aproximación complementarias: analizando su naturaleza jurídica y atendiendo a los intereses jurídicamente protegidos. El contenido esencial comprende aquellas facultades sin las cuales el derecho no sería identificable con su naturaleza jurídica. Y, o, aquellas facultades imprescindibles para que los intereses legítimos resulten realmente protegidos. En fin, y para terminar, los derechos fundamentales vinculan también a los particulares, aunque en los casos de vulneración por parte de personas privadas sólo pueda accederse al recurso de amparo si los poderes públicos (normalmente los tribunales) no restablecen el disfrute del derecho[93]. Pero a los efectos de este trabajo resultan de mayor importancia las obligaciones que el legislador pueda imponer a los particulares para hacer efectivo un derecho, como ocurre, por ejemplo en la Ley Orgánica 5/92 respecto al tratamiento automatizado de datos, conforme con la limitación prevista en el art. 18.4 para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar.

[92] Por ejemplo en la **STC 127/1994** (recurso de inconstitucionalidad de la Ley de Televisión Privada). Véase **Carreras, L. de**, op cit. p. 261-262 .

[93] **SSTC 18/1984, 177/1988.**

2. El derecho fundamental a la información

Establecido el marco histórico, doctrinal y constitucional de los derechos fundamentales corresponde desarrollar el concepto y alcance del derecho fundamental a la información, del que se derivaría la libertad de programación. Pero antes una precisión terminológica: ¿Derecho a la información o derecho a la comunicación?.

La primera proclamación de estas libertades, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, califica a la libre comunicación de pensamientos y opiniones como uno de los derechos más preciados del hombre. Sin embargo, el término libertad de expresión es el que hace fortuna en el Estado liberal. A partir de la Declaración Universal comienza a utilizarse el término derecho a la información, aunque a veces para designar el derecho pasivo a recibir información. Entre nosotros es el profesor Desantes el que ha acuñado el término derecho a la información para titular el complejo entramado de facultades que se producen en la relación comunicativa. No faltan autores que propongan recuperar el término libertad de comunicación[94] y ésta es incluso usado en alguna ocasión por la jurisprudencia[95].

Fuera del campo jurídico, tampoco los estudiosos de las distintas disciplinas de las Ciencias de la Información son unánimes en el uso de los términos comunicación e información[96]. Si comunicar -poner en común- remite al proceso natural, informar -poner en forma- lo hace ya a una ordenación de tal proceso[97]. Las teorías matemáticas de la comunicación utilizan el término información -cantidad de información- para designar el contenido de un mensaje -su indeterminación[98]. En el lenguaje común las expresiones medios de comunicación y medios de información son intercambiables.

Los términos derecho a la información y Derecho de la Información irrumpen con el estudio encargado por la UNESCO al francés Fernand Terrou y que dará lugar a un libro

---

[94] **Gómez-Reino, E.**, op. cit. p. 17

[95] Por ejemplo, la **STC 6/1981** declara que *"...la preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos..."*

[96] Así pudo constatarlo la comisión que elaboró el llamado informe MacBride (**Mac Bride, Sean, editor**¸ *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, Unesco, Fondo de Cultura Económica, México, 1980 p. 491), a la postre, y superada ya la polémica internacional que suscitó su publicación, uno de los esfuerzos más rigurosos de análisis del proceso de la comunicación humana. El estudio (p. 492) reserva para el proceso el término comunicación y usa el de información como producto de la comunicación. Por ejemplo, en el informe **Gabriel García Márquez** y **Juan Somovía** observan (p. 475) como *"... la comunicación no se reduce a la información. Es un factor determinante de todos los procesos sociales y un elemento fundamental del modo de organización de las sociedades."* La propia UNESCO, siguiendo una tendencia anglosajona, reserva el término *servicios de información* a los servicios documentales, bibliotecarios y de tratamiento automatizado de la información.

[97] Así para **González Casanova, J. A.**, op. cit. p. 45

[98] **López Aranguren, José Luis**, *La comunicación humana*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 50. El *bit* es la unidad mínima de información (indeterminación ½; corresponde a una jugada de cara o cruz: dos posibilidades con un 50% de probabilidades para cada una. El cerebro humano no puede percibir más que una cierta cantidad de información en un tiempo dado. Se estima que su límite está al rededor de 40 bits por segundo. **Escarpit, Roger**, *"Lo fijo y lo movedizo"* en Mensaje y Medios, nº 1, IORTV, 1978.

clásico[99], en el que por primera vez se denomina derecho a la información al conjunto de libertades proclamadas en el art. 19 de la Declaración Universal y Derecho de la Información a las legislaciones informativas, que se sistematizan en el estudio.

En España, José María Desantes ha construido un concepto comprensivo del derecho a la información, partiendo del citado art. 19. Por nuestra parte utilizaremos la denominación derecho a la información, puesto que tomaremos como base los logros de esa escuela iusinformativa. Ahora bien, como tendremos oportunidad de precisar, no circunscribiremos este derecho fundamental a las formas políticas o periodísticas de la información y, desde, luego, no le reduciremos a la facultad pasiva de recibir, como sigue siendo frecuente, pese al tenor de la Declaración Universal.

2.1. Comunicación, libertad de expresión, derecho a la información

El profesor González Casanova[100] definía la comunicación como *"la relación de la conciencia con el mundo, del hombre con las cosas y ... la acción conjunta -la co-acción- de los hombres sobre las cosas del mundo"*. El intercambio de experiencias vitales que supone la comunicación se halla en la base misma de la naturaleza humana; así, aquellas criaturas privadas desde su nacimiento de comunicación con otros semejantes -por ejemplo los niños gacelas encontrados en el Sahel- muestran un desarrollo difícilmente calificable de humano. En un segundo nivel, sólo existirá comunidad si existe comunicación[101]. Por tanto, la comunicación más que una relación propiamente dicha es una super-relación que empapa todas las acciones humanas.

Con estas palabras como prólogo sintetizaba el informe MacBride[102] la importancia de la comunicación para la humanidad. Vale la pena transcribir la cita en toda su extensión:

> *"La comunicación sostiene y anima la vida. Motor y expresión de la actividad social y de la civilización, ha llevado a los hombres y a los pueblos desde el instinto hasta la inspiración, a través de una serie de procesos y sistemas de información, de impulsos y de control. Fuente común de la cual se toman las idea, fortalece mediante el intercambio de mensajes el sentimiento de pertenecer a una misma comunidad. Traduce el pensamiento en acto y refleja todas las emociones y todas las necesidades, desde los gestos más simples que*

[99] **Terrou, Fernand; Solal, Lucien**, *El derecho de la información,* UNESCO, París, 1952.

[100] op. cit. p. 35. En esta breve obra -desde tantos puntos de vista innovadora en su momento- González Casanova basaba la idea de comunidad política en la comunicación. Del mismo modo, **Friedrich, C. J.**, (*El hombre y el gobierno*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 643) para el que los modelos de comunicación aportan una evidencian empírica de los procesos de integración política, notablemente en la formación de las naciones y en los procesos federalizadores.

[101] **J. M. Desantes**, Fundamentos..., op. cit. p. 197 ha recogido algunas de las afirmaciones clásicas al respecto: "Heráclito decía que el logos es el vínculo de la polis. Como, si el vínculo es indispensable, no se da la comunidad sin él. Vitoria decía que la sociedad es comunicación. Por otra parte la condición más radical de posibilidades de toda comunicación es la comunidad. La comunidad en sí misma es ya una relación que vincula a unos miembros con otros de forma más estrecha que la simple yuxtaposición, que la simple conllevancia ortegiana y que la simple convivencia. Toennies, desde un punto de vista sociológico, ha encontrado grados distintos de vinculación -comunidad y sociedad- que pierden importancia cuando se advierte que pueden transformarse de uno en otro y viceversa por influjo de la comunicación. Por eso ha podido decir Olarreaga que vivir en sociedad es comunicarse".

[102] Op. cit. p. 19

permiten la continuidad de la vida hasta las manifestaciones supremas de la creación... o de la destrucción. La comunicación, que ensambla el saber, la organización y el poder, vincula en el hombre la memoria de sus orígenes a sus aspiraciones más nobles a una vida mejor. Al compás de la evolución, la tarea de la comunicación ha resultado cada vez más compleja y más sutil. Apunta a liberar a la humanidad de la necesidad y del miedo, aunándola en un sentimiento de común pertencia y en un mismo impulso de solidaridad y comprensión. Pero, sin unos cambios estructurales fundamentales la mayoría de la humanidad no podrá aprovechar los progresos de la tecnología y de la comunicación."

No obstante cabe delimitar aquellas acciones cuyo fin primario es el intercambio de significados, fundamentalmente a través del lenguaje verbal u otro código semántico reducible o no al lenguaje verbal. Esta comunicación propiamente dicha puede ser interindividual[103] -emisor y receptor se hallan en una relación previa y están perfectamente definidos- o social -el receptor está constituido por una pluralidad de individuos, indeterminados en mayor o menor grado. Los significados comunicables, esto es, los mensajes[104], pueden reducirse a ideas -convicciones, creencias y en general todo lo que forma parte del sistema vital de referencia de cada hombre- , hechos y opiniones -juicios resultantes de aplicar ese sistema vital de referencia a los hechos conocidos- y sentimientos, emociones y expresiones artísticas. En el caso de este mundo sensible, significado y significante tenderán a ser una misma cosa, que a menudo adoptará el carácter de símbolo.

Podría hablarse, de este modo, en razón de su objeto, de una comunicación ideológica, de una comunicación de juicios, de una comunicación de hechos, de una comunicación de sensaciones. Esta clasificación, sin ánimo de exhaustividad, pone de manifiesto la riqueza de modalidades de la comunicación, según sea su objeto.

Es conveniente describir el proceso de comunicación[105], a fin de determinar el contenido de tal relación social. La realidad, la realidad interna o externa, actúa como estímulo que desencadena, en el sujeto que lo percibe, un ansia de comunicar. Este estímulo puede operar de un modo espontáneo o ser buscado de propósito cuando el comunicador se profesionaliza. El comunicador codifica en un mensaje la percepción de la realidad que le ha desvelado el estímulo; el mensaje se trasmite a través de un medio, se

---

[103] El informe **MacBride**, op. cit. p. 93, subraya la importancia de la comunicación interpersonal: *"... las formas tradicionales de comunicación, y en particular la interpersonal, tienen todavía hoy una implantación vital en todas las partes del mundo, tanto desarrollado como en desarrollo y están incluso en expansión. ... la mayoría de la humanidad, en particular la población rural de los países en desarrollo, que supone un 60% a un 70% de la población mundial, transmite, recibe y sobre todo acepta los mensajes por ese conducto. ... es imposible comprender plenamente las ventajas y las limitaciones de los medios modernos de comunicación social independientemente de su relación con los interpersonales; en efecto, es evidente que hay un crecimiento acumulado de las redes de comunicación y que cada nueva forma se suma a las redes anteriores sin abolirlas. La comunicación interpersonal, que sigue siendo un instrumento fundamental del funcionamiento democrático de las sociedades, reviste por el contrario un nuevo significado frente a la tecnología moderna y a los efectos de alienación que trae consigo." Ciertamente, casi 20 años después habría que revisar el grado de penetración de los medios de comunicación en las sociedades rurales (por ejemplo, todo un país Guinea Ecuatorial vive pendiente de las emisiones de ondas cortas de Radio Nacional de España), pero lo dicho sobre la función de la comunicación interpersonal mantiene plena validez.*

[104] *"La actuación informativa convierte la realidad en mensaje"* , **Desantes Guanter, José María**, *"Teoría jurídica de los mensajes: el principio de generalidad" en Derecho de la Informción. II Los mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994.

[105] Puede verse una síntesis de los distintos esquemas de los modelos conceptuales para el estudio de la comunicación en el **Informe MacBride**, op. cit. pp. 484-489

percibe por otro sujeto destinatario, quién lo descodifica y a quién se manifiesta -si el proceso se ha desarrollado correctamente- la percepción del comunicador. Pero la comunicación no se agota en el momento de la recepción; la comunicación engendra comunicación y a todo mensaje corresponderá una respuesta. A menudo esta respuesta será la falta de respuesta, la pasividad. Otras veces el destinatario responderá a la solicitud que el comunicador incorporó a su mensaje -comunicación persuasiva (propagandística o publicitaria)- y actuará sobre aquella realidad social estímulo primero del proceso. Puede ocurrir, en fin, que la respuesta consista en que el destinatario se convierta a su vez en comunicador, que inicie un nuevo proceso de comunicación dirigido bien a terceros, bien al que inició el intercambio, produciéndose un nuevo diálogo y realimentándose -*feed back*-- el circuito. En definitiva, en el contenido de la comunicación pueden distinguirse fases de búsqueda, difusión y recepción.

Realizaremos, ahora, una breve revisión histórica[106] del proceso que culminó en la Declaración Universal de 1948 a través de las declaraciones que la precedieron, advirtiéndose que la exposición de la concepción liberal se deja para el siguiente apartado.

El artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) es, si no la primera[107], si la más influyente entre las primeras formulaciones jurídicas en las que ha cristalizado la libertad de comunicarse:

> *"La libre comunicación de los pensamientos y de los opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; toda ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley."*

Se proclama solemnemente lo que el Antiguo Régimen negaba: un derecho innato, un derecho natural del hombre. Pero su contenido no puede ser calificado de verdadero derecho, sino de una libertad-autonomía, que comprende tres facultades: hablar, escribir, imprimir libremente. El objeto de esta libertades son los pensamientos y opiniones. Se trata, por tanto, de una libertad ideológica que desconoce la comunicación de hechos. Ello es lógico si tenemos en cuenta que, en gran medida, la información -en el sentido que hoy la entendemos como comunicación de hechos relevantes y/o interesantes- se reducía, en las postrimerías del siglo XVIII, a comunicaciones y avisos de utilidad, pero carentes de un

---

[106] Sobre la evolución histórica pueden consultarse **Desantes, J. M.**, *Fundamentos...* op. cit. pp. 45-46; del mismo autor *"De la libertad de expresión al derecho a la información" en Escritos en memoria de Michel Villey I*; **Informe MacBride**, op. cit. pp. 25-31; **Vázquez Montalbán, Manuel**, *Historia y Comunicación Social***,** Bruguera, Barcelona, 1980

[107] Anteceden a la Declaración francesa las declaraciones de las colonias americanas y, especialmente la de Virginia, que influirán en ella, pero no se proyectaran más allá de su ámbito nacional, como lo hizo la declaración francesa. El *Bill of Rights* de Virginia (1776) establecía una primera fórmula general: *"La libertad de prensa es uno de los grandes fundamentos de la libertad y no puede ser limitado sino por gobiernos despóticos".* En el mismo año Pennsilvania añadía contenido a la proclamación: *"El pueblo tiene derecho a la libertad de palabra, de escribir y de hacer públicos sus sentimientos: por ello no puede limitarse la libertad de prensa."* Maryland acentuaba el carácter de inmunidad: *"La libertad de palabra y de discusión o los actos de la Legislatura no pueden ser objeto de proceso..."* para terminar concluyendo que la libertad de prensa es uno de los mayores fundamentos de la libertad y por ello no debe ser nunca limitada. Un año después Vermont reproduce casi literalmente la declaración de Pennsilvania. Massacchussets, tres años después, subraya la función institucional: la libertad de prensa no puede ser limitada porque es esencial para la seguridad de la libertad del Estado. Sobre la génesis de estas declaraciones puede verse **Beneyto, Juan**, *"El derecho a ser informado"* , *Persona y Derecho*, vol. V, 1978, p. 15. Sin duda, los hombres de la Asamblea Constituyente tuvieron en cuenta estos textos a la hora de redactar el artículo 11.

interés político, al menos evidente. Claro que la prensa es un verdadero fermento revolucionario[108] -y así entre las facultades proclamadas está la de imprimir- pero es una prensa ideológica, de combate político, a veces con la muy acerada arma de la sátira. Lo que verdaderamente interesa al constituyente de 1789 es la comunicación ideológica, la propaganda, en el contexto de la instauración del nuevo régimen.

El ejercicio de estas libertades -que ya podemos rotular como libertad de expresión y de prensa- queda a reserva de la responsabilidad en que por su abuso se pueda incurrir *en los casos determinados por la ley.* Esta remisión a la ley se convertirá en verdadera cláusula de estilo de las Constituciones liberales y se encuadra en el sistema mixto (constitucional y legal) de reconocimiento de los derechos humanos. El abuso de la libertad, que el ilustrado no deja de temer, sólo puede ser reprimido en aquellos supuestos que la ley determine. Serán estas leyes, de ordinario denominadas leyes de prensa, grandes textos legales promulgados en los países europeo a la hora de las revoluciones liberales, las que fijen el verdadero alcance de la libertad. Del rosario de declaraciones revolucionarias que siguen a la de 1989, la de 1791 añade como garantía esencial la prohibición de la censura[109].

El otro gran texto del constitucionalismo liberal lo aporta la Primera Enmienda (15 de diciembre de 1791) a la Constitución norteamericana:

> *"El Congreso no hará ley alguna respecto al establecimiento de una religión, o prohibiendo su libre ejercicio; o limitando la libertad de expresión, o la de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente o la petición al Gobierno la reparación de sus agravios."*

Si la proclamación de las libertades se había ya realizado en las cartas y constituciones de los Estados, ahora se viene añadir una garantía básica: la limitación del poder legislativo ante este ámbito de autonomía. Una esfera inmune que comprende la libertades de religión, expresión, asociación y petición. Se sitúan estas libertades en el contexto de la división de poderes federación-estados[110] y su reconocimiento supone una limitación para el legislador federal. Quedará para la legislación de los Estados delimitar el alcance real de las libertades de expresión y prensa.

Así pues, la libertades de expresión y prensa, con toda su carga ideológica y su función de limitación del poder, dominarán el panorama del siglo XIX. En el terreno de las ideas y de los sistemas políticos se verán confrontadas con el marxismo, primero y luego, ya en este siglo, con su concreción en el sistema soviético, por un lado, y por los sistemas

---

[108] **Vázquez Montalbán, M.**, op. cit. p. 142 y ss.

[109] Y también otras aportaciones, que configurarán el acervo liberal de la libertad de prensa. Así, la mención expresa de que nadie será molestado ni perseguido por el ejercicio de esta libertad (art. 17 Constitución 1791); la precisión de algunos supuestos de responsabilidad, justamente los de mayor potencial subversivo (art. 17 Constitución 1791); la inclusión de la libertad de expresión entre las libertades susceptibles de suspensión en circunstancias excepcionales (art. 335 Constitución de 1795); proclamación de la libertad de expresión por cualquier medio (Declaración de Derechos de 29 de mayo de 1973).

[110] Las primeras enmiendas, aproximadamente hasta la Guerra de Secesión, se articulan como limitaciones al poder político de la Federación y más modernamente como restricciones a las competencias de los estados, en un claro intento unificador. En cuanto que cada estado tiene su propia tabla de derechos la esfera jurídico-política no es uniforme para los ciudadanos de los Estados Unidos.

totalitarios y autoritarios, por otro. Y en cuanto al desafío de los modos de comunicación, la aparición de los nuevos medios (el cine y la radio) y la explosión de la información, de la comunicación de hechos transmitidos por medios que son cada vez más empresas industriales, dejarán incompletas y obsoletas las libertades de expresión e información. El art. 19 de la Declaración Universal nace con vocación de síntesis ideológica y complitud de mensajes y medios:

> *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."*

La Declaración conserva el venerable título de libertad de expresión, pero su contenido supera el de la libertad de 1789. Junto a la garantía básica de no ser molestado por las propias opiniones, el objeto de la comunicación son ya ideas, opiniones e informaciones sobre las que se proyectan las facultades de investigar, difundir y recibir. Toda una consideración global del proceso de comunicación, por cualquier medio y sin limitación de fronteras. La libertad de expresión ha quedado superada e integrada en el derecho a la comunicación, en el derecho a la información.

2.2. Distintas concepciones

El proceso descrito y los textos en los que se formula ha dado lugar a unas concepciones[111] sobre la naturaleza del derecho a comunicar. Dos siguen vigentes, las que denomino liberal-individualista y liberal-democrática o institucional. Otra, la autoritaria-totalitaria ha sido superada por la historia. En cuanto a la marxista, su concreción práctica en los estados de tipo soviético ha fracasado estrepitosamente, sin perjuicio de que elementos de la crítica marxista puedan seguir teniendo validez. La concepción liberal-individualista pivota en torno a la Primera Enmienda y la Declaración de 1789; la democrático-institucional tiene su referencia en la Declaración de 1948. La liberal-individualista no es algo del pasado o propia sólo de los países anglosajones; el movimiento neoliberal la ha actualizado y hoy se confronta ideológicamente con la democrático-institucional. Ambas concepciones se influyen e interrelacionan y configuran, en mayor o menor grado según los países, las instituciones del Derecho de la Información. Obviamente un concepto como el que se propone de libertad de programación podrá o no tener acogida en función de la concepción dominante.

---

[111] Sobre las distintas concepciones puede consultarse **Barendt, Eric,** *Freedom of Speech,* Clarendon Pres, Oxford, 1987. **Derieux, E.**, op. cit. p. 31 desarrolla un concepto próximo, el de sistema institucional de comunicación, para designar *"un conjunto, más o menos coherente, de principios y reglas... que permiten determinar por oposición o conformidad la verdadera naturaleza del estatuto general del derecho de la comunicación en un país dado."* Distingue (pp. 32-33) entre sistemas autoritarios (totalitarios, comunistas, y países en desarrollo político) y pluralistas. Entre unos y otros se encontraría el estado intervencionista (según el modelo francés), que corrige los efectos del sistema liberal para una más efectiva realización del derecho a la información. **Siebert, F., Peterson, T. , Schramm, W.** , *Four theories of the press*, Urbana, 1956, en una obra clásica propone cuatro concepciones: autoritaria, totalitaria, liberal y de responsabilidad social. Parecida es la clasificación de los conceptos de responsabilidad de **Rivers, W**, **Schramm, W.**, *Responsability in Mass Communications,* 2ª edición, Nueva York, 1969: concepto autoritario, liberal y de responsabilidad social (pp. 30.50, cap. 2).

2.2.1. Liberal-individualista

Si el substrato filosófico de esta concepción está, originariamente en el individualismo abstracto[112] y el iusnaturalismo racionalista[113] es al inglés John Milton al que le cabe el honor de ser el primer defensor y teorizador de las libertades de expresión e impresión. Dudoso honor, pues el gran poeta fue víctima del sistema represor de Cronwell (del que había sido Secretario de Estado): alguno de sus libros fueron quemados en la hoguera y dos líneas fueron amputadas de su *Paraíso perdido*[114]. Su respuesta fue el opúsculo *Aeropagitica, a speech for the liberty of unlicensed printing* (1644). La censura impide el triunfo de la Verdad: la Verdad siempre prevalecerá sobre la Falsedad, pero para ello es necesario que todas las ideas puedan expresarse y que ninguna sea previamente reprimida[115]. En 1695 se dejó caducar la *Licensing Act* de 1662 y el Reino Unido puede invocar la gloria de ser el primer país en abolir la censura.

La raíz, por tanto de la libre expresión, está en el libre pensamiento, derecho natural de todo hombre para realizar su derecho a buscar la Verdad.

Dos siglos después, John Stuart Mill profundizará en la misma línea de Milton[116]; en esencia, el argumento viene a ser el mismo: es posible distinguir la Verdad de la Falsedad si todas las ideas pueden expresarse libremente. Avanza, sin embargo, el valor del libre pensamiento frente a la conformación social y la tiranía de la opinión mayoritaria[117] y su función educadora[118].

Es, pues, esta concepción en su origen profundamente optimista, expresión de la creencia -por decirlo desde la tradición francesa y continental- de la universalidad de las luces. Así lo expresa el Preámbulo de nuestra Constitución de Cádiz:

> *"Como nada contribuye más a la ilustración y adelantamiento general de las naciones y a la conservación de su independencia que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosas a los súbditos de un estado, la libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces, debe formar parte de la ley fundamental de la Monarquía, si los españoles desean sinceramente ser libres y dichosos."*

---

[112] **García Pelayo, M.**, op. cit. pp. 143-144

[113] Ibídem pp. 149-150

[114] **Robertson, Geoffrey, Nicol, Andrew G.L**, *Media Law: the rights of Journalists, Broadcasters and Publishers*, SAGE, Londres, 1985 p. 12.

[115] *"And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strenght. Let her and Falsehood grappe; who ever knew Truth put to the wore, in a free and open encounter"*, citado por **Gillmor, D., Barron, J.**, *Mass communication law: cases and comment*, Next Publishing Co., St. Paul Minn., 1974, p. 3.

[116] Ver **Barendt, E.,** op. cit. p. 9

[117] *"... no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión..."* ***Stuart Mill, John****, Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, p. 59

[118] *"No es que la libertad de pensar sólo sea necesaria para la formación de grandes pensadores. Al contrario, es tanto o más indispensable para que el promedio de los hombres pueda alcanzar el nivel intelectual de que sea capaz. Puede haber existido y pueden volver a existir grandes pensadores en una atmósfera de esclavitud mental. Pero nunca se ha dado, ni se dará en esta atmósfera un pueblo intelectualmente activo."* Ibídem p. 97

Desde un punto de vista jurídico se trata de levantar una prohibición, un control... la ominosa censura. *"Se trata* -dice Voyenne[119]- *de publicar sin sujeción ni riesgo, y nada más. Es la aplicación del laissez-faire a la república de las letras. ... Así concebida o quizás soñada* -concluye el autor francés- *no es sorprendente que la libertad de expresión haya adquirido un valor casi religioso".* Valga para avalar esta afirmación otra cita de nuestro liberalismo, la del Manifiesto de la Revolución de septiembre de 1968[120], en la que late, en medio de la retórica, la frustración de la libertad declarada constitucionalmente, pero negada por las leyes y los actos del poder:

> *"La imprenta es la voz de la inteligencia, voz que nunca se extingue y vibra siempre a través del tiempo y la distancia; intentar esclavizarla es querer la mutilación del pensamiento, es arrancar la lengua a la razón humana. Empequeñecido y encerrado en los mezquinos límites de una tolerancia menguada, prisión de un derecho escrito en nuestras constituciones y jamás ejercido sin trabas odiosas, el ingenio español había ido perdiendo lentamente y por grados, brío, originalidad y vida. Esperemos que rotas sus ligaduras, salga del seno de la Libertad, resucitado y radiante, como Lázaro del sepulcro."*

El optimismo se transmuta en escepticismo en la teoría del *libre mercado de las ideas,* uno de los paradigma de la concepción liberal. A diferencia de Milton y Mill, que creen en la posibilidad de alcanzar la verdad, el juez Holmes en su famosa sentencia en el caso Abrams v. US[121], sostiene que todas las verdades son relativas y que sólo pueden ser juzgadas en la competición del mercado. Por eso, el gobierno no puede promulgar leyes que limite la libertad de palabra, de discurso o de prensa. Si Milton quiere que la Verdad se imponga a la Falsedad en el espacio público, en el *aeropagos* (*Aeropagitica)*, en el ágora... el juez Holmes se contenta con que cada cual compre su verdad en el mercado de las ideas. Será el propio juez Holmes, en otra decisión histórica[122], quien justifique la intervención estatal en caso de daño inminente (doctrina del *clear and present danger*)[123]. Y a partir de ahí, toda una interpretación de qué se puede entender por *free speech...* Pero lo importante es que ideas y opiniones circulen libremente en este mercado de la comunicación.

Los revolucionarios franceses resaltan el carácter natural de los derechos del hombre. En la expresión lapidaria que cierra el art. 7 de la Constitución de 24 de junio de 1793:

> *"... La necesidad de enunciar estos derechos supone la presencia o el recuerdo reciente del despotismo."*

---

[119] **Voyenne, Bernard**, *Le droit àl'information*, Aubier-Montagne, París, 1970 p. 48-50

[120] Citado por **Cendán Pazos, Fernando**, *Historia del derecho español de prensa e imprenta*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 173.

[121] **Barendt, E.** , op. cit. pp.- 8-9

[122] **Schenck versus US** (1919). Tomamos las citas de la jurisprudencia norteamericana más antigua de la obra de Gillmor y Barron citada.

[123] Puede verse un resumen de las raíces doctrinales de esta doctrina en **Salvador Coderch, Pablo**, *El mercado de las ideas*, p. 30 y ss.

La libertad de expresión es, por tanto, un instrumento para luchar contra el despotismo y -en palabras de Mirabeau[124]- condición *"sin la cual las otras no pueden ser conquistadas."*

Otro paradigma del sistema liberal es el de la exigencia de la responsabilidad a posteriori. Si en el sistema de *common law* serán los tribunales los que vayan decantando los supuestos de responsabilidad, en el sistema de *civil law* será la ley la que establezca las limitaciones a la palabra o la prensa.

Si en su origen ésta es una concepción libertaria, inspirada en el predicador, en el agitador político, muy pronto el protagonismo pasa a la prensa y la libertad se convierte en libertad económica. Y ello por dos vías: reduciendo la libertad de prensa a la libertad de los propietarios de los periódicos y mediante la apropiación de los frutos del pensamiento, convertidos en objeto del tráfico mercantil.

La libertad de prensa es un derecho de propiedad[125]. En las incipientes sociedades de masas el panfleto cede su lugar al periódico, todavía más ideológico que informativo, pero con unos costes de producción crecientes, que deben de financiarse por la venta y suscripción, y cada vez más por la publicidad, que independiza a la prensa de los jefes de las facciones políticas. El proceso culmina con la prensa de masas, que elimina o margina a la prensa ideológica[126]. Los propietarios de los periódicos o sus empleados tienen el derecho de dirigir sus publicaciones como les plazca, siempre que respeten la ley. La mano oculta del mercado asegura que la conjunción de los intereses privados redundará en el bien común. Y como no existe censura y a nadie se le prohibe publicar todas las voces estarán representadas. Y si no lo están es porque son tan irrelevantes o tan absurdas que el público se niega a pagar por ellas. La neutralidad de este libre mercado asegura que la prensa refleja las demandas del público. Los editores son, en último término, responsables ante los lectores y estos son los que determinan los contenidos y la personalidad de las publicaciones y los periodistas actúan y escriben en el nombre del público[127]. Por lo tanto, cuando ejercen la crítica sobre el poder y cuando critican sus

---

[124] Citado por **Colliard, A.**, op. cit. p. 419.

[125] Una buena síntesis de esta concepción es la que da una de las comisiones británicas para el estudio de la prensa: *"We define freedom of the press as that degree of freedom from restraint which is essential to enable proprietors, editors and journalists to advance the public interest by publishing the facts and opinions without which a democratic electorate cannot make responsible judgements"* Third Royal Commission on the Press. (London HMSO 1977, Cmnd 6810, p.2 Citado por Robertson y Andrew, op. cit. p. 1).

[126] **Curran, James, Seaton Jane**, *Power without responsability: the Press an Broadcasting in Britain*, University Paperbacks, Londres, 1985, pp. 284-285. Los autores explican el proceso de consolidación durante el siglo pasado de la prensa de masas a costa de la prensa radical de los trabajadores. La abolición del llamado impuesto sobre el conocimiento, que gravaba la venta de ejemplares, supone un florecimiento de la prensa industrial. Desaparecidos estos impuestos, aparecen en las dos últimas décadas del pasado siglo los periódicos populares baratos, que roban su público a los periódicos radicales en un proceso de industrialización, con alza de costes y enormes inversiones iniciales, que no pueden seguir las publicaciones ideológicas. (pp. 34-51) En el caso de los periódicos radicales, con un público de clase obrera y escasa capacidad adquisitiva y, por tanto, nulo atractivo para los anunciantes, el aumento de circulación no significaba más que mayores pérdidas (p. 45). Los periódicos populares favorecen un sentido de pertenencia de todos las clases a una unidad superior, el imperio (p.50).

[127] Las modalidades más ultraliberales niegan esta teoría de la delegación implícita. Así, según William Peter Hamilton, uno de los propietarios del Wall Street Journal, *"un diario es una empresa privada que no debe absolutamente nada al público. Pertenece enfáticamente al propietario, que vende un producto manufacturado por su cuneta y riesgo."* (citado por Siebert et alt, op. cit. p. 107, nota 198)

acciones es el público quien ejerce por delegación su libertad de controlar a los gobernantes. Estamos ante la teoría del *Perro Guardián* y el surgimiento del *Cuarto poder*[128].

En cuanto a la propiedad intelectual viene a resolver lo que Chamoux[129] ha llamado el dilema liberal. Para que los capitales inviertan en la prensa, deben tener asegurada la explotación económica de su producto. Si se reconoce un derecho de propiedad pleno sobre ese bien incorporal que es la información, eso supone un monopolio informativo, que contradice el fundamento mismo del sistema: la libre circulación de ideas y opiniones. O, por contra, se niega cualquier derecho privativo y entonces se priva a las empresas de una parte sustancial de su patrimonio. El dilema se resuelve con la propiedad intelectual: lo que es objeto de propiedad no es el bien inmaterial, producto de la creatividad humana, sino la obra material en que se concreta. Las ideas puede circular libremente, pero sobre sus soportes, o, para ser más exactos, sobre la potestad de incorporar la obra a soportes materiales de los que se tiene un derecho privativo de explotación temporal. El *copyright* tiene un puro contenido económico; en la concepción de los *derechos de autor* el creador ve reconocido su derecho moral sobre ese bien inmaterial, un verdadero derecho subjetivo, emanación de la personalidad e imprescriptible, a diferencia de los de explotación económica.

Si la libertad de prensa es la libertad de empresa periodística, la aparición de la radio y la televisión suponen una intervención de los poderes públicos, bien en forma de regulación estricta de este mercado, bien incluso reservándose el Estado la actividad, que ejercerá bajo la forma de servicio público[130]. La propia prensa es objeto de regulación por la vía de la legislación *antitrust*. Desde el propio liberalismo se justifican estas intervenciones bien en la peculiar naturaleza del medio radiodifusión, bien en los fallos del mercado. Pero la contrarrevolución conservadora hace saltar todas las cautelas: para que el mercado funciones se requiere libertad, no regulación. El proceso con respecto a los medios audiovisuales se estudiará más adelante[131]. Interesa, ahora, resaltar algunos de sus componentes ideológicos en relación con la comunicación.

Central en el movimiento neoliberal es la teoría de la libre elección (*public choice*). La elección del consumidor en un mercado libre es el mejor método de asignar los recursos públicos. En cuanto al mercado de la comunicación, debe desrregularse para que el consumidor tenga el mayor número posible de opciones. Un mercado publicitario libre es condición de la opción del consumidor, favorece la competencia económica y garantiza una variedad de mensajes -los programas que realmente desea el consumidor- sin costes para el contribuyente[132].

---

[128] Una expresión que parece acuñada por Macaulay y puesta en circulación por Burke. **Conesa Sánchez, Fernando**, *La libertad de empresa periodística*, EUNSA, Pamplona, 1978, en su extensa nota 316 de la p. 116 recoge una abundante bibliografía sobre la historia e interpretación de la expresión.

[129] **Chamoux, Jean-Pierre**, *Droit de la Communication*, PUF, París, 1994, pp. 12 y ss.

[130] Ver más adelante Capítulo 2, 2.2.3

[131] Capítulo 2, 2.2.3

[132] Puede verse un resumen y la crítica de estas ideas en **Keane, John**, *"La democracia y los medios de comunicación"*, Revista Internacional de Ciencias Sociales, nº 129, 1991.

Estas ideas tuvieron especial influencia en Gran Bretaña[133] y se plasman en la redacción del libro blanco (1989) de la comisión Peacock[134] de título bien expresivo: *"Radiodifusión en los 90: Competición, Elección y Calidad"*. Un régimen liberalizado como el de la prensa garantizaría las mayor gama de posibilidades para que sean los consumidores los que elijan y ello redundaría en una televisión de más calidad. El propio magnate de los medios globales, Rupert Murdoch[135], expone las excelencias del nuevo sistema: estamos en el amanecer de una nueva era, caracterizada por la libertad de elección, y no por la reglamentación y escasez.

En este contexto, la libertad de expresión se reinterpreta como libertad de expresión comercial[136]. En palabras de Ignacio Ramonet[137] *"se asiste a una tensión constante entre la 'soberanía absoluta del consumidor' y la voluntad de los ciudadanos garantizada por la democracia".*

El libre mercado de las ideas es el mercado publicitario.

2.2.2. Autoritaria-totalitaria

Para exponer esta concepción analizaremos las ideas del fascismo italiano y nacionalsocialismo alemán. Son estos regímenes en los que la subordinación del individuo al Estado se llevó a su mayor grado: el hombre sólo es libre en cuanto que participa de la grandeza y libertad del Estado, de la comunidad nacional. La instrumentalizacion totalitaria del hombre no tiene hoy parangón. Los regímenes represivos de la *"seguridad nacional"* tuvieron consecuencias tan sangrientas como la del nazismo, pero carecieron de una concepción tan coherente y cerrada, de una tal exaltación del Estado. Mas sería un error pensar que este bloque es una pieza de museo. Todavía tenemos próximos los autoritarismos franquista y salazarista, inspirados por el conservadurismo nacionalista e influidos más por el fascismo que por nazismo. Quizá la concepción totalitaria de la comunicación no se manifieste hoy abiertamente más que en algunos estados teocráticos musulmanes -aquí, la entidad que da sentido y suplanta al individuo es la *umma*, la comunidad de los creyentes- pero la manipulación propagandística -a veces muy burda- es práctica común en muchos países en desarrollo y en los nuevos estados nacionalistas de la órbita de la antigua Unión Soviética.

Fascismo y nacionalsocialismo -al igual que en su doctrina general- no conciben de modo idéntico la comunicación, sino más bien mantienen líneas paralelas con frecuentes puntos de contacto. Ambos coinciden en la idea-fuerza central de ambas doctrinas: si el Estado, la Patria, o la comunidad nacional lo es todo, la comunicación no es algo propio del hombre, no es uno de sus derechos fundamentales; la comunicación no es sino una

---

[133] **Kuhn, Raymond**, *"Television regulatinon in Britain"* en *Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 106. Las fundaciones conservadores suministran al gobierno Thatcher los argumentos ideológicos; los periódico serios del grupo Murdoch divulgan estos argumentos; los *tabloides* hacen el trabajo sucio de desacreditar el servicio público de la BBC.

[134] **Barendt, E.** , op. cit. p.325-326. **Kuhn, R.**, op. cit. pp. 107-110

[135] Citado por **Keane**, **J.**, op. cit. p. 24

[136] Los mensajes publicitarios, como objeto del derecho a la información se estudiará en el apartado 5.5 de este capítulo, al tratar de la protección del derecho a la información.

[137] **Ramonet, Ignacio**, *La tiranía de la comunicación*, Temas de Debate, Madrid, 1998, p. 160

actividad -trascendente, fundamental- que debe estar al servicio de esos entes totales. El corolario jurídico es evidente: el hombre sólo es libre en cuanto que partícipe de la libertad del Estado, de la nación, de modo que la libertad de expresión estaría restringida en tanto ese Estado estuviera amenazado, amenaza real o ficticia que siempre justificaba la anulación de la libertad[138].

Una tal concepción instrumental reduce toda forma de comunicación a propaganda[139] , degradada en manipulación al servicio de esos altos fines. Tanto el fascismo como el nacionalsocialismo llegan al poder en gran medida mediante la propaganda. La marcha sobre Roma, una operación sobre todo de propaganda, es el principio de la abolición del Estado parlamentario. Hitler, en cambio, que no es publicista ni periodista, a diferencia de Lenin o Mussolini, llegará a la Cancillería merced a una hábil combinación de violencia -dominio de la calle- y agitación -dominio de las conciencias- cuyo mejor exponente fue la llamada *batalla de Berlín*, en la que lo largo de varios años Goebbels fue arrebatando a los organizaciones obreras la clientela de los parados y los castigados por la crisis. Dice Bracher[140] que *"... no es simple casualidad que el 'Mein Kampf' sea sólo original en aquellos pasajes (sobre todo del segundo tomo) en los que Hitler, con un cinismo nada disimulado, habla de su técnica, tan simple como eficaz, de la organización, la propaganda y la psicología de masas. Entre los recursos más importantes figuran la reducción del nivel a los instintos más bajos, la continua repetición de fórmulas maniqueas basadas en la dicotomía amigo-enemigo y la 'violación' del pueblo -'la hembra-masa'- con brutales arengas oratorias.... ".*

Si fascismo y nazismo comparten antes de su toma del poder una misma concepción militante del periodismo[141], una vez que se apropian de sus respectivos Estados, sus ideas sobre la función de la comunicación difieren en matices significativos. Para el fascismo la comunicación se convierte en función estatal: es un instrumento de gobierno, factor de educación popular, medio de integración nacional[142]. El nacional socialismo no pone tanto la propaganda al servicio del Estado, como el Estado al servicio de la propaganda: toda acción estatal es propaganda con unos únicos objetivos: alcanzar

---

[138] **Zeman, Z. A. B.**, *Nazi propaganda*, Oxford University Press, Londres, 1973, p. 43. En 1942 Goebbels anunciaba que la libertad de expresión sólo podría ser establecida cuando la nación alemana alcanzase la madurez del pueblo inglés; un proceso que podría durar 100 años.

[139] Sobre la propaganda de *tipo hitleriano*, veáse **Domenach, Jean-Marie**, PUF, 8ª edición, París, 1989, pp. 33-43

[140] **Bracher, K. D.**, *La dictadura alemana: génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo*, Alianza Editorial Universidad, Madrid, 1973, p. 176

[141] En el nº 5 de la Gaceta de la Prensa Española (octubre de 1942, p. 309) el artículo *Un periodista: Duce*, firmado con las iniciales F.J., incluye afirmaciones de este tenor: *"Esta concepción y acción totalitaria de la Prensa fue factor en el triunfo de la Revolución fascista italiana. El ambiente y la ética del fascismo nacieron, en sus primeros tiempos heroicos, en el campo de batalla de las redacciones, donde junto a la máquina de escribir había una ametralladora y junto al teléfono una bomba... La Prensa de nuestras revoluciones fue violenta y apasionada en su vocación misionera".* La colección de Gaceta de la Prensa Española de los años 42 y 43, está llena de apologías sin desperdicio de la legislación italiana, que servía por entonces de modelo a la española; el tono se modera conforme la derrota del Eje se hace irreversible.

[142] *"La revolución periodística realizada por Mussolini al transformar el periodismo de instrumento disgregador al servicio de intereses particulares en factor de educación nacional e instrumento del gobierno, puede compararse en alcance con la revolución realizada por los primeros hombres que lograron domeñar al caballo, transformándolos de objeto de terror y devastación en dócil instrumento que multiplica el poderío del hombre en las faenas pacíficas del trabajo y en las tareas de la guerra".* Transcripción de la conferencia del delegado de la Agencia Stefani, Cesare A. Giuliano, en la Escuela Oficial de Periodismo (Gaceta de la Prensa Española nº 5, octubre de 1942, p. 312).

el total engrandecimiento del Reich y la raza aria mediante el aplastamiento de los enemigos, de modo especial judíos y comunistas. La propaganda es un arma bélica. *"... El lugar de la preparación artillera* -declara enfáticamente Hitler[143]- *para el ataque frontal en la guerra de trincheras será ocupado en el futuro por la propaganda revolucionaria para destrozar psicológicamente al enemigo antes de que las armas comiencen a funcionar... Como lograr la ruptura de la moral del enemigo antes de que comience la guerra, ese es el problema que me interesa...".*

Este matiz diferenciador determina distinta altura intelectual en los respectivos mensajes. Mientras el fascismo concibe la comunicación en tono didáctico y paternalista, pero dentro de los moldes de la cultura tradicional, el mensaje hitleriano rebaja su nivel intelectual al mínimo correspondiente al potencial receptor de menor ilustración o inteligencia.[144].Ambos regímenes terminan con la prensa comercial (*prensa plutocrática)* o de los partidos: los únicos medios de comunicación libres son los pertenecientes al Estado o al partido único[145]. Característico del fascismo italiano es también la idea de que la prensa es el parlamento de los nuevos tiempos, el parlamento de papel donde se expresa la nación toda y que supera ventajosamente a los viejos parlamentos liberales[146].

Los fascistas italianos desarrollaron a partir de estas ideas una institucionalización jurídica original basada en los principios de responsabilidad, sometimiento y control estatal de las empresas informativas. El nacionalsocialismo llevó a cabo la estatalización absoluta de las empresas sus y su originalidad no fue tanto jurídica como de creación del aparato propagandístico estatal más poderoso hasta entonces conocido y una utilización del mismo sin limites ni escrúpulos.

Para terminar interesa resalta como el fascismo italiano pudo desarrollar su régimen a partir del Edicto Albertino de 1848, una norma de la primera generación de leyes liberales de prensa, que, por el juego de la exigencia de responsabilidad, pudo servir de base a un sistema totalitario. O lo que es lo mismo, como un sistema totalitario puede poner a su servicio las instituciones liberales. Y, en fin, retener como la crítica a una prensa sensacionalista sirvió para justificar el control absoluto de la comunicación.

---

[143] Citado por **Zeman**, op. cit. p. 87

[144] Para Hitler en el *Mein Kampf* (citado por **Bracher**, op. cit. p. 205) *"... toda propaganda debe ser popular. Debe adaptar su nivel intelectual a la capacidad del más ignorante entre las personas a las que va dirigida. Así, su altura puramente intelectual habrá de rebajarse tanto más cuanto mayor sea la masa de personas a las que va dirigida. En efecto, la capacidad receptora de las grandes masas es muy limitada, escaso el entendimiento y, por ello, grande el olvido... toda propaganda eficaz habrá de limitarse a muy pocos puntos, empleando éstos en forma de lemas hasta el momento en que indefectiblemente el último del grupo haya comprendido lo que quiere decirse con tales palabras..".*

[145] Mussolini (citado en la Gaceta de la Prensa Española nº 5, octubre de 1942, p. 313): *"... la Prensa más libre del mundo es la Prensa italiana. En otros países los periódicos están a las órdenes de grupos plutocráticos, de partidos, de individuos; en otras partes están reducidos a los bajos menesteres de la compra y venta de noticias excitantes, cuya lectura acaba por determinar en el público una especie de saturación estupefacta con síntomas de atonía y de imbecilidad; en otras partes los periídicos están reunidos en manos de poquísimos individuos que consideran los periódicos como una verdadera industria.... El periodismo italiano es libre porque sirve a una causaa y un régimen; es libre porque dentro de las leyes puede ejercer y ejercita funciones de control, de crítica, de propulsión...".*

[146] Ibídem p. 327

2.2.3. Soviética

En esta revisión de las distintas concepciones que informan la comunicación no analizamos las ideas de éste o aquel autor, sino las líneas-fuerza de todo un sistema. Por eso no hablamos de concepción marxista, sino de concepción soviética, la del modelo puesto a punto por Lenin y Stalin reinterpretando las ideas de Marx en un estado totalitario, modelo obligado e ineludible para todos los países del llamado *socialismo real* durante casi tres cuartos de siglo.

La distinción marxista entre *libertades formales* y *libertades reales* fue la base de la teoría y praxis de los derechos en los estados de tipo soviético. Las libertades formales sirven para conquistar el Estado burgués. Después con los medios de producción ya en manos del proletariado, éste puede desarrollar sus aptitudes. Así, en la teoría, las libertades reales serían las conquistas sociales, que sólo alcanzarían sentido en el proceso de construcción socialista y en la transición hacia la sociedad sin clases comunista. En una tal concepción sociológica de las libertades, las declaraciones no hacen sino constatar los avances del proletariado. En estos términos lo expresaba, por ejemplo, el articulo 19.3 de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968:

> *"Liberados de la explotación, de la opresión y de la dependencia económica, todos los ciudadanos tienen iguales derechos y las mismas y múltiples posibilidades de desenvolver plenamente sus aptitudes y desplegar, libre y voluntariamente, en la sociedad socialista, sus fuerzas en beneficio de la sociedad y en el suyo propio. Es así como toma cuerpo la libertad y dignidad de la persona."*

Eran éstas unas *libertades dirigidas* a la construcción de la sociedad socialista. En la práctica, las libertades se anulan, el Estado se convierte en estado policial, capaz de extremos increíbles de crueldad, el individuo resulta anulado y sus derechos violados sistemáticamente. A cambio, la población disfruta de unos servicios sociales burocratizados, que van degradándose con el tiempo.

El texto modelo en el que se plasma esta concepción es el art. 125 de la Constitución soviética de 1936, verdadero ejemplo de eso que Löwenstein[147] llamó *constitucionalismo semántico*:

> *"De acuerdo con los intereses de los trabajadores y a fin de consolidar el sistema socialista, la ley garantiza a los ciudadanos de la URSS: a) la libertad de expresión; b) la libertad de prensa; c)la libertad de publicación y reunión; d) la libertad de realizar desfiles y manifestaciones callejeras."*

En realidad tal ley no se promulgó nunca y los medios de comunicación fueron correas de transmisión del único poder considerado legítimo, el del partido[148]. Y ello en el contexto de una elaborada teoría sobre la función de los medios: la concepción leninista de los medios.

---

[147] op. cit. p. 218.

[148] **Esteban, J. De**, op. cit. p. 102.

Marx en sus primeros escritos (1841-1843) defiende la libertad de prensa, a la que considera incompatible con la censura y aún con la autocensura. Cuando los propietarios del Rheinische Zeitung le piden que modere su tono, responde *"es lacayuno limitarse a pinchar con alfileres lo que habría que atacar a mazazos"*[149]. El resto de su vida no escribirá nada específico sobre la libertad de prensa. Para Lenin[150], en cambio, la prensa -en manos del partido vanguardia del proletariado- era el arma revolucionaria por excelencia. La prensa fue el cauce de toda su actividad revolucionaria y llegado el momento decisivo dirigió la revolución desde Pravda[151]. En *Qué hacer* Lenin asigna a la prensa las funciones de organizadora colectiva, propagandista colectiva, agitadora colectiva[152]. Esas son las funciones de la prensa de su partido, de la prensa bolchevique, y esas son las funciones que proyecta y asigna a todas las publicaciones una vez conquistado el poder. Lenin primero dicta unas serie de disposiciones para fomentar la prensa proletaria, pero luego -con el pretexto de un complot para asesinarle- prohibe y nacionaliza la prensa burguesa. Coetáneamente, Lenin[153] propugna la *libertad real de la prensa*:

> *"La libertad real de la prensa es una de las principales consignas de la democracia pura. Esta libertad representará un engaño en tanto que las mejores imprentas y los más importantes depósitos de papel se encuentren en manos de los capitalistas. Los capitalistas llaman libertad de prensa a la que los ricos tienen de poder comprar a la prensa, la de servirse de su riqueza para fabricar y falsificar la opinión pública... La libertad verdadera no existirá más que un régimen en el que no hay la posibilidad de someter, directa o indirectamente la prensa al poder del dinero y en el que sea posible a cada trabajador o grupo de trabajadores, cualquiera que fuera su número, tener y ejercer el derecho igual a todos, de utilizar los depósitos de papel y las imprentas públicas."*

Tales argumentos, aptos para fundamentar un régimen de servicio público que reconociera un amplio derecho de acceso, dieron paso, sin embargo, a una prensa militante y excluyente, al servicio de los objetivos del poder y de la mentira como institución, a una prensa obligada a reescribir constantemente la historia, una experiencia lúcidamente convertida en ficción por Georges Orwell en su *1984*.

De forma que si las instituciones de la concepción liberal-individualista pueden manipularse por un sistema autoritario, también las críticas legítimas a las libertades individualistas pueden servir de base para fundar un otro tipo de sistema totalitario.

---

[149] Citado por **Rubio Llorente, F.**, en la *Introducción* a los *Manuscritos de economía y filosofía*, Alianza Editorial, 5ª edición, Madrid, 1974.

[150] Sobre la propaganda de *tipo leninista*, veáse **Domenach, J.-M.**, op. cit. pp. 21-32

[151] **Worontzoff, Madeleine**, *La concepción de la prensa en Lenin*, Fontamara, Barcelona, 1979, p. 66.

[152] **Worontzoff, M.**, op. cit. pp. 15-30 desarrolla el sentido que da Lenin a estos tres papeles. Así, si la propaganda es una tarea más reflexiva, la agitación es manipulación de las conciencias, en términos casi idénticos a los utilizados por Hitler (véase nota 51): *"Un propagandista debe proporcionar muchas ideas, un número tan grande de ideas, que al primer golpe todas estas ideas tomadas juntas no podrán ser asimiladas más que por un número (relativamente) restringido de personas. Tratando del mismo problema, el agitador en cambio se apoyará en el hecho más conocido por todos, realizará el máximo esfuerzo para dar a la masa una sola idea...." (Worontzoff, o. cit. p. 30).*

[153] *Tesis sobre la democracia burguesa y la dictadura del proletariado* (1919), citado por **Gledjura, Stefan**, *Medios de comunicación de masas bajo el comunismo*, Estudios de Información, nº 4, oct.-dic. 1967.

2.2.4. Liberal-democrática o institucional

Si desde una perspectiva individualista las libertades son *en sí* y *para sí*, desde una perspectiva democrática su ejercicio no sólo redunda en la satisfacción y realización personal de su titular, sino que se convierten en pieza esencial de la ordenación de la convivencia. Las distintas corrientes institucionalistas[154] reinterpretan la dimensión subjetiva de las libertades en función de esa otra dimensión objetiva, pero, desde luego, sin anularla al servicio de un bien superior como ocurriera en los distintos sistemas totalitarios.

El compromiso del Estado social y democrático de Derecho con la promoción de la igualdad real justifica constitucionalmente su intervención para hacer reales las libertades. La intervención del estado liberal se había producido antes de la II Guerra Mundial imponiendo al cine y a la radio un régimen excepcional respecto al tradicional de libertad de prensa. Los nuevos estados democráticos pretenden superar la experiencia de la propaganda totalitaria[155] y tienen, por tanto, que enfrentarse al fenómeno de la información masiva. Se toma clara conciencia del papel decisivo de la información para el correcto funcionamiento de la democracia. Si la democracia exige participación consciente de la ciudadanía, ésta requiere una información suficiente sobre los grandes problemas sociales[156]. Los estados democráticos son regímenes de opinión y la opinión pública es la institución de referencia de la libertad de información. A su vez, se reinterpreta la libertad de expresión desde su dimensión colectiva como la expresión plural de las distintas corrientes de opinión[157].

Las corrientes institucionalistas informan la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales (sobre todo en el caso alemán[158]) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Citaremos como expresión representativa de esta concepción el siguiente *dictum* de nuestro Tribunal Constitucional:

> *"El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política."*[159]

---

[154] El profesor Bastida ha diseccionado estas corrientes y su extralimitación en la jurisprudencia constitucional española. Veáse la Parte Quinta de su libro dedicado a la libertad de antena (**Bastida Freijedo, Francisco J.**, *La libertad de antena: el artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1960) y *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.

[155] La minuciosa regulación del secuestro de publicaciones en el art. 21 de la Constitución italiana es un buen ejemplo de reacción garantista frente al inmediato régimen represivo fascista, que -recordemos- usó, abusó y dio un sentido totalitario a los instrumentos represivos propios de un régimen liberal.

[156] Lo característico de la concepción institucional es dar trascendencia jurídica a esta constatación sociológica. **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 228

[157] Reservamos la profundización en estas cuestiones al apartado que dedicaremos a la función de la relación jurídico-informativa (Cap. 2, 1.2.2). En cuanto a la jurisprudencia española nos remitimos al apartado 1.4.6 de este capítulo.

[158] Ver **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 210 y ss.

[159] **STC 6/1981, FJ 3** º. En el mismo sentido SSTC 159/1986, FFJJ 6 ° y 8 °; 106/1988, FJ 2 °, y 51/1989, FJ 2°.

O, ésta otra, en la que declara el carácter preferente de estos derechos, precisamente por su relación con la institución opinión pública libre:

> *"Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del artículo 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales."*[160]

Ciertamente, esta concepción puede desembocar en valoraciones metajurídicas de estas instituciones *a la medida* y, por ende, en interpretaciones del derecho fundamental a la información al capricho de unas u otras opciones políticas. O, poner estas libertades al servicio de la institución de una manera tan radical que resulten anuladas. A este respecto resulta importante la crítica del profesor Bastida. Para este autor, la corriente institucionalista de la jurisprudencia constitucional española resalta el aspecto funcional, independizando el instituto de la *opinión pública libre*, de manera que la delimitación de las libertad de información (por ejemplo en las **SSTC 51/1988** y **107/1988**, que requiere la trascendencia pública de las informaciones para proteger constitucionalmente su difusión) en función de la garantía de ese instituto -la opinión pública libre- que ha adquirido vida propia y que se antepone al propio pluralismo[161]. A esta concepción funcional opone la que denomina *liberal democrática:*

> *"... El valor procedimental de la democracia reside en el 'pluralismo', entendido como posibilidad de concurrencia de ideas y opiniones expresadas y difundidas por cualquier medio de difusión; un concurso o mercado abierto de ideas que es el que constituye un procedimiento adecuado para la formación en libertad de una opinión pública advertida o consciente. Esta concepción no se identifica con una visión liberal del mercado; desde una perspectiva liberal, para que exista ese mercado, o proceso de libre formación de la opinión pública, basta con garantizar formalmente la libertad individual a expresar las ideas y a informar; en cambio. Desde una perspectiva democrático-procedimental, la garantía debe recaer en todos aquellos aspectos subjetivos y objetivos de esas y otras libertades que redunden en la creación real y efectiva del pluralismo, o sea, del mercado abierto de ideas y opiniones. La garantía de las condiciones de producción de ese mercado traerá como consecuencia el que la opinión pública se forme de manera libre y plural."* [162]

Estas ideas enlazan con la reinterpretación de la concepción liberal-individualista que denuncian los fallos del mercado del mercado de las ideas y abogan por una intervención pública para subsanarlos. Entre nosotros, Salvador Coderch[163] ha popularizado estas ideas. Concretamente, resume los fallos del mercado[164]: monopolios y otros déficits de competencia económica; externalidades económicas (positivas o

---

[160] **STC 121/1989**, FJ 2 °.

[161] **Bastida, F.**, El régimen jurídico..., op. cit. p. 12. Las mismas ideas en *La libertad de antena*, op. cit. pp. 217-220

[162] *El régimen jurídico..., op. cit. p. 12*

[163] **Salvador Coderch, Pablo**, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, también del mismo autor *El mercado de la ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Veáse también **Keane, J.**, op. cit.

[164] *El derecho de libertad*, op. cit. p. 136-139

negativas), por ejemplo, los daños sufridos por los personajes públicos difamados; infrainversión y sobreconsumo del producto inversión pública; falta de información sobre la identidad de los proveedores de información. Y, sobre todo, los consumidores llegan a este mercado de la información con desigualdades de riqueza, educación y ausencia de organización que impiden una elección consciente. La manera de superar estas dos últimas desigualdades sería intervenir sobre los contenidos para garantizar una *información de calidad*, base para que el consumidor se convirtiera en ciudadano. Salvador Coderch califica de *comunitarismo paternalista* a las diversas propuestas de teóricos norteamericanos de intervención sobre los contenidos y pone de manifiesto el peligro de que *"... el paternalismo puede llegar a servir de coartada a quienes creen que la intervención ha de proteger a las gentes de sí mismas ... "* [165]

Tanto la concepción institucionalista como estas teoría revisionistas del libre mercado de ideas superan el concepto de libertad de expresión y consideran en su conjunto el fenómeno de la comunicación. Por tanto, su referencia modelo, explícita o implícitamente, ya no puede ser la Declaración de 1789 o la Primera Enmienda, sino una formulación global como el art. 19 de la Declaración Universal de 1948. Para nosotros será el referente de toda la tesis. Precisamente, propondremos como superación a los peligros de esta concepción (uso ideológico, supeditación de la libertad a la institución, paternalismo) la realización global y armónica de las libertades de expresión e información de todos los sujetos que intervienen en la relación jurídico informativa.

2.3. Concepto a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Entramos así en uno de los fundamentos de todo este trabajo el concepto de derecho de la información que se desprende del art. 19 de la Declaración de 1948[166].

¿Por qué adoptar como punto de partida para construir el concepto del derecho a la información este texto? En primer lugar, por razones intrínsecas, pues nos ofrece una visión de la comunicación considerada como derecho fundamental, aceptablemente completa y al mismo tiempo lo suficientemente abierta. En segundo lugar por la importancia del instrumento jurídico en que se recoge, que constituye -en palabras de Truyol[167]- *conciencia jurídica de la humanidad*. Además, las fórmulas proclamadas en la Declaración han sido catalizador para la concreción teórica y el reconocimiento positivo de nuevos derechos. Por ende, más allá de las polémicas sobre su eficacia jurídica, en el caso español la Declaración es criterio interpretativo de los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE).

El art. l9 proclama:

---

[165] Ibídem p. 147

[166] Sobre los precedentes del texto en los trabajos de la ONU, ver **Gay Fuentes, Celeste,** *La televisión ante el derecho internacional y comunitario***,** Marcial Pons, Madrid, 1994**,** p. 35

[167] **Truyol Serra, Antonio**, *Los derechos humanos,* Tecnos, Madrid, 1968, p. 25

"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este de derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

En primer lugar, este texto reconoce un derecho formado por una unidad integrada de libertades, o, en palabras de Desantes[168] *"... un haz de derechos que, apreciados en su conjunto, pueden considerarse como integrantes de un derecho homogéneo y complejo, que es el que merece llamarse derecho a la información."*

El artículo denomina a ese conjunto de libertades *derecho a la libertad de opinión y expresión.* Se enlaza, así, con el término venerable de libertad de expresión, pero el contenido que de este modo se rotula supera, con mucho, lo que tradicionalmente se había entendido por libertad de expresión y opinión, pues su objeto son todas las formas posibles de mensajes (y ya no sólo los ideológicas) y se atiende tanto a las etapas activas del proceso (difundir), como a las previas y finales (investigar y recibir).

Como contenido de ese derecho comienza por declararse que *nadie será molestado por sus opiniones*. Esto es, se pueden profesar opiniones y, en consecuencia, ideas, pues la opinión es el resultado de enjuiciar los hechos, lo que nos rodea, conforme a una ideología[169] o, de modo más amplio, conforme a nuestro sistema vital de referencia. Y si las ideas (consideradas en este sentido amplio) nos suministran certezas, y suelen profesarse de modo estable, conforme a experiencias vitales (normalmente de adolescencia y juventud) que nos marcan para casi toda la vida, al enfrentar estas convicciones profundas con la realidad que nos circunda, las ideas producen opiniones, quizá expresadas sin punto de duda, pero siempre aquejadas de una cierta incertidumbre, que las hace ser tan coyunturales, contingentes y movibles como exige la realidad que tratamos explicar con esas opiniones.

Por tanto, en el frontispicio del texto se proclama el ***derecho a la libertad de pensamiento y opinión***, matriz de la que surgen el resto de las facultades enumeradas[170]. Y se declara como derecho de libertad, como libertad-autonomía: nadie podrá ser molestado por profesar ideas u opiniones (con independencia de que se expresen o no). El ser capaz de mantener ideas u opiniones se configura, pues, en una de la esferas de inmunidad en las que ningún poder no puede intervenir y de la que no se puede derivar ningún perjuicio o discriminación[171]. Y por supuesto que esa garantía se proyecta sobre todas las facultades que se dice que contiene tal derecho.

---

[168] **Desantes Guanter, José María**, *La información como derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1974, p. 35

[169] El profesor Desantes ha desarrollado la relación hechos-opiniones-ideas en lo que denominó *objeto cuasi silogístico de la información*: Ibídem p. 45 y ss

[170] En el apartado 5.2 de este capítulo se tratará la relación del derecho a la información con otros derechos y especialmente con la libertad de pensamiento.

[171] Es lo que **Colliard** llamó el *valor indiferencia de la libertad de pensamiento* (op. cit. p. 317).

Partiendo, pues, de esa libertad generatriz que es la libertad de pensamiento y opinión, enumeremos[172] a continuación las facultades que, dice la declaración, constituyen su contenido. Estas facultades son las siguientes:

- *Investigar opiniones*
- *Investigar informaciones*
- *Difundir opiniones*
- *Difundir informaciones*
- *Recibir opiniones*
- *Recibir informaciones*

Y teniendo en cuenta que las opiniones suponen las ideas[173], obtenemos éste desglose de facultades:

A. Investigar ideas
B. Investigar opiniones
C. Investigar informaciones
D. Difundir ideas
E. Difundir opiniones
F. Difundir informaciones
G. Recibir ideas
H. Recibir opiniones
I. Recibir informaciones

Podemos hacer una primera síntesis de estas facultades, agrupando, por un lado, aquellas cuyo objeto sean ideas y opiniones y, por otro, aquellas cuyo objeto sean informaciones. A la primera la denominamos ***libertad de expresión*** (facultades A,B,D,E,G,H) y a la segunda ***libertad de información*** (facultades C, F, I).

La libertad de expresión es susceptible de distintas manifestaciones, conforme a la finalidad que predomine en el investigar, difundir y recibir las opiniones e ideas. Si en la libertad de expresión se halla presente una solicitación para que el receptor actúe de un determinado modo -esta actuación solicitada puede ser simplemente la adhesión a una ideología, a una religión, a una moral- nos hallaremos ante la *libertad de propaganda*. Si se trata simplemente de manifestar un juicio ante un hecho o situación, la libertad de expresión puede denominarse *libertad de opinión*. Muy frecuentemente el juicio pretende valorar la conducta de una persona o el funcionamiento de una institución; se trata, entonces, de la *libertad de crítica*. Precisamente, cuando las ideas que se investigan y difunden lo son por sí mismas, sin más finalidad que la de adquirir un conocimiento o hacer

[172] Semejante procedimiento, primero de análisis y luego de síntesis, al seguido aquí es utilizado por **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 42 para construir lo que llama *derecho de información*. Este método *"...nos lleva* -dice la autora- *a examinarlo como si de la ejecución de una pintura cubista se tratara, esto es, descomponiendo la figura para mostrar sus elementos esenciales, con el fin de obtener así una visión simultánea y conjunta de la misma. Van a sumarse los distintos derechos que integran el derecho de información como sumaron los cubistas la visión de perfil y la de frente de un rostro. Todo lo cual responde a las exigencias de una configuración del conjunto de derechos y libertades como un sistema unitario, complejo y armónico..."*

[173] El art. 20 de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos menciona ya específiacmente las ideas como objeto del derecho que proclama.

a los demás participes del mismo, nos hallamos ante la *libertad de investigación y difusión científica*.

Es difícil, desde luego, aislar el matiz propagandístico; ninguna idea ni opinión es neutra, todas llevan en sí el germen de su propagación, todas suponen una interpretación de la realidad que por el mero hecho de formularse ya modifica la realidad interpretada. Ni siquiera el conocimiento científico se halla libre de tal matiz; piénsese, por ejemplo, como toda una manera de entender la teología y la filosofía -la apologética- no es sino propaganda, y esto dicho sin ninguna intención peyorativa.

En resumen, la libertad de expresión puede manifestarse como libertad de propaganda, libertad de opinión y crítica y libertad de investigación y difusión científica.

En cuanto a la libertad de investigar difundir y recibir información, puede manifestarse en múltiples fórmulas, pero entre ellas, las más perfectamente cristalizadas son la periodística y la científica. Hablar de información periodística puede parecer una redundancia, un confundir la función con uno de los medios en los que actúa. Desde luego, no toda información tiene por cauce a la prensa; sin embargo, el término periodismo ha quedado acuñado como el oficio y la ciencia de comunicar noticias. La noticia es aquel hecho actual con componentes variables de interés y trascendencia general -relevancia pública en los términos de nuestro Tribunal Constitucional[174]. El factor actualidad -incluso en formas tan remotas como la efemérides- estará siempre presente en la noticia[175]; sin embargo, trascendencia e interés no siempre se hallan equilibrados e incluso, en casos patológicos (así, en las informaciones sensacionalistas con respecto a la trascendencia), ausentes.

La información periodística es interesante y/o relevantes para el conjunto de una comunidad[176] y para la marcha de sus asuntos y, por lo tanto, resulta accesible a todos los miembros de esa comunidad, que, en principio, cuentan con los códigos para comprender esas informaciones, que, a su vez, sirven para entender la realidad circundante. Si el interés y la trascendencia lo son sólo para un determinado sector de esa comunidad, la información será especializada. Y cuando el interés y la trascendencia se refieran a una determinada área de conocimiento, estaremos ante la información científica, que requerirá de sus destinatarios la posesión de determinados códigos y lenguajes, no accesibles para los que no forman parte de esa comunidad de ciencia. Por fin, si el factor actualidad desaparece, la información se convierte en documentación[177], ya sea periodística o científica.

---

[174] Entre otras las **SSTC 107/1988, 170/1991, 197/1991**. Más adelante, en el apartado 5.5 de este capítulo trataremos de la relevancia pública como criterio delimitador de la libertad de información en la jurisprudencia constitucional.

[175] La noticia es, al tiempo, la unidad mínima de información periodística y un género periodístico.

[176] La determinación de esa comunidad vendrá dada, de ordinario, por la conjunción de factores territoriales y de identidad o pertenencia. Así, la comunidad puede ser nacional, regional, local, de barrio... Sin embargo, en la *aldea global* la comunidad se define cada vez más en términos político-culturales o exclusivamente culturales: lengua común, pertenencia a una nación sin estado o que vive en diáspora... Y en un paso más, estas comunidades son audiencias territorialmente discontinuas, unidas por un común interés (por ejemplo, la élite internacional que sigue las emisiones de las televisiones globales, como la CNN o la BBC WORLD).

[177] Podríamos definir la documentación como la ciencia del tratamiento, ordenación y conservación de la información con vistas a u su ulterior recuperación. De la documentación ha dicho José María **Desantes** (*Teoría y régimen jurídico de la*

En definitiva, la libertad de información puede manifestarse como libertad de información y documentación periodística y libertad de información y documentación científica.

En este análisis no se ha incluido la comunicación de sensaciones, cuya manifestación más importante es la libertad de creación y difusión artística. La Declaración reconoce estas libertades fuera del art. 19, concretamente en los dos párrafos del 27. En el primero se reconoce el derecho a gozar de la vida cultural y de las artes, y en el segundo, el derecho a la protección de los intereses morales y materiales, correspondientes a la creación artística; presupuesto del derecho de autor es la propia libertad de creación. Si se reconoce el derecho a gozar de tal creación, implícitamente se reconoce la libertad de difundir lo creado. Por lo tanto, el derecho a la cultura presupone la *libertad de creación y difusión artística*. Trataremos más adelante las relaciones entre el derecho a la información y a la cultura, pero el concepto de libertad de expresión quedaría corto si no incluyera estas libertades. En efecto, en el sentir común no hay forma de expresión personal más pura que la artística; así, por ejemplo, si se prohibe exponer una determinada pintura todo el mundo habla de censura, de restricciones a la libertad de expresión. Es más, las sensaciones estéticas suelen remitir a significados[178]... Por tanto, haciendo una interpretación extensiva del concepto ideas como todo lo que expresa nuestro mundo interior[179], las sensaciones, objeto de la creación artística, estarían también comprendidas.

Así pues, el ***derecho a la información***, que tiene su origen y presupuesto en la libertad de pensamiento, comprende:

Libertad de expresión, que se manifiesta como:

- *Libertad de propaganda*
- *Libertad de opinión*
- *Libertad de crítica*
- *Libertad de investigación y difusión científica*
- *Libertad de creación y difusión artística*

---

documentación, EUDEMA, Madrid, 1987, p. 47) que es *"...información sobre información. Es, podría decirse, al menos como punto de partida, información elevada al cuadrado. Es, a la vez, información y fuente de información. O información que actualiza una fuente potencial, además de potenciada, de información, cuyos límites resultan imprevisibles, ya que la información emanada de aquella fuente puede ser también, al menos en parte, documentaria. Lo que origina unas concatenaciones informativas teóricamente inagotables. Esta triple consideración, como información efectiva, como potenciadora de información, como actualizadora de información, supone un grado intenso y elevado de información..."*.

[178] **Escarpit, Roger**, *Escritura y comunicación,* , Castalia, Madrid, 1975, p. 17, caracteriza al arte como comunicación en la que el *medium* es el propio mensaje, pero añade: *"...igual que existen formas extremas de arte que no comunican estrictamente significados, sino sólo sensaciones estéticas placenteras, lo normal es que esas sensaciones sean vehículo de significados (casos extremos, música descriptiva, título de una sinfonía etc.). Creo que en el origen del arte hay que buscar los significados, fundamentalmente religiosos, taumatúrgicos y de cohesión social."*

[179] *"...Todo cuanto un posible emisor quiera convertir en mensaje comunicado admite una radical división dicotómica: o procede de su mundo interior o procede del mundo exterior. Si procede del mundo interior, sea o no original de él, puede tener muy diferente calificación: ideas, pensamientos, creencias, sentimientos, creaciones intelectuales o mentefacturas, etc. Para esquematizar, podemos decir que la comunicación del mundo interior del emisor es una comunicación de ideas..."* **Desantes, J. M.**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 24

Libertad de información, manifestada en forma de:

- *Libertad de información y documentación periodística*
- *Libertad de información y documentación científica*

Libertad de expresión y libertad de información no pueden existir la una sin la otra. Si para los ilustrados sólo la libre difusión de las ideas diversas, aún las erróneas, podía traer la verdad, así en nuestros días, con sociedades cada vez más segmentadas, sólo por la libre difusión de los hechos que a cada individuo o grupo afectan puede lograrse una aproximación a la realidad, imperfecta, desde luego, pero plural. La libre expresión supone la manifestación externa del pensamiento, la opinión, la creación -y, por tanto, la difusión- artística. Tal manifestación puede realizarse en un proceso de comunicación interpersonal o de comunicación colectiva. La información puede tener lugar también en un proceso de comunicación interpersonal, pero si se trata de comunicación periodística o información científica estamos -en razón del interés y relevancia de los hechos difundidos- en un proceso de comunicación colectiva.

2.3.1. Sujeto

Como en todos los derechos que reconoce, la Declaración es rotunda: *"todo individuo tiene derecho..."*. El sujeto del derecho a la información es universal. Todo ser humano puede ser sujeto de estas libertades, tanto *para buscar o investigar y difundir* -sujeto comunicante, emisor- como para *recibir* -sujeto receptor. Es decir. cualquier hombre puede ser punto de partida o destinatario de la comunicación, y si existe verdadera comunicación se adoptara alternativamente una u otra función. No tiene, por tanto, sentido hablar de sujetos activos o pasivos; la recepción no es una facultad pasiva, pues dará lugar a una respuesta, es decir a nueva comunicación (por ejemplo, en uno de los supuestos de comunicación más *pasiva*, la publicitaria, la respuesta será la compra de un producto o la valoración de una marca).

Conforme a la relación que se mantenga entre sujeto emisor y receptor, puede distinguirse entre *comunicación interpersonal y comunicación colectiva o social*. En la comunicación interpersonal, los sujetos suelen encontrarse en una relación previa e incluso en el seno de un grupo primario -aunque no necesariamente, piénsese en cualquier conversación entre extraños en la calle- pero desde luego se da siempre una relación física -aunque sea tan relativa como un intercambio epistolar o una conversación telefónica- y todos los sujetos intervinientes se hallan definidos. En la comunicación colectiva o social -y aquí si que se puede decir eso de valga la redundancia, pues toda comunicación es por esencia social- el destinatario no se halla previamente determinado[180], sino que se trata de una pluralidad heterogénea de personas que carecen de vínculos naturales con el

[180] Hay una corriente que pretende negar el carácter de comunicación social a los nuevos medios audiovisuales de abono, pues, se dice, el destinatario ya no es un colectivo potencial, sino personas concretas y bien definidas que han hecho una elección (de consumo) consciente al abonarse al servicio. Ello no quita para que ese destinatario siga siendo un colectivo heterogéneo, sin que entre emisor y receptor se mantenga una relación personal, más allá de la puramente mercantil que supone el abono. Detrás de estas ideas está el intento de ignorar los mensajes emitidos y trasladar a estos medios el régimen de las telecomunicaciones, que, naturalmente, no regula el contenido de los mensajes.

emisor[181], poniéndolos en contacto un medio técnico, costoso y organizado. Ese conjunto heterogéneo de destinatarios recibe la comunicación en soledad o en el seno de un grupo primario, por tanto no tiene ningún sentido hablar de comunicación de masas, - salvo que se aplique el término a las concentraciones masivas, que producen lo que se ha llamado *el hechizo de las muchedumbres*.

El sujeto universal puede adoptar actitudes específicas en el proceso de comunicación. Puede organizarse con otros para comunicar socialmente de un modo continuado, actividad que constituye el fin primario de la organización resultante -empresas de comunicación- o para comunicar como fin secundario -estados, iglesias, partidos, asociaciones, sindicatos, empresas en general....[182]. Puede también cualificarse para comunicar profesionalmente, convirtiendo tal ejercicio, además, en modo de vida. Estos sujetos organizados y cualificados -pese a su especialización- no pueden ser mono-polizadores de las facultades de buscar y difundir: cualquier persona puede ejercerlas en el ámbito personal y en el ámbito colectivo, esporádicamente e incluso de modo habitual, aún sin cualificarse profesionalmente[183]. Sólo en una comunicación dictatorial, de arriba a abajo, sin posibilidad de respuesta, el sujeto universal puede ser reducido a mero receptor pasivo[184].

2.3.2. Objeto

El objeto de un derecho es la realidad social sobre la que se proyecta. En este caso esa realidad social es la comunicación en la que el art. 19 distingue, explícita o implícitamente, informaciones, ideas y opiniones. El objeto del derecho a la información son los mensajes: informaciones, ideas y opiniones, a las que cabría añadir las sensaciones.

El art. 19 utiliza estos términos en sentido genérico, lo que no indica otra cosa que su *generalidad*: se tiene derecho a comunicar cualquier información, cualquier idea, cualquier opinión, cualquier sensación. Pero esta generalidad, aunque la Declaración no lo diga, podrá sufrir excepciones en función de la protección de otros derechos o intereses legítimos. Estamos ante el problema de los límites, que se tratará en el apartado 5. 4 de este capítulo.

---

[181] *"... el sujeto receptor nunca es un grupo masivo, sino un sujeto individual, aunque múltiple..."* **Desantes, J.M.**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 21.

[182] **Martínez Albertos, José Luis**, *La objetividad del mensaje periodístico*, Mensaje y Medio, nº 5, 1978, llamó a estos organismo *comunicadores*, codificadores intencionales de la información, frente a los profesionales, mediadores o codificadores no intencionales. Lo cierto es que el desarrollo de los gabinetes de imagen y comunicación en el seno o al servicio de tales organismos y empresas ha hecho que se conviertan en la fuente informativa cuantitativamente más importante, en gran medida por pereza y comodidad de los profesionales, con graves consecuencias para el pluralismo informativo.

[183] El sujeto universal, la persona individual, puede expresarse, opinar e informar en el proceso de comunicación colectiva. En cuanto a la información, puede ser fuente informativa habitual o esporádica o informar directamente en los medios. Si realiza esta información de modo habitual, su falta de cualificación sólo tendrá justificación si lo hace a título de experto sobre una determinada materia.

[184] La recepción se produce en un complejo proceso de interacción social, en el que al tiempo se es emisor y receptor, **Rivers, Schramm,** op. cit. p. 20

Precisamente, en relación a este problema se ha discutido (sobre todo en el mundo anglosajón) si determinadas formas de conducta suponen ideas, opiniones, informaciones o sensaciones, en definitiva, comunicación. La respuesta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano[185] es que puede calificarse de comunicación aquella conducta simbólica que pretende difundir unas ideas o solicitar una conducta. En cuanto a la pornografía, puede estar más en relación con la libertad sexual que con las libertades de expresión e información[186]. Podemos concluir que pueden considerarse comunicación aquellos actos de conducta que pretenden trasmitir una significado, más allá de su propia finalidad intrínseca. Y poca duda existe de que los mensajes publicitarios son objeto del derecho a la información, como un desarrollo a medio camino entre la libertad de propaganda (en cuanto que mensajes que solicitan una determinada conducta) y la libertad de información (información al consumidor) -y ello sin perjuicio de las consecuencias que tienen para el conjunto de la relación jurídico informativa y su consiguiente necesidad de regulación.

2.3.3. Contenido

Contenido del derecho a la información son las libertades que hemos enumerado. Todas ellas tienen en común proyectarse en las distintas fases del proceso de comunicación y ejercerse a través de facultades concretas, que podemos simplificar en las *investigar, difundir y recibir.* Según se trate de unas u otras facultades, las libertades integradas en el derecho a la información adoptarán una mayor coloración de autonomía, capacidad o participación, según los casos.

Las facultades de investigación suponen sobre todo un participar: participar en las ideas de una determinada cultura, en los acontecimientos trascendentales para la sociedad, en las opiniones sustentadas por los individuos y los distintos segmentos de la colectividad. En definitiva un acceso al conocimiento. Este creo que es el aspecto mas evidente de estas facultades, aunque esa participación no podrá darse si no existe también una autonomía, garantizada frente a las injerencias de cualquier tipo de poder y la dimensión capacidad que se concreta en los medios necesarios para hacer realidad esa participación. Estos medios son tanto más necesarios, complejos y costosos en cuanto que el conocimiento al que se pretende acceder sea más elevado; en estos casos -y el más notable es el de la investigación científica- se hace especialmente necesaria una acción estatal que promueva tales medios y los ponga a disposición de quién se halle en condiciones de utilizarlos. Por tanto, capacidad para exigir de los poderes públicos el disfrute de los medios imprescindibles para esa investigación.

Mención especial merece el libre acceso a la información estatal, tanto que entendemos que constituye una manifestación autónoma del derecho a la información, y como tal se estudiará en el apartado 5.3 de este capítulo. Baste decir ahora que en esta facultad no se halla sólo implicado el derecho a la información, sino también el derecho a participar en las tareas de gobierno; tanto uno como otro exigen no sólo la ausencia de

[185] En **US. v. O'Brien** (1968), la quema de cartillas de alistamiento se considera libre expresión; de igual modo el llevar lazos negros en protesta por la guerra del Vietnam en **Tinker v. Des Moines Independent School District** (1969). Veáse **Barendt, E.**, op. cit. pp. 45-48

[186] Veáse **Barendt, E.**, op. cit. pp. 253-254

trabas, también requieren el establecimiento de unos cauces que faciliten el acceso de una manera continuada y ordenada a las informaciones públicas.

En las facultades de difundir se hallan presentes en plano de igualdad las dimensiones de autonomía y capacidad. Autonomía -*soberanía informativa, independencia editorial* - consistente en que sea el propio comunicador quien decida el qué, el cómo, el cuándo y el dónde de su mensaje. La manifestación mínima de esta autonomía es la ausencia de censura. Capacidad para poder comunicar tales mensajes, lo que significa en el terreno de la comunicación social la facultad de establecer empresas de comunicación (ya veremos en que términos) y la facultad de acceder a las ajenas. Como se ve también aquí se halla presente el matiz de participación, concretamente en la ultima de las facultades mencionadas.

Por último, en las facultades de recepción, la capacidad es un presupuesto necesario en la comunicación colectiva; capacidad que se manifiesta como capacidad económica para soportar los costes de la recepción -comprar un receptor, adquirir un periódico, o la entrada del cine o el teatro, suscribirse a un servicio de información o un sistema de televisión; pero, capacidad, también para exigir de los poderes públicos que garanticen unos servicios que hagan llegar a todas la información pública -bien mediante servicios públicos en sentido estricto, bien imponiendo obligaciones de servicio público respecto a los mensajes de las empresas informativas, bien fomentando la recepción mediante subvenciones a los productos culturales. Importante es en esta fase de recepción la dimensión autonomía: poder elegir libremente, sin imposiciones exteriores, los limitados mensajes que somos capaces de captar. Esta libertad de elección exige la diversidad y pluralismo en los mensajes. Y en fin, cerrando el ciclo, cuando se reciben mensajes se está participando de la cultura de nuestro tiempo.

De lo dicho se deduce que el contenido del derecho a la información está constituido por un entramado de facultades, que vinculan a unos sujetos con otros[187]

2.3.4. La universalidad de los medios

El art. 19 consagra el principio de la universalidad de los medios. Las libertades que reconoce podrán ejercerse *por cualquier medio*. La formulación del principio es casi revolucionaria, pues hasta entonces era normal la mención constitucional de los medios primarios o naturales -la palabra, el escrito- o exclusivamente de uno de los secundarios -la prensa. La expresión utilizada por la Declaración Universal tanto engloba a los medios primarios como a los secundarios y tiene la ventaja de que al no enumerar a ninguno de estos últimos no se ve superada por los avances técnicos.

[187] Por eso no tiene demasiado sentido preguntarse, como hace **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 9, por el sujeto pasivo del derecho a ser informado: el sujeto pasivo puede ser aquel empresario con el que tenemos suscrito un abono a un servicio informativo, pero también puede ser un particular que posee una información que es de relevancia pública... o puede ser el gobierno el obligado a informar de sus actividades o los poderes públicos, en general, los obligados a establecer un marco jurídico que ordene el flujo de información pública... o un determinado ministerio o empresa privada, obligados a darnos a conocer que datos de nuestra esfera privada contienen sus sistemas informáticos... Como se ve sólo atendiendo a la relación jurídico-informativa concreta se puede responder a la pregunta.

Para mejor comprender la trascendencia de este principio, convendrá aclarar el termino *medio*. Se entiende por medio el elemento material que pone en contacto a los dos polos de la comunicación, emisor y receptor. Por soporte suele designarse la materia a la que el significado se incorpora. Entiendo por medios primarios aquellos (naturales o no) en los que el soporte es todo el medio y por secundarios aquellos otros más complejos en los que existen otros elementos materiales que vehiculan el soporte. Según estas premisas pueden considerarse como medios primarios el gesto, la imagen en general y sobre todo, la palabra. Por extensión puede incluirse el manuscrito, dada la sencillez de esos elementos materiales que vehiculan el soporte.

La mención de los medios secundarios no puede ser, desde luego, cerrada. El más antiguo es la imprenta, cuyo soporte es el papel impreso, en el que no se agota, pues requiere hasta en los supuestos más sencillos un mínimo de estructura técnica empresarial. En la hora presente cabe distinguir en la unidad primitiva de la imprenta, otros medios perfectamente diferenciados, concretamente la prensa y la publicación unitaria. En el cine, el soporte es el celuloide, impresionado por imágenes en movimiento y revelado. Y en la radio y la televisión, hubiéramos dicho hasta hace muy poco, las ondas hertzianas, portadoras de impulsos electromagnéticos... pero la revolución de los medios audiovisuales es de tal magnitud que esa caracterización del soporte ya no resulta válida en todos los supuestos[188].

En cualquiera de estos ejemplos el medio no se agota en el soporte, aunque el centro en torno al que todo el medio se estructura es el momento de incorporar un significado al elemento material, que puede coincidir o no con el momento central de todo el proceso de comunicación, la difusión.

La idea de medio como vehículo de un soporte material al que se incorpora el significado, puede considerarse como el concepto de medio en sentido estricto. No obstante, en la polémica e incluso en la reflexión sobre la comunicación colectiva se utiliza el término en un sentido mucho mas lato. Así, por ejemplo puede hablarse del poder político del medio televisivo, de medios fríos y calientes, de la crisis de tal o cual medio... Esta acepción apunta al distinto sentido que adquiere la relación comunicacional en cada uno de los medios. Sin necesidad de admitir la coincidencia entre mensaje y medio, no cabe duda que la naturaleza y peculiaridades de este último condiciona toda la relación entablada entre emisor y receptor, y, consiguientemente, la relación jurídica que sobre ella se edifica. No debe, sin embargo, confundirse medio y empresa; la empresa es uno de los sujetos de la relación, el medio es la relación misma. De este modo, al hablar, por ejemplo, de autonomía del medio, nos estaremos refiriendo a la libertad en que han de encontrarse los distintos sujetos -público, empresas, profesionales, comunicadores- para normar sin injerencias sus respectivas relaciones. Y desde luego, no cabe hablarse de creación de medios[189], pues los medios no se crean, se crean las empresas informativas o se ejercen libertades o facultades en la relación jurídica que se asienta en ese medio. Cabe, también, utilizar el término medio o medios, en un sentido genérico como los instrumentos

[188] A la definición de los medios audiovisuales dedicaremos el apartado 2.1 del siguiente capítulo.

[189] Por ejemplo el profesor **Bastida** (*La libertad de antena,* op. cit) caracteriza a la que denomina libertad de antena (y que aquí llamaremos libertad de emisión) como el derecho a crear televisión.

materiales necesarios para ejercer el derecho[190]. Y una última acepción de medio es la de una forma peculiar de incorporar los mensajes a un soporte, una forma continuada en el tiempo e inspirada en unos principios coherentes que da lugar a una *voz comunicativa* propia y diferenciada (publicación, edición, canal, Programación).

Tras lo dicho puede concluirse que la universalidad de los medios afirmada por el art. 19 se traduce en la consideración de la comunicación como fundamental derecho humano, no importa cuales sean las peculiaridades determinadas por el elemento material mediador. Pero, también, para que las libertades sean reales, el medio y los medios deben ordenarse al fin de la realización de este derecho fundamental.

2.3.5. El derecho a la información como derecho universal

El art. 19 proclama el principio de que las facultades reconocidas lo son *"sin limitación de fronteras".* Para el actual secretario general de la ONU, Kofi Annan[191] *"... la fortaleza de los derechos humanos estriba en su universalidad... ".* La Declaración Universal supera el principio de soberanía nacional[192] y supone que los derechos humanos ya no podrán ser considerados un *asunto interno*[193]*.* Pero es justamente el derecho a la información el más universal de los derechos. La información trasciende las fronteras. No hay nada que circule con mayor facilidad que ese bien inmaterial que es la información[194].

---

[190] El tema de los medios de ejercicio del derecho a la información se tratará en el apartado 5.4 de este capítulo, una vez estudiado el art. 20 CE.

[191] Mensaje al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid con motivo del Quincuagésimo Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Boletín ICAM, nº 9, julio 1998.

[192] El art. 1, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas establece que *"el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales en todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión..." y* el art. 28 de la Declaración Universal asegura que *"Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración s hagan plenamente efectivos."*

[193] El art. 2, párrafo 7 de la Carta prohibe la injerencia en los asuntos internos.

[194] La fuerza expansiva de un mensaje se encuentra más en la novedad que en el interés y la trascendencia. *Lo nuevo* es lo imprevisible, lo no redundante y, por tanto, lo que mayor *cantidad de información* nos aporta. Es explicable la alta

Se puede controlar el soporte material, pero no el contenido inmaterial. Y aun el soporte con muchas dificultades. Ni siquiera cuando el único soporte era tan corpóreo como los libros e impresos era posible un control total[195]; la aparición de la radio exigió a los estados que querían evitar la recepción de señales internacionales el establecimiento de costosos (e ineficaces) sistemas de interferencia. Hoy, en la era de los satélites y de las redes de información, el control de la comunicación internacional por parte de los estados resulta imposible. El derecho a la información es en nuestros días mas universal que nunca, pero esta nota distintiva no deja de plantear problemas en las relaciones internacionales.

A esta dimensión internacional se dedica el inmediato apartado.

valencia difusiva de lo nuevo; pero al mismo tiempo esa novedad es perecedera, lo que explica aún más el interés por estar al tanto de lo último... Este factor novedad -y, desde luego, las fuerzas de la globalización- lleva a que las noticias interesen más allá de su propio ámbito geográfico.

[195] Recuérdese el fracaso del *control sanitario* impuesto por la Europa monárquica a la Francia revolucionaria.

3. Dimensión universal del derecho a la información

El carácter universal del derecho a la información ha sido tradicionalmente un elemento de tensión en las relaciones internacionales: en la medida que los respectivos estados mantenían políticas restrictivas de la libertad de expresión e información, la libre circulación de mensajes se consideraba una injerencia (una agresión, incluso) que agravaba situaciones de crisis con otras potencias. Hemos asistido a *guerras de las ondas*, que vieron sus inicios en el período de entreguerras, que precedieron y acompañaron a las hostilidades y que prácticamente no terminaron hasta el fin de la guerra fría, aunque todavía se dan episodios en casos de crisis fronterizas. Como es lógico esta incidencia del derecho a la información se ha planteado esencialmente en las Naciones Unidas y en los foros de distensión (CSCE-OSCE).

Elemento de tensión ha sido también el factor de colonización cultural que comporta el libre flujo de informaciones, sobre todo cuando existe una clara desproporción entre los recursos comunicativos del estado del que parte el mensaje y los del que le recibe. Tal tensión tuvo su momento álgido en la UNESCO en los años 80 y hoy sigue viva en la polémica de la *excepción cultural.*

Además, aunque se admita la libre circulación internacional de los mensajes, la disparidad de regímenes jurídicos y tradiciones culturales plantea problemas a los derechos nacionales. Armonizar las instituciones del Derecho de la Información ha sido el objeto planteado en los ámbitos de la Comunidad-Unión Europea y del Consejo de Europa.

El primer esfuerzo de la sociedad internacional ha sido lograr un mayor grado de positivación del derecho a la información, tanto en su especificidad, como en el establecimiento de sistemas internacionales de garantías. La proyección de estos textos sobre los derechos nacionales ha sido benéfica. Pero queda todavía un largo camino por recorrer antes que esa universalidad del derecho de la información se plasme en instituciones internacionales eficaces. Sin ellas, la sociedad internacional no podrá ser una realidad.

3.1. Instrumentos internacionales de positivación y sus sistemas de garantías

Durante mucho tiempo fue opinión común sostener que la Declaración Universal carecía de fuerza vinculante, en cuanto que Resolución de la Asamblea General[196]. Pese a

[196] **Robinson, Mary**, *Mensaje al Iustre Colegio de Abogados de Madrid de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, separata al Boletín ICAM, nº 9, julio 1998. La Comisionada recuerda como los redactores de la Declaración apostaban por su efecto jurídico, como desarrollo de la Carta de las Naciones Unidas, posición desautorizada por los estados que aprobaron la Declaración en 1948. No obstante, existe una línea histórica que busca su obligatoriedad. La primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Teherán, 1968) afirma que la Declaración *"enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables..."* y la declara obligatoria para la comunidad internacional. La segunda Conferencia (Viena, 1993) insiste en que la Declaración *"constituye una meta común para todos los pueblos y todas las naciones"*, por lo que es *"es fuente de inspiración y ha sido la base en que se han fundando las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de*

todo, durante este medio siglo se han desarrollado todo una serie de instituciones y procedimientos no convencionales de protección, que enfrentan situaciones de masivas violaciones de los derechos humanos, con base en la Carta y resoluciones específicas de los órganos de la ONU[197]. También se han registrado (sobre todo en los últimos tiempos) intervenciones del Consejo de Seguridad[198], tanto en lo que respecta al arreglo pacífico de las controversias (Cap. VI de la Carta) o, más excepcionalmente, en lo supuestos de amenazas a la paz (Cap. VII de la Carta).

Pero aquí nos interesan más los procedimientos convencionales, que a través de tratados, acuerdos y convenios internacionales codifican[199] los derechos humanos y les dotan de eficacia jurídica frente a los estados parte en los mismos.

3.1.1. Art. 19 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos (1966)

El proceso para lograr estos tratados fue arduo. Su diferenciación ya indica el distinto énfasis de las democracias liberales y los estados de corte soviético respecto a los derechos cívico-políticos, en un caso, y a los derechos económico-sociales en otro. Separándolos se favorecía una aceptación *a la carta*.

A diferencia de la Declaración Universal, los Pactos, en cuanto tratados, vinculan a aquellos estados que los hayan ratificado, comprometiéndose en el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos a acomodar sus ordenamientos para garantizar el respeto a estos derechos[200]. Se concibe, por tanto, esta carta de derechos como un modelo a seguir.

Su sistema de garantías es rudimentario. La única garantía general que compromete a las partes sin necesidad de consentimiento previo es la de presentar en el plazo de un año de la entrada en vigor -y hay que entender de la adhesión en su caso- un

derechos humanos...". La señora Robinson concluye: *"En definitiva, cincuenta años después de su adopción, la práctica reiterada de los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados y las organizaciones regionales, han venido a dar la razón a los 'padres' originales de la Declaración: cada vez son más los que hoy aceptan que la Declaración es el catálogo universal y consensuado de derechos y libertades a que hace referencia el art. 55 c) de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, muchos de los principios consagrados en el texto de 1948 forman parte hoy de los principios generales del Derecho y de las normas consuetudinarias internacionales, por lo que su observancia es obligatoria para todos los estados miembros de la Organización, con independencia de que sean Partes o no en algún tratado internacional de derechos humanos".*

[197] Ver **Gómez del Prado, José L.**, *1948-1998: Cincuenta años desde la Declaración Universal de Derechos Humanos a las operaciones en el terreno de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Boletín ICAM, nº 9, julio 1998, p. 29

[198] Ver **Villán Durán, Carlos**, *Las medidas de intervención adoptadas por el Consejo de Seguridad en materia de derechos humanos*, Boletín ICAM, nº 9, julio de 1998. El autor caracteriza estas intervenciones de esporádicas, selectivas e imperfectas (p. 133).

[199] Además de los Pactos, el sistema supone un conjunto de más de 60 instrumentos internacionales. Ibídem p. 28

[200] Art. 2.2: *"Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter."* Art. 2.1 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *"Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."*

informe sobre las disposiciones adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos (art. 40). El receptor de tales informes es el Secretario General, que los traslada a la Comisión de Derechos Humanos. No está prevista la periodicidad de estos informes, pero la Comisión está facultado para solicitarlos cuando estime oportuno.

Garantías contenidas en un Protocolo Facultativo y que, por tanto, requieren la previa aceptación de los Estados son la conciliación llevadas a cabo por la Comisión de Derechos Humanos o por una comisión *ad hoc* designada por éste (arts. 41 y 42). No se establece ningún otro mecanismo de composición -y menos todavía de satisfacción- para el caso en que no se logre avenencia entre el Estado presunto violador y el Estado denunciante, o, para ser más exactos, comunicante.

Por ultimo, la ratificación o adhesión al Protocolo Facultativo permite a los individuos bajo la jurisdicción de aquellos Estados que lo hallan aceptado *comunicar* a la Comisión las violaciones de que hayan sido víctimas, poniéndose en marcha, entonces, el mecanismo de conciliación. Pese a lo limitado de estos mecanismos, se abre un resquicio en el Derecho Internacional a la legitimación activa de los individuos en defensa de sus derechos.

En lo que se refiere al derecho a la información, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos refleja las tensiones entre las distintas concepciones. Si en 1948 se llegó a un consenso general y a un texto comprensivo, en 1966 el acuerdo es más matizado, con presencia en el texto de estas diversas posiciones[201].

El art. 19 dispone:

"1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas."

Los dos primeros párrafos mantienen la misma estructura y parecida redacción a la del art. 19 de la Declaración Universal. Aparece, eso sí, más claramente expresado el triple objeto del derecho: ideas, opiniones, informaciones. La Declaración Universal reconocía el ejercicio de las libertades integradas en el derecho a la información *por cualquier medio de expresión*. En cambio, el Pacto precisa algunos de estos medios de expresión: oralmente,

[201] Desde la Conferencia de Ginebra, iniciada el 23 de marzo de 1948, sobre libertad de información se expresan tres posturas: Estados Unidos pretende el reconocimiento del principio de libre circulación internacional de los mensajes; la URSS insiste en que estas libertades sólo pueden ejercerse en la medida en que un estado ponga disposición de los trabajadores los medios de ejercicio y, por tanto, objeto de la soberanía estatal; y, por último Francia, que sin admitir medidas previas de control pone el acento en la responsabilidad y deberes que supone su ejercicio. Ver **López-Escobar, Esteban**, *Análisis del 'nuevo orden' intrnacional de la información*, EUNSA, Pamplona, 1978, pp. 166.

por escrito, en forma impresa o artística, *o por cualquier otro procedimiento de su elección*. La mención es meramente enunciativa, pues se incluye la citada cláusula general. No supera, por tanto, el Pacto a la Declaración, sino más bien al contrario, pues *procedimiento* parece hacer más referencia a los medios naturales que a los medios de comunicación social.

El Pacto pone el acento en los deberes y responsabilidades especiales que entraña el ejercicio de este derechos, una posición media defendida por Francia, como equidistante de las Estados Unidos y la URSS. Efectivamente, todos los derechos conllevan deberes y responsabilidad, pero con la inclusión de esta cláusula se pretende legitimar las posibles restricciones impuestas por los Estados. El término *restricciones* es lo suficientemente vago para englobar desde simples excepciones a la generalidad del objeto informativo hasta la censura u otras formas de control previo. Como garantía frente a estas restricciones (*límite de los límites*) se recoge el principio de legalidad y se enuncian los supuestos de posible restricción: los derechos y reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. En definitiva, un texto muy semejante al del Convenio Europeo, pero que adolece de una garantía sustancial que la carta europea incluye: que tales restricciones estén justificadas en una sociedad democrática para proteger tales bienes o derechos.

Más sentido tiene la obligación que el art. 20 impone a los estados de prohibir toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso, aunque no resulte muy afortunado en este último caso añadir el criterio de que incite a la discriminación, hostilidad o violencia, consecuencia de suyo de cualquier apología del odio. Y tiene sentido este mandato, puesto que tales propagandas no sólo son abusos claros de la libre comunicación, sino que, además pueden convertirse en elementos de tensión internacional. Y, en fin, el art. 14.1 recoge un último límite: la posibilidad de excluir de las vistas judiciales al público o la prensa por consideraciones de orden publico, moral, seguridad nacional *en una sociedad democrática*, o la vida privada de las partes.

En resumen, el punto débil del Pacto reside en la posibilidad de que los estados puedan invocar estos supuestos de restricción para anular las libertades de expresión e información, puesto que, en términos generales, no se incluye el requisito de necesidad en una sociedad democrática y, sobre, todo, por no existir una interpretación jurisprudencial que vincule a las partes.

3.1.2. Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)

Muy distinto es el panorama en el ámbito del Consejo de Europa, donde los estados miembros comparten una misma concepción de lo que debe ser una sociedad democrática. No por casualidad, el Convenio Europeo (Roma, 4 de noviembre de 1950)[202] antecedió en 16 años a los Pactos. Y es que el Convenio de Roma avanza en un concepto compartido de derechos humanos, a los que se dota de una protección internacional.

[202] El Convenio fue firmado por España en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 y ratificado y aprobado por las Cortes Generales publicándose en el B.O.E. de 10 de octubre de 1979.

Para Ripol[203], el Convenio es un *instrumento de armonización a efectos mínimos*. Impone a los estados reconocer a todos los sometidos a su jurisdicción el conjunto de derechos contenidos en la carta, lo que tiene una incidencia en prácticamente toda la vida social y en cuanto fija un nivel de mínimo de protección no impone la uniformidad internacional ni reglas jurídicas homogéneas, pero crea una suerte de orden público europeo.

Durante casi medio siglo su sistema de protección[204] ha estado configurado en torno a la Comisión de Derechos Humanos, el Comité de Ministros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una vez agotados los recursos internos y en el plazo de seis meses, los estados y los particulares (pero en este caso sólo si el estado en cuestión ha reconocido esta competencia) se hallaban legitimados para plantear ante la Comisión recursos por violación de los derechos del Convenio. La Comisión era el centro del sistema: decidía la admisión de los recursos; investigaba el caso; buscaba una conciliación e informa al Comité y al Tribunal. Si la reglamentación amistosa no se conseguía, trasladaba informe al Comité de Ministros. En el plazo de tres meses el Estado interesado o la Comisión podían elevar el caso al Tribunal, pero la competencia del Tribunal era facultativa, esto es, tenía que haber sido aceptada por el Estado demandado. Si el caso no era planteado al Tribunal, el Comité por mayoría de 2/3 decidía si había existido violación o no. La ejecución de la sentencia del Tribunal o de la decisión del Comité de Ministros era vinculante para los estados, pero sin eficacia ejecutiva, pues su carácter es declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas las sentencias internas, hasta tal punto que el art. 50 permite que si el derecho interno sólo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias del acto contrario al Convenio, el Estado podrá conceder una *satisfacción equitativa*[205].

El Protocolo nº 11, que ha entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998, ha modificado en profundidad el sistema. El Tribunal se convierte en permanente, compuesto por un juez por cada uno de los Estados parte en el Convenio, elegidos para un periodo de seis años por la Asamblea Parlamentaria entre una terna presentada por el respectivo Estado. La Comisión de Derechos Humanos desaparece y es el propio Tribunal, a través de una comisión de tres jueces (art. 28) el que decide sobre la admisibilidad de la demanda. Si la demanda es admisible, el Tribunal puede seguir un procedimiento contradictorio u ofrecer a las partes una composición amistosa del litigio (art. 38). Las sentencias de las Salas formadas por tres jueces son recurribles ante el Pleno. El nuevo

---

[203] **Ripol Carulla, Santiago**, *Las libertades de información y comunicación en Europa*, Tecnos, Madrid, pp. 44-45

[204] Véase **López Garrido, Diego**, *Nota Introductoria* al repertorio *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 25 años de jurisprudencia (1959-1983)*, BJC, Cortes Generales, 1983.

[205] **STC 245/1991** *"... Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo al art. 32 del Convenio]. El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento , que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna, si bine tal satisfacción equitativa sustitutoria sólo entra en juego cuando el derecho interno no permite la reparación. (p. 62)perfecta de las consecuencias de la resolución o sentencia estatal..."*

art. 41 del Convenio mantiene la posibilidad de que el Estado condenado ofrezca una satisfacción equitativa, si su derecho interno no permite reparar satisfactoriamente las consecuencias del acto declarado contrario al Convenio. La reforma constituye un importantísimo paso hacia la universalización de los derechos humanos, configurándose el Tribunal como la jurisdicción permanente regional más importante.

Quizá el mayor avance de esta peculiar jurisdicción europea es reconocer a los individuos, grupos o personas jurídica la legitimación para iniciar el procedimiento. Su punto débil era, para algunos autores[206], las presiones e intereses políticos que pueden influir sobre la admisión de la demanda por la Comisión, hasta su reciente supresión.

Analicemos la formulación del derecho a la información en el Convenio de Roma. Su art. 10 declara:

> *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar información o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*
> *2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."*

Estas pueden ser, en síntesis, la peculiaridades del texto en comparación con el de la Declaración de 1948:

- Se reconoce la que se denomina libertad de expresión, que comprende, conforme al desglose de libertades realizadas anteriormente, las libertades de información y expresión. Se echa en falta la mención de las facultades de investigación.

- Tales libertades lo son frente a las injerencias de las libertades públicas. La falta de cualquier mención al papel de los poderes públicos en la promoción de estas libertades o a la posibilidad de injerencias de los particulares acentúa el carácter de libertad autonomía, de derecho de libertad.

---

[206] **Alcalá-Zamora Castillo, Niceto**, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975, constató el escaso número de demandas planteadas por los estados y el altísimo grado de inadmisión por parte de la Comisión (97% en el periodo analizado, 1959-1975) frente al que es normal en las jurisdicciones nacionales (por ejemplo, 75% en la jurisdicción civil italiana) y concluyó que *"... so pena de suponer que únicamente litigantes temerarios o perturbados mentales acuden ante la Comisión con demandas y quejas extemporáneas y descabelladas, la conclusión a sacar es la que aquella, bajo influencias políticas, lejos de servir para proteger los derechos humanos, funciona al solo efecto de echarle tierra a las violaciones denuncidadas."* (p. 68). En descargo de la Comisión habría que alegar que los asuntos han agotado las vías nacionales y, por tanto, puede haber un cierto grado de temeridad. ¿Quién no ha oído a algún querellante o solicitante de amparo decir estar dispuesto *a llegar a Estrasburgo* al tiempo de comenzar el procedimiento nacional?.

- No se hace mención a la universalidad de los medios. Sin embargo se admite la posibilidad de someter a las empresas de radiotelevisión y cinematografía a un régimen de autorizaciones. En el caso de la radiodifusión -al margen de la justificar las situaciones de hecho- no ha de olvidarse que tal autorización, así como la responsabilidad de los Estados por las instalaciones emisoras que operen desde su territorio, se hallaba prevista con anterioridad en el régimen internacional de este medio. En cambio, en el caso de la cinematografía no existía tal justificación internacional y las autorizaciones admitidas por la Convención solo se explican como la legitimación de los distintos ordenamientos nacionales inspirados en los años 50 por el principio de *cinematografía nacional*. A los efectos de esta tesis resulta de especial interés la jurisprudencia sobre estos principios, que se sintetizará en este apartado y a la que habrá que volver con frecuencia.

- Encontramos, al igual que en el Pacto, la mención a los deberes y responsabilidades especiales, que en este caso se traducen en un muy amplio catálogo de bienes y derechos que pueden determinar la imposición de formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. Es decir, se establecen los supuestos mencionados como excepción a la prohibición general de injerencias. Lo más grave no es tanto lo numeroso de estos limites, como las medidas que legitiman: no sólo sanciones posteriores a la difusión (sin determinar si sólo habrían de ser judiciales o serían también admisibles las administrativas) sino también medidas previas (formalidades, restricciones, condiciones) equivalentes a la censura.

- La garantía o medida para enjuiciar la legitimidad de estas restricciones es doble: que estén previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, verdadera piedra de toque de toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En primer lugar, señalar que titular de las libertades de expresión e información son todas las personas, no sólo los periodistas[207]. Y tanto los individuos como las sociedades, asociaciones o grupos (*Sunday Times versus Reino Unido*, 26 de abril de 1979 y *Groppera Radio AG versus Suiza*, 25 de marzo de 1990), sin que las personas jurídicas puedan ser excluidas por su carácter comercial.

El Tribunal ha ampliado el objeto del derecho a las facultades de investigación (*Leander versus Suecia*, 10 de octubre de 1983)[208], pero su jurisprudencia se ha polarizado en torno a dos extremos: los límites o qué restricciones pueden entenderse legítimas y en qué medida los distintos regímenes de radiodifusión son conformes con el Convenio. También ha ampliado la protección a la comunicación publicitaria a la que considera manifestación de las libertades contenidas en el art. 10[209] (*Casado Coca versus Reino de*

[207] La Comisión ha reconocido estas libertades al propietario de un pequeño teatro de marionetas, a las adminjstraciones públjcas, a los funcionarios, aunque con el límite de la confidencialidad y a los militares con repeto a la disciplina. **Ripol, S.**, op. cit. p. 54

[208] Véase **Jimena Quesada, Luis**, *"Los monopolios radiotelevisivos y la libertad de comunicación audiovisual en el marco europeo",* Revista General de Derecho, 627, 1996, p. 13214

[209] Sobre la inclusión de la publicidad como objeto del derecho a la información puede verse: **Barendt, E.**, op. cit., pp. 191 y ss.; **Díez-Picazo, Luis María**, *"Publicidad y derechos fundamentales" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

España, 27 de febrero de 1994) y de modo específico a la publicidad televisiva (*Groppera Radio AG versus Suiza*, 20 de junio de 1989)[210]. (Véase, más adelante, capítulo 3º , 1.5).

El Tribunal (junto con la Comisión) ha delimitado[211] con bastante amplitud el derecho a la información. En primer lugar, el Tribunal constata si existe violación del contenido del derecho; luego, examina si tal restricción está prevista en la ley; después si es legítima y proporcionada a los límites previstos por el art. 10; finalmente, si las medidas son necesarias en una sociedad democrática[212]. En cuanto al principio de legalidad, se interpreta como legalidad material[213], exigiéndose a la disposición que sea accesible a su destinatario y precisa en su contenido (*Sunday Times versus Reino Unido*, 21 de marzo de 1975). El requisito de la necesidad para una sociedad democrática permite al Tribunal definir a ésta en relación con valores como los de pluralismo, tolerancia, respeto mutuo y del Derecho. Tal necesidad, que en algunas sentencias se relaciona con normalidad, utilidad, razonabilidad, llega a caracterizarse como *imperiosa* (*Sunday Times versus Reino Unido*). Para mejor graduar esta necesidad se exige que la restricción sea proporcionada[214] y no desmesurada en relación con el fin que persigue, lo que permite al Tribunal valorar las circunstancias del caso y las especificidades del país[215]. En cualquier caso, la interpretación de las limitaciones debe ser restrictiva (*caso Sunday Times*).

El Tribunal confirma el carácter preferente de estas libertades cuando se ejercen en temas relacionados con el interés público. Y así, los límites de la crítica son más amplios cuando se trata de políticos y personalidades públicas (*caso Lingens*, 8 de julio de 1986, *Castells versus Reino de España*, 23 de abril de 1992). Además, las libertades de información y expresión están íntimamente relacionadas. A este respecto es especialmente significativa la sentencia en el *caso Lingens*: la prensa tiene derecho no sólo a difundir informaciones, sino también a interpretarlas, lo que no vulnera la libertad de recepción del público, que a la vista de todos los datos podrá hacer su propia interpretación, pues esta libertad de interpretación no queda, como declaraba la sentencia recurrida del Tribunal de Apelación de Viena, reservada con exclusividad al lector. Además se apuntan elementos de la concepción institucionalista: la prensa, que cumple una función esencial en una sociedad democrática (*Castells versus Reino de España*, 29

---

[210] Para **Porter, Vincent**, *"Public and private broadcasting in the United Kingdom. An example for the rest of Europe?" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 349 el Tribunal ha adoptado un planteamiento neoliberal que terminará por convertir a la información en una mercancía más.

[211] *"... .*el Tribunal no ha ofertado una interpretación del bien que se protege, sino más bien, una interpretación de los fines que pueden justificar la limitación del derecho...*"* **Durán Lalaguna, P.**, op. cit. p. 190

[212] **Torres-Dulce Linfante, Eduardo**, *"La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 33, 1993, p. 64

[213] Ver Ibídem, pp. 73-75

[214] En una sentencia reciente, de 23 de septiembre de 1998, ***caso Lehideux e Isorni,*** se considera desproporcionada la condena a los miembros de la Asociación para la defensa del Mariscal Pétain. Estas personas fueron condenadas, en aplicación de la Ley sobre la Libertad de Prensa francesa (1881) *"por defender públicamente crímenes de guerra y colaborar con el enemigo"* como consecuencia de publicar en un diario un anuncio en el que se presentaba al mariscal de forma favorable. El Tribunal considera que, puesto que el anuncio se limitaba a presentar favorablemente al mariscal y no su ideología política, a la vista de la gravedad de la sanción penal de privación de libertad, consideró la injerencia desproporciona con los fines legítimos perseguidos.

[215] Ver **Ripol, S.**, op. cit. p. 88

de noviembre de 1992) debe controlar los abusos y desviaciones del poder (*doctrina del perro guardián, Observer et Guardian versus Reino Unido*, 26 de noviembre de 1991).

El objeto del derecho no sólo son las ideas o informaciones favorablemente acogidas, sino también aquellas que entran en conflicto, inquietan, molestan u ofenden al Estado o a una parte de la población, pues así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin el que no podría existir una sociedad democrática[216]: por ejemplo, el Gobierno debe mostrar cierta moderación a la hora de recurrir a los procedimientos penales, sobre todo cuando existen otros medios a su alcance para responder a ataques injustificados (*caso Castells).*

He aquí la caracterización de algunos de los bienes que sirven de fundamento para los límites:

- **Moral pública.** A partir del *caso Handyside* (8 de junio de 1976) el Tribunal se remite a los derechos y usos internos, al constatar la variabilidad del concepto, conforme el tiempo y lugar y la inexistencia de un concepto común de moral pública para todos los países europeos.

- **Protección a la autoridad judicial.** En la sentencia del *caso Bradford* (22 de febrero de 1988) esta cláusula limitativa se pone en función del fin de garantizar la independencia e imparcialidad del poder judicial y no al de salvaguardar la honorabilidad de los jueces. El Tribunal entiende que existe una mayor homogeneidad entre los países europeos sobre el entendimiento de este límite con respecto al de la moral, y , en consecuencia, el margen de apreciación nacional es menor.

- **Confidencialidad[217].** La protección de la reputación y de los derechos ajenos, mencionada en el art. 10.2, exige no divulgar informaciones confidenciales: aquellas destinadas a un sujeto receptor concreto (*caso Autronic*) y aquellas obtenidas violando la reserva que pesa sobre ellas, siempre que no haya existido una divulgación previa (*Weber versus Suiza*, 22 de mayo de 1990, *casos Observer y Guardian, y Times Newspaper*, ambas sentencias de 26 de noviembre de 1991).

Los recursos frente a las distintas manifestaciones de los monopolios radiotelevisivos ha permitido al Tribunal ir delimitando la *cláusula de autorización*. Hasta los años 80 es constante la jurisprudencia que admite en términos amplios las posibilidades de autorización. En general, la autorización es legítima en cuanto regulación técnica del medio, e incluso para garantizar el pluralismo (externo)[218]. Pero conforme las limitaciones técnicas (frecuencias disponibles) son menos evidentes, la interpretación de la cláusula va haciéndose más restrictiva.

---

[216] **Gay, C.**, op. cit., p. 81

[217] **Ripol, S.**, op. cit. p. 79 y ss

[218] **Gay, C.** , op. cit. p. 254. La autora critica acertadamente la consideración jurisprudencial del pluralismo como límite a la libertad de expresión e información, cuando su verdadera naturaleza es la de garantía (yo mejor diría presupuesto) de tales libertades, p. 256.

El derecho reconocido en el art. 10 comprende la **libertad de recepción**, concretamente la libertad de recepción de los mensajes emitidos por los satélites de telecomunicaciones, cuando sus emisiones vayan destinadas a la generalidad del público (*caso Autronic AG versus Suiza*, 22 de mayor de 1990)[219], recepción que no puede ser impedida por un simple acto administrativo o vía de hecho.

La **libertad de emisión** en lo referente a la transmisión de los programas de emisores situados fuera de sus fronteras puede ser limitada por los estados, pero siempre que estas limitaciones superen los requisitos del 2º párrafo del art. 10: estar previstos por la ley y ser proporcionados, conforme los parámetros de una sociedad democrática, a los bienes que se trata de proteger (*caso Groppera*).

Por último, en el *caso Informationsverein Lentia* (24 de noviembre de 1993) declaró contrario al Convenio el **monopolio** radiofónico austríaco por considerarlo desproporcionado y no justificado ni en razones técnicas, ni en motivos económicos como garantía del pluralismo.

Hasta aquí, el derecho a la información, tal como resulta del Convenio europeo y su jurisprudencia, referencia interpretativa obligada del art. 20 CE.

3.2. Un solo mundo, voces múltiples. Libre circulación de informaciones

Este lema -*Un solo Mundo, Voces Múltiples*- escogido por la UNESCO para titular el polémico Informe MacBride, sintetiza bien el reto que supone la dimensión universal del derecho a la información: en un mundo único, en un mundo al que las comunicaciones han convertido en global, todas las voces (personales, colectivas, nacionales) deben encontrar su posibilidad de expresión; sólo así el mundo será uno y todos nos podremos reconocer en él.

Si hacer real la libertad ya es complicado dentro de la jurisdicción de un Estado, mucho más lo es en el ámbito a nivel mundial, cuando la sociedad internacional sigue limitada por elementales formas de integración jurídica. Desde la aparición de la radio se han buscado modos de ordenar la circulación de informaciones, con muy relativa fortuna. El principio de cooperación funcionó bien para reglamentar el nuevo medio en beneficio de todos, aunque, desde luego, este régimen no fue neutro y benefició a los países tecnológicamente más avanzado y a las antiguas potencias coloniales. Pero cualquier atisbo de ordenación internacional de los propios contenidos que circulan de unos países a otros ha sido casi imposible, con la excepción de la armonización realizada en el ámbito europeo (Consejo de Europa y Comunidad Europea).

La libre circulación de informaciones siempre se ha considerado uno de los factores de la paz mundial. Ya en fecha tan temprana como 1922 la Sociedad de Naciones

[219] Si se da ese carácter publico de la emisión resulta irrelevante que el satélite esté clasificado como de comunicación punto a punto, categoría que exige para su recepción de la autorización del emisor, conforme a la normativa internacional. Ver **Ripol, S.**, op. cit. p. 52-54

elabora un convenio sobre el uso de la radio en tiempo de guerra que permite a los estados interferir las emisiones enemigas[220]. En 1927 la propia Sociedad promueve una conferencia en Ginebra para dar garantías a corresponsales extranjeros y promover las comunicaciones[221] y en el mismo marco, pero ya en un clima prebélico, se elabora el Convenio sobre el uso de la Radio en la causa de la Paz (23 de septiembre de 1936), que sólo reúne siete ratificaciones[222]. En los años 40 y 50 una serie de instrumentos internacionales establecen un entramado de compromisos entre los estados para no permitir la propaganda racista, la incitación al odio, la exaltación del genocidio o la promoción de la discriminación y en general aquella propaganda que pueda poner en peligro la paz[223]. Pero la realidad de aquellos años de guerra fría es muy otra y las concepciones norteamericana (libre circulación), soviética (control estatal) y francesa (responsabilidad) se enfrentan en los foros internacionales. Un compromiso se alcanza en el Acta Final de la Conferencia para la Cooperación en Europa (Helsinki, 1975): la libre circulación de informaciones se propone como un objetivo a alcanzar en el proceso de distensión que se inicia y en el que tendrán especial importancia la cooperación y el intercambio de informaciones y la mejora de las condiciones de trabajo de los periodistas extranjeros.

La pugna de estas concepciones se manifiesta bien en el reparto de frecuencias[224] y, sobre todo, en el proceso de ordenación internacional de los satélites de comunicaciones. En tanto se trató de satélites de telecomunicaciones o de comunicación punto a punto, los principios de cooperación internacional y responsabilidad estatal pudieron articularse sin demasiados problemas. Pero al plantearse la regulación de los satélites de difusión directa el acuerdo se hizo prácticamente imposible[225]. Para los países occidentales, con Estados Unidos a la cabeza, el principio de responsabilidad equivalía a someter a control previo las emisiones y acomodar los contenidos a las normas de derecho internacional en favor de la paz hubiera supuesto aceptar el concepto de información dirigida...

Finalmente se llegó a una solución de compromiso. La reglamentación técnica adoptada por la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones (Ginebra, enero de 1977) opta por el principio de difusión nacional: un haz de emisión muy estrecho, dirigido hacia el territorio del país emisor. Las frecuencias asignadas a los estados miembros (especialmente apropiadas por sus características técnicas para la cobertura supranacional) sólo se protegen en esa zona de servicio de ámbito nacional. Sin embargo,

---

[220] **Debbasch, Charles**, *Droit de l'audiovisuel*, Dalloz, 4ª edición,París, 1995, p. 850

[221] **López-Escobar, E.**, op. cit. p. 150

[222] **Beneyto, Juan**, *La opinión pública internacional*, Tecnos, Madrid, 1963, p. 113.

[223] Ver **Gay, C.**, op. cit. p. 37

[224] Los países comunistas concebían de un modo extremadamente centralizado sus sistemas de radiodifusión y estaban más interesados en interferir las emisiones extranjeras que en lograr frecuencias para difundir las propias. Así, caído el muro de Berlín, los países de la Europa central y oriental se han encontrado con un número muy reducido de frecuencias para instaurar sistemas duales público-privados de radiodifusión y aumentar el número de canales. Véase el Informe de Expertos presididos por el Comisario de Políitica Audiovisual, Marcelino Oreja, *L'ère numérique et la politique audiovisuellle européenne. Rapport du Groupe de Réflexion sur la politique audiovisuelle,* Commission Européenne, Bruselas, 1998, p. 33, nota 29.

[225] Ver sobre este proceso la completa exposición de **Gay, C.**, op. cit. p. 50 y ss.

la forma elíptica del haz de emisión hace imposible ajustar la zona de cobertura real a los límites nacionales. Es el llamado *desbordamiento*. Y si en 1977 para captar estas *emisiones desbordadas* eran necesarios equipos receptores (por ejemplo, antenas parabólicas de 5 metros de diámetro) muy pronto se simplifican y abaratan, poniéndose al alcance de cualquier usuario. A comienzos de los 80 estaba ya muy claro que los satélites de difusión directa se convertirían en vehículos de televisión transnacional[226] y la Resolución de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982, que exige la autorización del país receptor antes de establecer un servicio de televisión directa por satélite[227] no es suscrita por los países occidentales.

El régimen internacional de los satélites de difusión directa se configura como una *regulación débil*, inapropiada para vincular a los estados a la realización de los principios de la libre circulación de informaciones y de la cooperación internacional[228]. La realidad presente es que las emisiones transnacionales por satélite, si respetan la asignación internacional de frecuencias, no están sujetas prácticamente a ninguna condición, salvo la armonización realizada en el ámbito europeo.

Pero el foro de mayor repercusión política fue el de la UNESCO. Los Países No Alineados aportaron una nueva concepción que proponía vincular la comunicación al desarrollo de los pueblos e insistía en los desequilibrios existentes entre países desarrollados y subdesarrollados en esta materia. Así, en paralelo con la exigencia de un *nuevo orden económico mundial* surge la reivindicación de un *nuevo orden informativo mundial*[229]. En la XIX Conferencia (Nairobi, 1976) la conjunción de los No Alineados y la Unión Soviética produce un texto (*Declaración sobre los principios fundamentales que han de regir el uso de los medios de comunicación colectiva para el fortalecimiento de la paz, la comprensión internacional y la lucha contra la propaganda bélica, el racismo y el apartheid*) en la línea de la concepción dirigista. Su art. 12 establecía la responsabilidad estatal por las acciones de los medios de comunicación bajo su jurisdicción. En medio de una grave división, que a punto estuvo con terminar con la propia UNESCO, el texto no es aprobado, se nombra una comisión de expertos (que terminarán por producir el informe MacBride) y

---

[226] La previsión de este fenómenos es uno de los acicates para la puesta en marcha de un mercado común de televisión. Ver *Télévision sans frontières* COM (84) 300 final, Bruselas, 1984, p. 14

[227] En parecido sentido cabe citar el Convenio promovido por la UNESCO y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual para proteger los derechos de autor en la distribución de programas mediante señales transmitidas por satélite (Bruselas, 1974). Su art. 2 dispone que los Estados parte *"tomarán las medidas adecuadas para obstaculizar la distribución en su territorio, o desde su territorio, de señales portadoras, por todo distribuidor al que tales señales, emitidas o en tránsito por el satélite, no se hallen destinadas".* Ver **Masouyé, Claude,** *"Les problemes juridiques posé par la distribution des signaux porteurs de programmes transmis par satellite"* Revista UER, v. XXIX, nº 4, 1978, pp.43-46

[228] Ver **Gay, C.**, op. cit p. 59. La autora es partidaria de buscar el equilibrio entre ambos principios: *"...La libertad de información debe realizarse en el contexto de un principio de igual rango dentro del ordenamiento jurídico internacional como es el de cooperación. La cooperación debe darse en el caso de que se trate de una televisión transnacional, es decir desbordada, o proyectada para ser recibida en varios países, y debe reforzarse cuando las emisiones estén concebidas específicamente para ser recibidas en un país distinto al emisor . El ejercicio de la libertad de información en las condiciones tecnológicas actuales debe actuar positivamente, favoreciendo el intercambio de opiniones e ideas en la comunidad Internacional y contribuyendo así al respeto del pluralismo político y cultural, fundamento de la paz internacional."* (p. 56).

[229] Puede revisarse este proceso en **López-Escobar, E.**, op. cit, pp. 304-308 y 312-327.

el tema se remite a la siguiente Conferencia General. En París, en 1978, termina por aprobarse una declaración de compromiso, que recoge los siguientes principios:

- Vinculación de la comunicación a la *"promoción de los derechos humanos, la lucha contra el racismo y la difusión más equilibrada de la información".*
- Protección que garantice a los periodistas un mejor ejercicio de su profesión.
- Garantía del acceso del público a la información.
- *"Establecimiento de un nuevo equilibrio que garantice una mayor reciprocidad en la circulación de la información, condición favorable a la consecución de una paz justa y duradera y a la independencia de los países en vías de desarrollo, corrigiendo las desigualdades en la circulación de los países en vías de desarrollo."*
- *"Establecimiento de las condiciones de una circulación libre de la información."*
- *"Promoción de los intercambios bilaterales y multilaterales de información."*

Vista con la perspectiva que dan el paso de los años y el cambio de las condiciones históricas, la polémica del *nuevo orden informativo mundial* fue la gran ocasión pérdida -uno de los últimos coletazos de la guerra fría- para poner las bases de una verdadera dimensión universal del derecho a la información. Si se repasan las conclusiones y recomendaciones del Informe MacBride[230] se comprueba que se trata de propuestas sensatas y equilibradas, nada dirigistas, la mayoría dirigidas a los propios países en vías de desarrollo como sugerencias para el establecimiento de políticas de comunicación. Su espíritu se resume bien la tercera de las conclusiones[231]:

> *"Nuestras conclusiones se basan en el firme convencimiento de que la comunicación es tanto un derecho fundamental del individuo como un derecho colectivo, que procede garantizar a todas las comunidades y a todas las naciones. La liberta de información -y más exactamente, el derecho a buscar, recibir y difundir información- es uno de los derechos humanos fundamentales; y constituye incluso un requisito previo de otros muchos derechos. Para poder manifestarse plenamente, con todas las virtualidades que encierra, y por su índole misma, la comunicación depende de las condiciones políticas, sociales y económicas circundantes, las más esenciales de las cuales son la democracia en cada país y la existencia de relaciones iguales y democráticas entre todos ellos. En este contexto adquiere toda su importancia la democratización de la comunicación nacional e internacional y crece su importancia para la democratización misma de la sociedad."*

Si dejamos al margen lo nebuloso del concepto de *derecho colectivo*, el diagnóstico no puede ser más claro: la dimensión universal se logrará si el derecho a la información se realiza a nivel nacional, en el marco de sociedades democráticas.

Desde entonces la comunicación se ha comercializado y es cada vez más considerada una simple mercancía, lo que coloca todavía en posición más débil (sobre todo en dominios como los de la infamación científico-técnica) a los países más desfavorecidos. Aunque el abismo en cuanto a las infraestructuras de la comunicación se

[230] Op. cit, pp.431-463

[231] Ibídem p. 432

ha reducido[232], las grandes empresas de comunicación, las que dominan los respectivos mercados son, por este orden, de Estados Unidos, Unión Europa y Japón y los procesos de concentración auguran la pervivencia de un puñado de conglomerados, que dominarán las estructuras y la producción de contenidos[233].

3.3. El derecho a la información en el ámbito del Consejo de Europa y la Unión Europea

Como ya se ha reiterado, en este ámbito europeo el derecho a la información presenta una verdadera dimensión supranacional, en virtud de las comunes concepciones sobre la comunicación, los derechos humanos y lo que debe ser una sociedad democrática. Consejo de Europa y Comunidad (Unión Europea) son dos organizaciones de naturaleza distinta. La primera es una organización de cooperación política; la segunda, de integración, económica en su origen y tendencialmente política. Es lógico, por tanto, que haya sido el Consejo de Europa el que con más constancia e intensidad haya procurado fomentar tanto las posibilidades de ejercicio del derecho a la información en el seno de los países miembros, como favorecer la libre circulación de mensajes en el ámbito europeo, medio, además, de crear una conciencia común. Pero desde comienzo de los años 80, la Comunidad irrumpe con fuerza, reparando en la existencia de un incipiente mercado de la información, que se quiere común. Puede decirse que esta intervención comunitaria ha sido un factor decisivo para legitimar y regular la información considerada como una mercancía. La tensión entre la información considerada como derecho y la información considerada como producto y actividad mercantil informa hoy todos los retos que tiene ante sí la realización del derecho a la información.

Comencemos por el **Consejo de Europa**. Su labor histórica ha sido, ante todo, la positivización del derecho a la información mediante el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia que lo desarrolla. Se ha configurado, así un derecho complejo, compuesto por un conjunto de libertades, que se reconoce y protege en su dimensión de libertad-autonomía frente al Estado (que sólo puede restringirlo en los supuestos en que los bienes y derechos enumerados lo exijan en una sociedad democrática) y, también, en su libertad-capacidad (*caso Informationsverein Lentia*) como disposición y utilización de los medios para difundir ideas, opiniones e informaciones, en la medida en que estos medios ya no sean un recurso extremadamente escaso que requiera una intervención estatal.

Paralelamente, los órganos del Consejo -el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria- han desarrollado esa promoción -interna y europea- del derecho a la información a través de un sinfín de declaraciones y recomendaciones sobre una variedad de temas, que resulta imposible recoger aquí, y en las que a menudo se insiste en el papel

[232] Ver **Sahagún, Felipe**, *De Gutemberg a Internet*, EIC, Madrid, 1998, pp. 174-179. El autor compara las estadísticas sobre desarrollo humano de 1979 (Banco Mundial) y 1994(Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) (incluye cuadros).

[233] **Ramonet, Ignacio**, *La tiranía de la comunicación*, Temas para Debate, Madrid, 1998, pp. 150-151. Según el autor, de las 300 empresas más importantes de información y comunicación, 144 eran norteamericanas, 80 de la Unión Europea y 49 japonesas.

de los medios en el desarrollo de la democracia y los derechos humanos [234]. De toda la labor del Consejo de Europa destacan la *Declaración sobre la libertad de expresión y de información* del Comité de Ministros (29 de abril de 1982), el *Convenio sobre Televisión Transnacional* (5 de mayo de 1989) y la *Declaración de Praga sobre el servicio público de televisión* (9 de diciembre de 1994).

En la Declaración de 1982[235] se hace una valoración optimista del principio de la libre circulación. Los ministros se muestran convencidos de que la tecnología permite el afianzamiento del derecho a buscar, transmitir y recibir informaciones e ideas por cualquier medio y sin limitación de fronteras y estiman que la comunicación transnacional se ha convertido en un factor idóneo para fomentar la comprensión internacional, para acercar a los pueblos y alcanzar el enriquecimiento de sus tradiciones culturales. La libre circulación es requisito indispensable para alcanzar el objetivo de la unidad cultural de los países europeos. Instrumentos para favorecer la libre circulación serán la cooperación y la asistencia técnica. Vemos, pues, como en este ámbito la libre circulación ya no se ve como injerencia en la soberanía nacional, sino como presupuesto de la unidad cultural europea. Además, en la línea institucional, recomienda a los estados que en su ámbito interno lleven a cabo una labor promocional de estas libertades, removiendo los obstáculos a su ejercicio[236].

La pieza más importante de la labor del Consejo de Europa es el Convenio de Televisión Transfronteriza, nacido bajo los mismos presupuestos que la Directiva comunitaria *Televisión Sin Fronteras*. En ambos casos se trata de armonizar las legislaciones para superar los obstáculos a la difusión transnacional de programas de televisión. Se adoptan parecidas disposiciones sobre publicidad y cuotas de emisión y, en lo que ahora nos interesa, se reconocen las libertades de emisión y recepción y se establece el principio de responsabilidad estatal[237]. En el caso de los países que forman parte de la Unión Europea y del Consejo de Europa, se aplica en primer lugar la Directiva y sólo subisidiariamente el Convenio.

Por último, la Declaración de Praga -pese a su falta de valor vinculante- es la referencia obligada para superar la crisis de las televisiones públicas y define un standard europeo de lo que debe entenderse por servicio público de televisión[238].

En el ámbito de la **Unión Europea** encontramos las mismas inquietudes de promover el derecho a la información en el nivel nacional y favorecer la libre circulación de mensajes entre los distintos países, creando un espacio común de comunicación. Tales

---

[234] Véase **Ripol, S.**, op cit., pp. 118-122. Sobre protección de la infancia y juventud, pp-90-92. También la Resolución (81) 19 sobre acceso a la información pública, reconocido como derecho público a todos, sin necesidad de tener un interés directo, p. 60. También **Gay, C.**, op. cit. p. 80

[235] **Ripol, S.**, op. cit. pp. 99-101.

[236] **Gay, C.**, op. cit. p. 82.

[237] En las emisiones terrenas será responsable el Estado en el que origine la emisión primaria; en las emisiones por satélite, aquel en el que se origine el enlace ascendente al satélite. Por el contrario, en la Directiva comunitaria se toma en cuenta la competencia jurídica sobre la empresa emisora. Ver **Gay, C,**, op. cit. p. 248.

[238] **Porter, V.**, op. cit. p. 352. Puede consultarse el texto -sobre el que volveremos- en **Muñoz-Machado, Santiago**, *Servicio publico y mercado. III La televisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp-151-152

inquietudes se manifiestan, fundamentalmente, en los trabajos del Parlamento Europeo. Pero a este enfoque se superpone otro que termina por ser el fundamental: la dimensión económica de estas libertades. Es el planteamiento de la Comisión y del Consejo y se propone crear un *mercado único*, si no de la información en su conjunto, sí de los programas audiovisuales. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia se manifiesta la tensión entre ambas consideraciones[239].

La expansión de las competencias comunitarias al campo de la información se ha impulsado a través de la práctica institucional que desarrolla poderes residuales y a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que desde la sentencia del *caso Sacchi* (30 de abril de 1974) integra a la televisión en el ámbito comunitario[240], al considerar la emisión de programas servicios en el sentido del art. 60 Del Tratado de Roma.

El Parlamento Europeo insistió en la importancia de la comunicación para construir la Comunidad. En su resolución del 12 de marzo de 1982[241] puede leerse:

> *"Una comunidad europea firmemente decidida a establecer las base de una unión más estrecha entre los pueblos europeo debe incluir sobre todo una comunidad de comunicación."*

Estaba claro que cualquier planteamiento supranacional habría de referirse a la radiodifusión, dejando al margen a la prensa, con un régimen privado de carácter nacional. La radiodifusión, o más concretamente, la televisión, dependiente de organismos públicos y susceptible de traspasar las fronteras, se convierte en el objeto de las instituciones comunitarias. La Comisión (25 de mayo de 1983) elabora un informe sobre las posibilidades de un programa europeo de televisión, pero ya el 14 de junio de 1984 publica su *Libro Verde sobre el Establecimiento del Mercado Común de la Radiodifusión, notablemente por satélite y cable*. El servicio europeo de televisión nunca verá la luz (si no es en la forma limitada de EURONEWS); por contra, el Libro Verde tendrá unas repercusiones profundas en el panorama audiovisual europeo.

Se parte de la consideración de la difusión de los programas de televisión como servicios en el sentido del Tratado de Roma y se llega a dos conclusiones básicas: a) las transmisiones de un país comunitario hacia otro es un servicio que debe ser liberalizado[242]; b) no pueden aplicarse restricciones discriminatorias en razón de la nacionalidad a las emisiones provenientes de otros países comunitarios, ni a los extranjeros de estos países que pretendan emitir desde un Estado miembro. Partiendo de la disparidad de las restricciones nacionales a la las libertades de emisión y recepción, basadas en razones de orden público y legitimadas por la llamada *cláusula de autorización* del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para lograr esos objetivos, se hace indispensable la armonización de las legislaciones nacionales en materia de publicidad, protección a la

[239] **Gay, C.**, op. cit. p. 111.

[240] Ver el proceso en **Gay, C.**, op. cit. pp. 93-97. La sentencia del caso Sacchi declaró conforme al Tratado de Roma el monopolio de la RAI, puesto que el Tribunal consideró que los monopolios televisivos no constituían posición dominante, prohibidos por el art. 86 del Tratado en relación con el 90.

[241] Ibídem p. 146.

[242] Libro Verde *Télévision sans frontières*, p. 116.

infancia y juventud, derechos de autor y derechos de respuesta. El proceso desembocará en la adopción de dos directivas: una, general, que mantiene la denominación *Televisión Sin Fronteras*, la 89/552/CEE (3 de octubre d 1989), y otra dos específica sobre armonización de los derechos de autor (93/83/CEE, de 27 de septiembre, sobre coordinación de los derechos de autor y afines en los programas transmitidos mediante satélite y cable y la 93/98/CEE, 29 de octubre de 1993, que armoniza el plazo de duración de estos derechos).

Son estos los pilares de la política audiovisual europea, que intenta conciliar los objetivos de crear una Europa de los ciudadanos y un mercado único[243], de hacer compatible la dimensión económica con el ejercicio de las libertades. Así se expresa en el dictamen del Parlamento Europeo a la Directiva de la Televisión Sin Fronteras. Es el llamado *decálogo Barzanti*[244]*:*

1. *"Favorecer la integración europea mediante la libre transmisión y recepción de programas de TV en el interior del territorio comunitario.*
2. *Fomentar la industria del audiovisual europeo, mediante ayudas y mediante el establecimiento de reserva de cuotas obligatorias de emisión de obras europeas.*
3. *Defender el pluralismo y la libertad de información, frente a la concentración monopolística u oligopolística de medios, en la medida que atente contra los mismos.*
4. *Defender la realización de una función económica 'sana' del servicio público de radiodifusión.*
5. *Favorecer un sistema mixto y equilibrado de TV pública y privada.*
6. *Propiciar el apoyo económico-financiero a la creación de infraestructuras para un mercado del audiovisual.*
7. *Propiciar la distribución de los recursos publicitarios entre los diversos medios de comunicación.*
8. *Armonizar las legislaciones nacionales sobre publicidad.*
9. *Armonizar las legislaciones sobre derechos de autor.*
10. *Coordinar las normas técnicas y las tecnologías a fin de fomentar la autonomía y competitividad de los productos audiovisuales europeos, y fomentar la cooperación internacional."*

Decisiva para la consolidación de este mercado único audiovisual ha sido la acción del Tribunal de Justicia. Por una parte, aplicando las normas del derecho de la competencia en contra de cualquier posición dominante[245], prohibida por el art. 86 del Tratado de Roma. Esta línea jurisprudencia ha sido de especial trascendencia en la liberalización de las telecomunicaciones y en el control de los procesos de concentración. Pero, por otra parte, el Tribunal ha tendido a ampliar la prohibición de las prácticas restrictivas más allá de las consideradas discriminatorias, con el consiguiente peligro de considerar prohibida cualquier ordenación de la actividad económica[246]. Desde el *caso Debauve* (18 de marzo de 1980) el Tribunal de Justicia tiene declarado que tales restricciones sólo pueden estar justificadas por el interés público. De esta manera, para

[243] **García Godoy, Antonio**, *El derecho de la televisión sin fronteras*, Aguaclara, Alicante, 1995.

[244] PE Doc. A 2-246/87.

[245] Reglas que, en principio, no se aplican a los servicios públicos. Ver **Muñoz-Machado, Santiago**, *Servicio publico y mercado. I Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 156 y ss.

[246] **Gay, C.**, op. cit. p. 122

medir la legitimidad de tales restricciones sobre la comunicación, se enlaza con el art. 10 del Convenio de Roma y a la jurisprudencia que lo delimita.

El Tratado de Roma no incluía ninguna mención expresa a los derechos humanos[247], pero desde el *caso Stauder* (12 de noviembre de 1969) el Tribunal de Justicia sentó la doctrina de que los derechos fundamentales (deducidos de las constituciones nacionales y de los convenios internacionales) forman parte de los principios generales del derecho comunitario[248]. El Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), en su art. F, ap. 2, dispone que la *"Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo... y tal como resultan de la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario"*. Para García de Enterría[249] se ha producido un reenvío a la parte material del Convenio, no a su parte procedimental. El Tratado de Amsterdam añade un art. F.1 que prevé la posibilidad de suspender ciertos derechos de los estados miembros en caso de reiterada violación de los principios de libertad, democracia, respeto a los derechos humanos y libertades públicas y el Estado de Derecho, principios comunes que comparten necesariamente todos los estados miembros de la Unión (art. F, ap. 1, nueva redacción Tratado de Amsterdam). Por tanto, no hay ninguna duda de que para valorar el requisito de interés general se habrá de estar a la interpretación del art. 10 del Convenio de Roma. El Tribunal Europeo ha entendido que el interés público puede justificar el status preferencial de los organismo públicos de radiodifusión e incluso los monopolios estatales (*caso ERT*, 1991). Y lo que es más importante, en esta sentencia el Tribunal admite expresamente la libertades de expresión e información, tal y como son declaradas por el art. 10 del Convenio Europeo, como uno de los principios generales del derecho comunitario.

La otra vía por la que la Unión intenta crear un ámbito -que ya no sólo mercado- europeo de comunicación es mediante el ejercicio de competencias culturales, subsidiarias de las nacionales[250]. La cultura se convierte explícitamente en política comunitaria a partir del Tratado de Maastricht. En su Título IX, art. 128 (ahora, después del Tratado de Amsterdam, Título XII, art. 151) se declara que la comunidad contribuye al ensanchamiento

---

[247] Es esta una de las razones por las que los tribunales constitucionales de Italia y Alemania hacen prevalecer sus respectivos sistemas de garantías constitucionales sobre el derecho comunitario. La sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 27 de diciembre de 1973 se reservaba el control de las disposiciones comunitarias cuando interpretaran de modo aberrante el Tratado o vulnerara los derechos reconocidos en la Constitución italiana. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974, partiendo del hecho de la carencia de un carta de derechos a nivel comunitario, se declaró competente para controlar la conformidad de las normas europeas con los derechos y garantías fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn. Ver **Gay, C.**, op. cit. pp. 73-75. Además, el Tribunal Constitucional alemán en las sentencias de 12 de octubre de 199 3 (Tratado de Maastrich) y 22 de marzo de 1995 (Directiva Televisión Sin Fronteras) somete control las instituciones y normas europeas para determinan si son conformes con su instituciones constitucionales, especialmente en lo que se refiere a la estructura federal.

[248] Sobre la articulación del derecho comunitario y los derechos fundamentales, véase **Gay, C.**, op. cit. pp. 73-75; **Escobar de la Serna, Luis**, *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 148-150; **García de Enterría, Eduardo**, *"Los derechos fundamentales según el Tratado de Mastricht sobre la Unión Europea"*, Derechos y Libertades, febrero-octubre, 1993; **Urios Moliner, Santiago**, *"Garantías de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos", en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993, p. 122

[249] Op. cit. p. 480. Se trataría de un doble reenvío, que en virtud del art. L haría aplicable los derechos fundamentales a toda la materia comunitaria estricta.

[250] **Hordies, Jean-Paul, Maqua, Agnès**,*"L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques états membres" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, p. 820 y ss.

de las culturas de los estados miembros y su acción se dirige a fomentar la cooperación y sólo si es necesario a apoyar y complementar la acción de los mismos, en materias como la salvaguardia del patrimonio cultural europeo o *la creación artística y literaria, comprendido el sector audiovisual.* Sobre este tema volveremos al tratar de la *excepción cultural*, al estudiar el régimen de los programas. Baste decir, ahora, que las acciones comunitarias en materia cultural se limitarán a las de fomento o adoptar recomendaciones por unanimidad, con exclusión de toda medida de armonización.

Así, en este contexto, se produce una complementariedad[251] entre la jurisprudencia del Consejo de Europa -que impulsa un modo homogéneo de concebir el derecho a la información- y la de la Unión Europea -que respeta en primer lugar la apreciación nacional e impone sólo subisidiariamente parámetros europeos. De esta manera, la dimensión supranacional del derecho a la información es una realidad en el ámbito europeo, pero tanto en este marco general, como en el de los distintos países que a él pertenecen, la comunicación se debate entre su consideración de un derecho fundamental para todos y su reducción a libertad económica. Pese a los pronósticos pesimistas no puede decirse que ésta última haya vencido y lo más probable es que ambas sigan informando de una manera diversa la práctica cotidiana, la legislación y la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales. En otras palabras, el reto será ejercer y hacer realidad el derecho en el marco de un mercado global.

[251] **Jimena, L.**, op. cit., p. 13138

4. El derecho a la información en el derecho constitucional comparado

En este primer capítulo de fundamentación nos toca situar ahora el derecho a la información en el marco del derecho constitucional comparado. La constitución es el punto de enlace entre el ordenamiento jurídico y los valores imperantes que le informan. Se manifestarán, por tanto, en la constitución las concepciones sobre la naturaleza y función del derecho a la información. El legislador ordinario tratará, en el marco de esa primera articulación positiva, hacer realidad su propia idea del *deber-ser* de la comunicación. Y alguna de estas leyes, proyectadas sobre la realidad social, irán dando lugar a instituciones, esto es, modos típicos de favorecer, proteger, promover o impedir y restringir este derecho fundamental. Lógicamente, un estudio en profundidad de los tres niveles, constitucional, legal e institucional supera nuestro trabajo. Se pretende, simplemente, exponer las líneas básicas de los grandes ejemplos de las concepciones liberal-individualista y liberal-democrática, su desarrollo jurisprudencial y algunos datos de la instituciones del derecho de los medios audiovisuales relevantes para esta tesis.

El respeto, garantía y desarrollo de los derechos fundamentales es la verdadera piedra de toque de la democracia[252]. Pueden, por tanto, clasificarse los regímenes políticos de acuerdo con este criterio e incluso podría irse más allá y proponer una ordenación conforme a las instituciones del Derecho de la Información[253]. Nosotros por nuestra parte nos limitaremos a apuntar una clasificación[254] del modo en que el derecho a la información se positiviza y protege en el derecho constitucional comparado. Tendremos en cuenta los parámetros de: a) modo típico de reconocer y proteger los derechos fundamentales; b)

[252] **Löwesmtein, K.**, op. cit. p. 392. Para el autor, el único criterio válido para distinguir entre democracia y autocracia (que en aquel momento, los años 70, identifica con las llamadas democracias socialistas) es la realidad de las libertades institucionales , pues muchos elementos institucionales se asemejan en todos los sistemas. Hoy este criterio sigue siendo válido para distinguir entre las naciones en desarrollo político, algunas con impecables textos constitucionales, las verdaderas democracias.

[253] **Esteban, J. de** , op. cit. p. 46 *"... un criterio esencialmente político y decisivo en la sociedad moderna, alejado de todo formalismo, en ocasiones anacrónico, es el de las estructuras de la comunicación. .... Así ha podido escribir Alfred Sauvy que, en nuestro siglo, la piedra de toque para clasificar un régimen político consiste en el modo como se ejerza y se respete el derecho a la información."*

[254] Pueden realizarse clasificaciones atendiendo preferentemente a las instituciones, como la realizada por **Derieux, E.**, op. cit. pp. 32-33, que distingue entre sistemas liberales, autoritarios o intervencionistas o de derecho de la información, o seguir exclusivamente el criterio del texto constitucional. Así, **Villanueva, Ernesto,** *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, Fragua, Madrid, 1997, en la introducción a la recopilación de 189 textos constitucionales distingue entre: 1. Países que no recogen previsiones constitucionales 2. Sistema improtectivo (no se reconoce el derecho a la información o simplemente se enuncia, remitiéndose a la ley orgánica u ordinaria). 3. Decimonónico (reconocimiento genérico de las libertades de expresión y prensa). 4 Sistema minimalista (se reconoce la libertad de información, además de las de expresión y prensa, pero el único deber del Estado es la abstención). 5 Sistema cuasi-paradigmático (además de las libertades de expresión e información se reconocen dos de estas instituciones: derecho de réplica, derecho de acceso a la información administrativa, cláusula de conciencia, secreto profesional, derechos de autor de los periodistas; el Estado, además, tiene obligaciones positivas). 6. Sistema paradigmático (igual que el anterior, pero se reconocen tres o más de las instituciones mencionadas). La clasificación resulta en exceso formalista (piénsese, por ejemplo, que se incluye a Alemania en el llamado sistema minimalistas, sin tener en cuenta la jurisprudencia que, desde luego, impone al Estado obligaciones positivas), pero resulta de interés el análisis estadístico: un 48% de los textos analizados pertenece al sistema decimonónico y un 25% al que el autor denomina minimalista.

texto modelo o de influencia en constitucionalización del derecho a la información; c) concepción del derecho a la información.

A título puramente tentativo se propone la siguiente clasificación:

	REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	**TEXTO MODELO CONSTITUCIONAL**	**CONCEPCIÓN**
Anglosajón	Democracias anglosajonas (*common law)*	Primera Enmienda Constitución norteamericana (sin valor de modelo)	Liberal individualista
Europeo-continental	Democracias continentales (*civil law*)	Art. 11 Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)	Liberal individualista
Europeo-continental bajo influencia de la Declaración Universal	Estado social y democrático de Derecho	Art. 19 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	Liberal institucional o democrática
Soviético	Estado de tipo soviético	Art. 125 de la Constitución de la URSS (1936)	Soviética
Autoritario-Totalitario	Estados fascista y nazi	Art. 11 Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789)	Autoritaria-totalitaria
Mixto	Naciones en desarrollo político	Alguno de los modelos anteriores	Liberal individualista, populista, religiosa

Ciertamente, como en toda clasificación, elementos de un tipo se manifestarán en otro. Los modelos más relevantes son el anglosajón y el europeo-continental bajo influencia de la Declaración Universal. Como ya dijimos respecto a las concepciones, ambos modelos se interrelacionan e influyen. Aquí nos limitaremos a trazar las líneas básicas de los casos más significativos de los tres primeros tipos, sin profundizar en sus instituciones. Ejemplos de las mismas serán invocados en los capítulos sucesivos.

4.1. Sistemas anglosajones

Estados Unidos y Gran Bretaña presentan notables diferencias, pero comparten no sólo el modo de reconocer y proteger los derechos, propio del *common law*[255], sino sobre todo en una forma peculiar de manifestarse la concepción individualista. Según Chamoux[256], *"...la doctrina anglo-americana no apela pues apena a la formación de un derecho de la comunicación. Se fundamenta en el rechazo a una legislación específica, expresado explícitamente en la primera enmienda americana, pero implícitamente en toda la tradición británica, esta doctrina se apoya solamente sobre los derechos de propiedad y el consensualismo".* Habría que matizar que en el caso de la radiodifusión en el Reino Unido se manifiestan muchos de los elementos característicos de la concepción liberal-democrática.

Una consecuencia derivada de su sistema judicial es la peculiar autocensura[257] ejercida en el seno de las empresas informativas por los equipos jurídicos. Para evitar largos y muy costosos procesos judiciales por libelo -una demanda puede hacer caer el valor de las acciones de la empresa- los abogados examinan minuciosamente las informaciones conflictivas, desde una perspectiva siempre conservadora y cauta, y ningún editor se arriesgará a difundir un mensaje desaconsejado por los letrados. Los periodistas se preguntan si su trabajo pasará el filtro de los abogados. En fin, para huir de los procesos judiciales se han desarrollado sistemas de autocontrol, más poderosos y estructurados en el Reino Unido.

4.1.1. Estados Unidos

En el caso norteamericano asistimos a un viaje de ida y vuelta: del libre mercado, a la regulación, para terminar en la *desrregulación.* El *libre mercado de las ideas* se modera en la jurisprudencia[258] del Tribunal Supremo por el interés público que comporta; interés público que, en el caso de la radiodifusión, se ordena por la Comisión Federal de Comunicaciones mediante un conjunto de regulaciones. Pero desde comienzos de los 80 asistimos a un proceso de desrregulación, que, por el momento, ha culminado en la Ley de Telecomunicaciones de 1996.

El Tribunal Supremo[259] ha construido a lo largo de casi un siglo un conjunto de doctrinas, siempre originales y clarificadores, para dar respuesta a los nuevos retos

---

[255] Sobre *common law* y derechos fundamentales, véase **Peces-Barba, G.**, *Curso de Derechos Fundamentales*, op. cit. p. 200.

[256] Op. cit. p. 11

[257] **Robertson, G.**, op. cit. Prólogo

[258] Para la jurisprudencia hasta los años 70 se ha utilizado la obra de **Gillmor y Barron**, citada.

[259] La jurisprudencia es, de hecho, la fuente esencial de los derechos individuales, merece al control de la constitucionalidad de la leyes ejercido, en vía de excepción, por los tribunales y primordialmente por el Tribunal Supremo. Basada en la supremacía de la Constitución, de la que se consideran -desde la doctrina sentada por el juez Marshall en 1803, en Mabury versus Madison- garantes los jueces, las decisiones derogatorias de una norma por parte de la Suprema Corte suponen su nulidad *ab initio* en todo el territorio federal y su doctrina vincula y condiciona las sentencias de los tribunales inferiores. Aun cuando no deroguen la norma, los tribunales realizan una labor de construcción jurídica, acordando la legislación a la Constitución, no sólo a su letra escrita, sino también al *common law* y a la *ratio* de la Constitución, es

planteados por el periodismo más activo del mundo; doctrinas, en muchos casos importadas por otras instancias judiciales de sistemas jurídicos diversos. La FCC ha sido durante medio siglo modelo de autoridad independiente, puesta como ejemplo cuando se ha querido confiar el régimen (liberalizado) de la radiodifusión a un organismo independiente del gobierno. Y, en fin, la desrregulación también ha sido referencia obligada de procesos semejantes en Europa. Por todo ello, el modelo norteamericano, único por tantas razones, ha irradiado una influencia decisiva más allá de sus fronteras.

La proclamación de la libertad de expresión y/o de prensa se encuentra primariamente en las constituciones de los Estados. La primera enmienda protege la libertad-autonomía frente a la legislación del Congreso., pero, en principio, podría pensarse que los Estados pueden imponer las regulaciones y limitaciones que consideren conveniente, quedando delimitadas las libertades de expresión y prensa por las legislaciones estatales .Tales límites se manifestaban durante el siglo XIX en forma de sanciones penales, protectoras de los derechos de la personalidad y el orden público, pero dentro de un régimen en general tolerante. Pero la crisis de consenso que se produce en Norteamérica a raíz de la primera guerra mundial (irrupción del anarquismo, auge del Ku-Kus-Klan...) motivó una legislación mucho más represiva, que en algunos casos llegó a incluir medidas de control preventivo.

La aplicación sustantiva de la llamada cláusula del *due process of law*[260] a las libertades de expresión y prensa permite al Tribunal Supremo examinar la constitucionalidad de las legislaciones de los Estados y federal y, en general, de cualquier restricción a estas libertades. Se plantea si las libertades protegidas por la Primera Enmienda son absolutas, cuál es su alcance, ante que intereses superiores pueden decaer, esto es, que límites implican y porque procedimientos es admisible que se impongan.

El Juez Holmes[261] sienta la famosa doctrina del *clear and present danger*: la limitación será legítima cuando *"... las palabras usadas lo sean en tales circunstancias y sean de tal naturaleza susceptible de acarrear perversos acontecimientos que el Congreso tiene derecho de prevenir."* Claro es que en cada caso habrá de analizarse las circunstancias concretas, pero, tomando un supuesto extremo *"la libertad de expresión no puede amparar el grito de fuego en un teatro"*. Estas libertades no son absolutas, existen intereses superiores, incluida la seguridad del Estado, que deben ser salvaguardados;

decir, a los principios que la informan, interpretados, claro está, conforme a las circunstancias del momento y las propias convicciones de los jueces. Ver el análisis crítico de **García Pelayo** (*Fundamento de la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes)*, op. cit. pp. 421-424.

[260] La Enmienda V garantiza frente a la federación, y la XIV frente a los estados, que nadie será privado de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido o regular procedimiento conforme a derecho. Tras una primera interpretación de la clúsula como mera garantía procesal, ésta se sustantiviza, convirtiéndose la propiedad en un derecho prácticamente absoluto, mientras que la libertad recibía una interpretación más restrictiva. La regulación estatal o federal se estimará constitucional cuando se ejerzan poderes o competencias constitucionalmente atribuidos, pero siempre que, además, la ley en cuestión se estime racional, oportuna y elaborada por un procedimiento no arbitrario. La apreciación de la racionalidad y oportunidad estará en función de la noción de la libertad concreta que el tribunal construya, de acuerdo con la letra d la Constitución, el *common law* y los principios que estime informan la libertad en cuestión. Ver **García Pelayo**, op. cit. pp. 426.428 y 447-448.

[261] **Schenck versus US** (1919).

ahora bien, *"si hubiera tiempo para evidenciar a través de la discusión las falsedades y falacias, para aventar la maldad por el método de la educación, el remedio ha de ser mas expresión, no un silencio forzado. Únicamente una emergencia justifica la represión."*[262] Es decir, sólo en las situaciones excepcionales en que no puede funcionar el mercado de las ideas se justifica la restricción pública.

La jurisprudencia ha venido considerando como intereses preferentes con respecto a la libertad de expresión, el orden público, la seguridad nacional y los derechos al honor y a la intimidad. En cuanto al orden público, la doctrina de las *fightings words*[263] precisó que no es anticonstitucional prohibir expresiones que determinarían reacciones violentas en el público. Con respecto a la seguridad nacional es obligada la cita a la sentencia que puso fin al *caso de los papeles del Pentágono*: en tiempos de paz, el Presidente no puede acudir a los tribunales para impedir la difusión de noticias alegando la custodia de secretos militares o diplomáticos, pues *"cuando todo se clasifica es como si nada se clasificase y el sistema tiende a convertirse en un modo de autoprotección y autopromoción de los que lo controlan."*[264] En fin, la protección del honor viene dada por la rigurosidad en el enjuiciamiento del libelo, civil o criminal y la obscenidad queda excluida de la protección de la Primera Enmienda[265].

Desde 1959 (*Rasemblat versus US*) viene aplicándose la doctrina del *equilibrio de intereses*: estos intereses dignos de protección deben ser sopesados con las libertades de expresión y prensa, haciendo primar el interés necesitado de una más urgente protección. Pero estos intereses superiores ha de ser específicamente justificados, pues la libertad de expresión tiene un *carácter privilegiado o preferente* (*Kovac versus Cooper*, 1949).

Este carácter preferente se manifiesta más nítidamente cuando estamos ante una forma de expresión con finalidad política[266], de manera que si se trata de una autoridad o funcionario público la crítica -por desconsiderada que sea- sólo constituirá difamación cuando además de basarse en hechos falsos sea maliciosa (*New York Times versus Sullivan*, 1964); malicia que para los profesionales de la información supone la falta de diligencia profesional en la comprobación de los hechos. Además, las sucesivas difusiones

[262] Juez Brandeis, **Whitney versus California** (1927).

[263] **Chaplinsky versus New Hampshire** (1942)

[264] Opinión concurrente del juez Steward (al que se une el Juez White) en **New York Times versus US/US versus Washington Post** (1971). El caso daría lugar a la promulgación de la *Freedom Information Act* (1974), véase **Desantes, J. M.**, *Teoría y regulación jurídica de la documentación,* op. cit. pp. 145-148

[265] Para determinar si un mensaje en su conjunto es o no obsceno ha venido aplicándose el llamado *test de Roth*, formulado por el juez Brenan en **Roth versus US** (1957), según el cual un material será obsceno si el ciudadano medio, conforme a las convicciones de su comunidad, juzga que está destinado preferentemente a excitar la curiosidad sexual, pues los temas sexuales son también de interés público y su debate no debe ser excluido. Una línea jurisprudencia actualizada constantemente, por ejemplo en **Pope versus Ilinois** (1987) y específicamente sobre pornografía infantil en **New York versus Ferber** (1982). Véase **Muñoz Machado, S.**, op. cit. III, p. 247-248

[266] **Barendt, E.**, op. cit p. 145. Después de analizar los casos norteamericano, británico y alemán llega a la conclusión de que el carácter preferente está siempre vinculado a la función de desarrollo de la opinión pública pp. 151-152.

resultan inmunes si se realizan de buena fe, manifestada en la doctrinas de *fair report* y *neutral reportage*[267].

Especial interés tiene para este trabajo la jurisprudencia para la dimensión capacidad de estas libertades. Una es la doctrina del *foro público*[268], que vincula los lugares de uso público al ejercicio de la libertad de expresión y que ha tenido una aplicación extensiva: *"la Constitución prohibe al Estado imponer ciertas exclusiones de un foro generalmente abierto al público, incluso si no estaba en principio obligado a crear el foro."*[269]. En cambio, en el *caso Tornillo*[270], el derecho de réplica se consideró una limitación intolerable a la libertad de prensa, pues anula la libertad editorial y puede llevar a los editores a evitar toda cuestión polémica que pudiera ser objeto de réplica: la inserción obligatoria equivale a la censura.

Si todas estas doctrinas son aplicables, en general, a los medios audiovisuales[271], el ejercicio de la libertad de expresión a través de la radio y la televisión ha estado históricamente delimitado por el interés público.

El carácter limitado del espectro radioeléctrico determinó que la legislación federal (leyes de 1927 y 1934) optara por un régimen de atribución de licencias por un organismo independiente, la *Federal Radio Commision*, primero, la *Federal Communication Commision*, que pronto desarrolla una importante reglamentación de la actividad radiodifusora, dirigidas, fundamentalmente, a evitar las concentraciones y las posiciones de dominio. El Tribunal Supremo declara el sistema conforme con la Primera Enmienda en ***NBC versus US/CBS versus US*** (1943). Se reafirma que las competencias de la FCC no son meramente técnicas, pues la limitación de las frecuencias exige un proceso de selección del licenciatario, que exige tener en cuenta no sólo las condiciones técnicas, sino también capacidades morales y financieras, pero en ningún caso la Comisión puede *"... denegar una licencia sobre la base de sus puntos de vista políticos, económicos o sociales, sino en virtud del interés público".*

La Comisión dicta en 1949 la *fairness doctrine*, que diez más años más tarde se convierte en ley federal: los titulares de las licencias, un bien escaso que usa el dominio público, deben ejercer su libertad de emisión en función del interés público. La doctrina fue ratificada en varias ocasiones (por ejemplo, ***Office of Communcation of United Church of Christ versus FCC***, 1966), pero, entre todas, la que resuelve el caso ***Red Lion Broad. Versus US***[272], 1969, es la más significativa. El Tribunal ampara el ejercicio de la réplica

---

[267] Ver **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de la libertad,* op. cit. pp. 98-101. **Herrero-Tejedor, Fernando**, *"La responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral"*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 35, 1993, especialmente pp. 289-302.

[268] Véase **Bastida, F.**, *La libertad de antena,* op. cit. pp. 170-173

[269] ***Perry Educ. Ass'n versus Perry Local Educators' Ass'n*** (1983), citado por **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 171.

[270] ***Miami Herald Co. versus Tornillo*** (1974). Ver crítica de **Barndt, E.**, op. cit. p. 100.

[271] En un principio el Tribunal Supremo negó la protección constitucional de la Primera Enmienda a las películas en *Mutual Film Corp. versus Ohio Indus Comm' n* (1915), doctrina parcialmente modificada por *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* (1952), que vino a reconocer al cine como una forma de expresión protegida.

[272] Ver **Muñoz Machado, S.**, op. cit. III, p. 209. **Bastida, F.,** *La libertad de antena*, op. cit. p. 266-267

por un escritor criticado por una emisora y argumenta que la escasez de frecuencias, la gran penetración del medio de comunicación, y la necesidad de preservar el interés público, hace que los titulares de las licencias deban actuar como representantes de toda la comunidad prestando suficiente atención y tiempo a cuestiones de interés general. En palabras del juez White, que expresa la opinión mayoritaria, *"... el pueblo como un todo retiene su interés la libre expresión a través y su derecho colectivo a que el medio funcione de acuerdo con los fines y propósitos de la Primera Enmienda."*

La *fairness doctrine* se traducía en una serie de obligaciones de los titulares de licencias:

- Deber de difundir una programación equilibrada;
- Responsabilidad ante la Comisión;
- Tratamiento equilibrado de los puntos controvertidos, que no excluye la difusión de editoriales;
- Derecho de réplica;
- Derecho de acceso de los candidatos a puestos públicos (*equal time doctrine*): igualdad de oportunidad de todos los candidatos en la compra de tiempo de emisión.

Si con la *fairness doctrine* promovía el pluralismo interno[273], la FCC favorecía el pluralismo externo con su regulación anti-concentración[274], especialmente contestada cuando, en virtud de normas sobre participaciones cruzadas, afectaba a la prensa[275]. Pero todo esta construcción se desmonta a partir de la era Reagan, con una primera ley de título bien expresivo *Television Deregulation Act*. El argumento es que con la proliferación de canales por cable y satélite, las frecuencias han dejado de ser un recurso escaso y, por tanto, radio y televisión deben tener un régimen tan *libre* como el de la prensa. Seguirán otras leyes federales[276], hasta la *Telecommunication Act* de 1996[277], donde los medios audiovisuales quedan subsumidos en el concepto (liberalizado) de telecomunicaciones, se derogan la mayor parte de las regulaciones anti-concentración, y ya no queda apenas nada

[273] En el caso ***Turner Broadcasting System Inc. versus FCC*** (1994) el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la *fairnes doctrine* a la televisión por cable. Véase sobre este caso **Barton Carter, T.**, *"La regulación de las nuevas tecnologías de la información en Estados Unidos" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1212-1213.

[274] **Muñoz Machado, S**., op. cit. III, p. 209.

[275] Declaradas contrarias a la Primera Enmienda en el caso ***Post Company National Citizenzs Committee for Broadcasting***, 1978. Citado en *Libro Verde Pluralismo y Concentración de Medios en el Mercado Interior*, COM (92) 480 final p. 16, nota 11.

[276] La *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* de 1992 establece la obligación de que los sistemas de cable dediquen parte de sus canales a la difusión de los programas locales (comerciales y públicos), en lo que se conoce por obligaciones *must carry*. En el caso ***Turner Broadcasting System Inc. v. FCC*** (27 de junio de 1994) el Tribunal Supremo entendió que esta obligación no afectaba a los contenidos y, por tanto, su conformidad con la Primera Enmienda debía de analizarse de acuerdo con argumentos menos rigurosos que los utilizados por el tribunal de instancia y remitió de nuevo a éste el caso, estándose a la espera de un nuevo fallo del Tribunal Supremo.

[277] Sobre la *Telecommunication Act*, véase: **Knauer, Leon T.**, *"El entorno mundial de las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1152-1154; **Medina Ors, Guillermo**, *"Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Estados Unidos" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1187 y ss.

del concepto de interés público[278] y sí, en cambio, una regulación estricta para impedir la difusión de programas obscenos[279]. Tres años después, a punto de desaparecer las últimas regulaciones, la evaluación puramente económica de la liberalización no es demasiado optimista. El 31 de marzo de 1999 quedó sin efectos la regulación de los precios del suministro de televisión por cable (65 millones de abonados), pero la teórica competencia no ha impedido un incremento de precios de un 22% en 3 años (cuatro veces más que la inflación), pues la mayoría de los sistemas locales disfrutan de un monopolio de hecho en sus respectivos mercados y así se ha llegado a hablar de *monopolio sin regulación*[280]

En definitiva, Estados Unidos se propone como modelo de pluralismo en materia de medios audiovisuales. No me resisto a cerrar este apartado con la cita de un jurista norteamericanos, Don R. Le Duc[281]:

> *"... se puede decir que evaluar la diversidad de las informaciones nacionales y emisiones recreativas de que disponen oyentes y telespectadores, en cada zona de difusión, en función del número de estaciones emisoras en cada uno de esos 'mercados' no parece mucho más exacto que describir la variedad de experiencias alimenticias ofrecidas a los viajeros que atraviesan Estado Unidos en función del número de 'Pancake House', 'Burger King' o 'Mc'Donald' abiertos en cada localidad..."*

4.1.2. Gran Bretaña

La ausencia de un reconocimiento constitucional y ni siquiera legal de las libertades de expresión e información da un carácter residual a estas libertades[282]. Así, se llega a una definición negativa: existe la libertad de expresarse e informar en la medida en que una ley

---

[278] En los años 90 quedan todavía algunas regulaciones provenientes de la *fairness doctrine* como las normas que pretenden favorecer la propiedad de las emisoras por miembros de las minorías raciales y que sus puntos de vista se vean reflejados en la programación, declarados conformes a la Primera Enmienda en ***Metro Broadcasting Inc. versus FCC*** (1990).

[279] **Muñoz Machado, S.**, op. cit. II, p. 156-157. El Congreso aprobó la Ley de Decencia en las Comunicaciones como parte de la citada Ley de las Telecomunicaciones. En esencia penaliza la disponibilidad de dichos contenidos a menos que se pueda limitar su difusión a los adultos. Véase **Barton Carter, T.**, *"La regulación de las nuevas tecnologías de la información en Estados Unidos" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 1210. En el caso ***Reno versus American Civil Liberties Union*** (26 de junio de 1997) el Tribunal Supremo declara contrarias a la Primera Enmienda normas de esta ley que criminalizaban la *transmisión consciente* a través de Internet *de mensajes obscenos o indecentes a receptores menores de 18 años*. En su argumentación, el Tribunal descarta que en Internet se den las razones que históricamente han justificado una regulación estatal de la radiodifusión (escasez de frecuencias, carácter invasivo etc.). Sin embargo, posteriormente el Tribunal ha considerado conforme con la Primera Enmienda las disposiciones de esta ley que consideran un delito el envío de mensajes electrónicos con un lenguaje *"obsceno, sensual, lascivo, sucio o indecente"* , siempre que se haga con intención de molestar o irritar la sensibilidad del destinatario. El PAÍS 21/4/99.

[280] John McCain, presidente de la Comisión del Senado de Comercio, Ciencia y Transporte. Veáse New York Times, 8/9/99.

[281] **Le Duc, Don R.**, *"Liberté d'expression et radiodiffusion: les dangers d'une analyse par analogie"* , UER Revue (Programmes, Adminstration, Droit) V. XXX, enero 1979, p. 44 y ss. El autor critica lo que denomina *mitos reconfortantes* de la jurisprudencia norteamericana, una jurisprudencia-dice- que equipara una cadena de televisión con un orador y que teme sobre todo las restricciones estatales y, por tanto, incapaz de comprender las formas de autocensura: el gran poder de las cadenas determina constantes presiones sociales que desembocan en autocensura. La crítica, anterior a la explosión del satélite y el cable, me parece que sigue siendo válida.

[282] **Barendt, E.**, op. cit. p. 29

del parlamento (*statute law*) o una norma o principio de *common law*. O de manera más pragmática y acorde con el carácter británico: es la libertad de pararse en la calle, contemplar lo que ocurre y contarlo. O, en fórmula clásica: la libertad de decir o escribir cualquier cosa que un jurado de doce ciudadanos estime que puede ser dicho o escrito[283]. Hoy, sin embargo, es frecuente que los tribunales invoquen la libertad de expresión como un principio de *common law* para limitar el alcance de las normas represivas del propio *common law* en acciones por *contempt of cout*, libelo, violación de confianza...

Por tanto, las limitaciones pueden tener su origen en la legislación y en el *common law* y pueden dar lugar a las siguientes conductas perseguibles[284]:

- Difamación (libelo criminal y civil);
- Obscenidad, blasfemia, indecencia, incitación al odio racial;
- Violación de la confidencial, privada o pública (secretos oficiales);
- Infracciones al *copyright;*
- Desacato (*contempt of court);*
- Limitaciones a la información pública de las actividades de tribunales, gobierno, parlamento y entes locales.

En el caso británico, por su carencia de declaración constitucional, el art. 10 del Convenio Europeo tiene una especial trascendencia. Aunque es obligatorio para el Reino Unido, que lo ha suscrito y ratificado (incluido su Protocolo Facultativo), no es vinculante para los tribunales. Pero no por eso las consecuencias dejan de ser decisivas. En primer lugar, el gobierno se ha visto obligado a modificar el ordenamiento después de una sentencia condenatoria. Así, tras el *caso Sunday Times* (1979) el gobierno hubo de promulgar la *Contempt of Court Act* de 1981, de forma que los tribunales ya no pueden detener la publicación de una investigación periodística sobe una caso *sub iudice*, alegando que *prejuzga* y limita las garantías procesales de las partes. Además, de acuerdo con su sistema judicial, una sentencia condenatoria se convierte en un precedente para casos sucesivos. Robertson y Nicol[285] subrayan el efecto progresivo de los requisitos que el segundo párrafo del art. 10 exige a los límites, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Estrasburgo. Así, el principio de legalidad, que exige que la norma debe ser accesible, precisa y predecible para los tribunales puede hacer decaer algunos principios del *common law*. También consideran de gran utilidad el requisito de la necesidad en una sociedad democrática y el carácter preferente reconocido a estas libertades.

---

[283] **Barendt, E,**, op. cit. p. 29, atribuye la fórmula a Dicey en su clásico estudio sobre la constitución. **Terrou, Fernand**, *La información,* Oikos-Tau, Barcelona, 1970, p. 26, asegura que proviene del Lord Mayor de Justicia Kenyon, como superación, en 1799, del principio sostenido con anterioridad por el Lord Mayor de Justicia Mansfield, según el cuál el jurado sólo podía pronunciarsobre la identidad del autor del escrito delictivo, dejando la apreciación de culpabilidad al juez (op. cit. p. 19).

[284] Seguimos la sistemática de **Robertson y Nicol**, op. cit.

[285] Op. cit. p. 5.

Característico también es el desarrollo de mecanismos de autocontrol, voluntarios en el caso de la prensa y obligatorios en el caso en el caso de las televisiones y que se estudiarán en capítulo 4 de este trabajo.

Pero si por algo es modélico el caso británico es por el régimen público-privado a que se somete a la radio y la televisión[286]. En palabras de Muñoz Machado[287] *"... Ningún país europeo puede exhibir mayor constancia que los británicos en su convicción de que la televisión es, fundamentalmente, un instrumento de la cultura y de la formación de la opinión públlica de los ciudadanos, que no es una organización al servicio de los gobiernos y de los demás poderes públicos, que sirve a la comunidad en su conjunto y debe gozar de la debida independencia..."* . Esa convicción se ha plasmado en un consenso constitucional implícito sobre las funciones de la televisión pública, que en esta época de liberalización da signos de resquebrajamiento[288].

En el origen del sistema[289] se da una coincidencia entre las ideas conservadoras y las corrientes estatalizadoras, que representadas por personalidades como Lord Beveridge, estaban convencidas que el capitalismo no podía satisfacer las crecientes necesidades sociales. Si el fundador de la BBC, John Reith, un ingeniero escocés, calvinista, del que se dijo que usó la fuerza bruta del monopolio para estampar la moralidad cristiana en el pueblo británico[290], representaba a las fuerzas más conservadoras, los laboristas, al llegar al gobierno mantuvieron inalterado el sistema. La programación se confió en gran medida a una élite cultural con veleidades izquierdistas, pero en sus órganos de supervisión se han venido sentando abogados, profesores, ministros religiosos... representantes de puntos de vista conservadores, encargados de defender el buen gusto y la decencia[291].

La BBC se configura como corporación pública al servicio del interés nacional, investida de independencia frente al Gobierno[292]. Un Consejo de Gobernadores, nombrado por el Gobierno, garantiza el cumplimiento de los fines estatutarios, pero la gestión cotidiana se confía a un poderoso Director General. La introducción de la televisión y la

---

[286] El trabajo de **Gibbons, Thomas**, *"La televisión pública en el Reino Unido" en la Televisión pública en la Unión Europea,* McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 27-55, es uno de los mejores estudios en castellano sobre la BBC. Entre los trabajos más actualizados pueden citarse los de **Porter** y **Kuhn**, ambos en Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit. También **Muñoz Machado, S.**, op. cit. *Servicio público y mercado III La televisión*, pp. 119-125.

[287] Ibídem p. 119.

[288] **Gibbons, T.**, op. cit., p. 28.

[289] Ver **Curran y Seaton**, op cit. p. 126-149

[290] Ibídem p. 126.

[291] **Robertson y Nicol**, op. cit. , p. 12 ironizan comparándolos con los censores escogidos por Cronwell entre los *ciudadanos justos*.

[292] Esta independencia es más resultado de una tradición que establecida claramente por su marco jurídico. Que su Estatuto tenga forma de Carta Real, supone que se ha adoptado en ejercicio de las prerrogativas reales, manifestación del poder ejecutivo originario del soberano, prerrogativas que habitualmente son controladas de hecho por el Gobierno (**Gibbons, T.**, op. cit., p. 37-38). Esto da poderes espcíficos al Gobierno, como vetar un programa o tipo de porgramas. De hecho, se llega a un consenso en el que los programadores y el poder se autolimitan. También los Gobernadores se abstienen en la prácitca de intervenir en la marcha de la programación (**Gibbons, T.** , op. cit, p.43-44).

radio comercial convirtieron al sistema en un oligopolio en régimen de servicio público, en el que la IBA (*Independent Broadcasting Autority*, con estatuto de organismo radiodifusor) cumplía parecidas funciones a las de la BBC. Tanto la BBC, como las compañías comerciales regionales de la televisión independiente integradas en la IBA, debían de producir una programación equilibrada que responda al interés público, con la modulación, claro está, que supone la financiación publicitaria en el caso de la televisión independiente. A finales de los setenta, el círculo intenta cerrarse con la creación de *Channel Four*, una nueva compañía comercial que, en el espíritu de las recomendaciones de la Comisión Annan, pretende que las voces minoritarias de una sociedad, que ahora se reconoce como multicultural, estén presentes en la programación, confiando su realización a productores independientes y garantizando su financiación.

El sistema empieza a romperse en los años 80, con la introducción de la televisión por cable y por satélite. Pero la revolución total llega con la Ley de Televisión de 1990, que sigue, en parte, las recomendaciones de la Comisión Peacock. Las licencias de las televisiones privadas se someten a pública subasta (aunque se siguen teniendo en cuenta otros criterios, como los de la programación propuesta) y se constituyen sendas autoridades independientes de control, para la radio IRC (*Independent Radio Commission*) y para la televisión ITC (*Independent Television Commission*)[293], ésta competente sobre televisión terrena, por cable y satélite, al tiempo que Channel Four debe comercializar su propia publicidad. La Broadcasting Act de 1996 regula la televisión digital terrena y prevé la adjudicación de un canal multiplexado a la BBC y uno compartido entre cada dos de los canales privados existentes[294].

Por tanto, actualmente el sector público queda reducido a la BBC, que se autorregula en el marco de su Carta Real y los términos de la Licencia (*Agreement*). En el sector privado compiten las compañías privadas de televisión terrena, por cable y por satélite[295], reguladas por la ITC, que administra las licencias y establece directivas sobre la programación. La Ley de 1996 crea también un órgano de control ético, la *Broadcasting Standards Commission*, con jurisdicción sobre todo los radiodifusión del Reino Unido. Hay que señalar, sin embargo, que el principal emisor por satélite, *BSkyB*, una potencia de la televisión de pago propiedad de Rupert Murdoch, queda fuera de la jurisdicción de la ITC por utilizar el satélite luxemburgués *ASTRA*, lo que no deja de plantear problemas respecto a la aplicación de la Directiva europea de Televisión Sin Fronteras. *BSkyB* pretende pasar sus actividades al sistema digital a partir del otoño de 1998[296].

---

[293] A diferencia de la IBA, que era un organismo radiodifusor, la ITC es una autoridad reguladora. Su función no se agota en el otorgamiento de las licencias. A su potestad sobre la regulación del mercado, se suman sus competencias sobre los programas en interés del público. Así, impuso un a multa de 2 millones de libras (500 millones de pesetas) a la productora *Carlton Television* por la *fabricación* de un reportaje absolutamente falso sobre el tráfico de drogas, al tiempo que advertía a *Central Televisión*, una de las licenciatarias regionales y propietaria de la productora, que había considerado la retirada de su licencia (Véase El País, 19/12/98).

[294] **Kuhn, R.**, op. cit. p. 118-119.

[295] Así, antes de la aparición de la televisión digital la oferta televisiva consistía básicamente en BBC 1 (28'5 de la audiencia), BBC 2 (10'7), del lado público, y del privado *Channel 3* (33'1%), *Channel 4* (10'2%), *Channel 5* (a partir de marzo de 1997) (4'6%) y *BSkyB* (satélite) (12'9%). Sobre las perspectivas de la televisión digital en el Reino Unido, véase **Cormack, Mike**, *"El repte digital de la televisió pública al Regne Unit"* , Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.

[296] The Econimist, 21/2/98, *Test for television*

La BBC, por su parte, tiene un ambicioso programa para convertirse en un grupo internacional multimedia[297], que incluyen *joint ventures* con grupos privados como Pearson o la cadena Fox, con la que ha lanzado *BBC AMERICA*. La corporación ha sabido adaptarse a la globalización de los mercados y a las nuevas condiciones técnicas, respetando su misión de servicio público. Ha incorporado técnicas de gestión empresarial privada; ha explotado al máximo la sinergia radio-televisión; combina los recursos públicos provenientes del canon y los privados, obtenidos por la explotación de sus productos multiimedia, ha explotado su prestigio internacional y la referencia del *World Service*, creando *BBC World*... Es, en definitiva, uno de los grandes grupos multimedia con más futuro... y eso produciendo todos los días programas de servicio público.

En resumen, el caso británico es el mejor ejemplo de equilibrio público-privado, pues aún abolido el régimen de servicio público para los operadores privados, éstos no sólo siguen sometidos a obligaciones de interés público, sino que tienen como referencia la programación de calidad del operador público.

4.2. Francia

Francia ha sido el ejemplo arquetípico de la tradición romano-germánica y de su evolución. Las libertades proclamadas solemnemente dependen para su ejercicio de la reglamentación y delimitación detallada realizada por la ley, expresión de la soberanía nacional. Así, puede distinguirse entre los derechos del hombre y las libertades públicas, definidas por las disposiciones normativas de la ley[298]. Y todo ello en un régimen de responsabilidad en el que la ley penal tipifica los supuestos de abuso. Al filo del cambio de siglo, la actitud de puro control del Estado se troca en intervención en aquellas actividades que se juzgan vinculadas al ejercicio de los nuevos derechos de carácter económico.

En el terreno de la comunicación el Estado ejerce tradicionalmente una tutela, bien por pura desconfianza, bien por sincero deseo de promover el ejercicio de una libertad imprescindible para la participación política. La Ley de Prensa de 1881 (como sus semejantes alemanas de 1874 o española de 1883) cristaliza lo mejor de este régimen liberal, como *"epílogo de una larga lucha contra la arbitrariedad gubernamental"*[299]. Esta ley establece los principios del que podríamos llamar *régimen común de la prensa*, que, en lo sustancial, ha llegado hasta nuestros días[300]:

- Abolición de la censura y de cualquier forma de control previo;
- Depósito legal de los libros, previo a la difusión. Depósito legal de ejemplares de diarios, simultáneo a la difusión;

[297] Ibídem p. 116

[298] **Chamoux, J.-P.**, op. cit. p. 25.

[299] **Colliard, A.**, op. cit. p. 432.

[300] Sobre el estatuto actual de la prensa francesa, ver **Derieux, E.**, op. cit., pp. 47-130. Los grandes cambios vienen dados por las limitaciones a la propiedad impuestos por las leyes anticoncentración y por su específico régimen económico y fiscal.

- Menciones obligatorias en todos los impresos de las personas responsables, limitadas según reglas específicas;

- El secuestro de ejemplares sólo puede ser ordenado por un juez y tiene finalidad probatoria, en sustitución del depósito no realizado;

- Libertad de establecimiento de imprentas;

- Derecho de respuesta.

Muy distinto ha sido el caso de la radiodifusión[301], sometida desde su orígenes al régimen de servicio público monopolizado[302], justificado en criterios de demanialidad, conveniencias técnicas y económicas y sobre todo por la trascendencia pública de su misión -*formar, informar, entretener*. La historia de este servicio público viene marcada por la permanente tensión entre el control gubernamental y la búsqueda de pluralismo interno. Cada nueva reorganización descentraliza y debilita el servicio, pero nunca termina por romper la dependencia del poder político.

Una nueva era se inaugura con la ley de 29 de julio de 1982, que declara paladinamente que *"la comunicación audiovisual es libre...los ciudadanos tienen derecho a una comunicación libre y pluralista"* para continuación, en toda el articulado de la ley, reglamentar profusamente esta libertad. La norma liberaliza por primera vez la radio: empresas sin ánimo de lucro pueden establecer radios locales en un régimen de autorización. En cuanto a la televisión, se establece la posibilidad de gestión indirecta del servicio público mediante concesión[303]. Y se crea la primera autoridad independiente, la Alta Autoridad Audiovisual, encargada de administrar autorizaciones, otorgar concesiones y tutelar el medio.

La liberalización llegará a la televisión con el gobierno conservador de Jacques Chirac y su ley de 30 de septiembre de 1986. Se privatiza TF1 y se somete a la televisión privada a un régimen de autorización, otorgada por la nueva Comisión de las Libertades y la Comunicación. Se reafirma, así, un régimen de concurrencia entre organismos públicos y empresas privadas. Es de notar como la fórmula genérica de la ley de 1982 -*"la comunicación es libre"*- se sustituye por la de libre disposición de los medios: *"el establecimiento, el empleo de instalaciones de televisión, la explotación y utilización de los*

[301] Sobre la radiodifusión en Francia ver el clásico **Debbasch, Charles**, *Droit de l'audiovisuel*, Dalloz, 4ª edición, País, 1995; **Derieux, E.**, op. cit. pp. 159-240; **Morange, Jean** *"La televisión pública en Francia" en La televisión pública en Europa*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pp. 129-151; **Mondou, Christophe**, *"La structure du secteur de la radiodifusion télévisuelle en France"* en Derecho Europeo del Audiovisual, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997 y en la misma obra **Sprung, Oliver**, *"La réglementation applicable aux chaînes de télévision publiques"*. Para la evolución histórica hasta la descentralización en 1972 de la *Office ORTF* en ocho *régies*, **Thomas, Ruth,** *Broadcasting and democracy in France*, Bradford University Press, Londres, 1976.

[302] La libertad de industria y comercio reconocida en el artículo 33 de la Constitución de la II República se encontraba sometida en el mismo artículo a las *"las limitaciones que, por motivos económicos y sociales, de interés general impongan las leyes"*. Pero además, el artículo 44 permitía *nacionalizar* los servicios públicos y explotaciones que afecten al interés común. Ver **García Llovet, E.**, op. cit. pp. 40-41

[303] *Canal Plus*, *France 5* y *TV 6* serán las primeras televisiones privadas, de las cuales sólo subsiste en nuestros día Canal Plus, la cadena de pago codificada.

servicios de telecomunicación son libres" (art. 1.1), libertad que sólo podrá ser limitada, respetando la igualdad de trato, por exigencias de la defensa nacional, del servicio público, el orden público, la libertad o la propiedad de los demás y la expresión pluralista de las corrientes de opinión (art. 1.2).

El Consejo Constitucional en su decisión de 18 de septiembre de 1986 examina la constitucionalidad de esta ley. Anteriormente, el 27 de junio de 1982, con ocasión del control de la ley de ese año, ya había declarado como objetivos constitucionales de la intervención en la radiodifusión *"la garantía del orden público, el respeto a la libertad de los demás y la preservación del carácter pluralista de las corrientes de opinión socioculturales".* En 1986 falla que este servicio público no viene exigido por la Constitución (no es un *servicio constitucional*) y, por tanto, está entre las competencias del legislador utilizar esta técnica. Pero a nuestros efectos lo más relevante que el Consejo interpreta el art. 11 de la Declaración de 1789 y declara que la libre comunicación de pensamientos y opiniones no sería efectivas el público no pudiera contar con programas, difundidos por emisoras públicas o privadas, que garanticen la expresión plural de las tendencias en el respeto a la veracidad de la información. Por lo tanto, el pluralismo ha de manifestarse en los programas, sea su origen público o privado. Así, el pluralismo se convierte en clave de todo el sistema y, en función de este principio, el Consejo declara inconstitucionales un conjunto de artículos conteniendo medidas para evitar la concentración. En consecuencia, se promulga una nueva ley de 27 de noviembre de 1986, en la que por cierto desaparece la mención a la libre disposición de los medios[304].

La Ley de 1 de febrero de 1994, de nuevo con un gobierno socialista, mantiene el régimen de autorización, pero refuerza considerablemente a la instancia reguladora, ahora denominado Consejo Superior del Audiovisual, que ejerce sus competencias ya no sólo respecto al sector privado, sino también frente al público. El Consejo Superior se ha convertido en el eje del sistema, especialmente en cuanto que garante del pluralismo[305]. Además, la ley delimita detalladamente las obligaciones de uno y otros emisores, en una reinterpretación del servicio público, entendido en sentido material. En esencia, puede decirse que las obligaciones específicas de las televisiones privadas buscan que el pluralismo pueda expresarse en los programas y que éstos respeten los derechos de las personas; en cambio, las obligaciones impuestas a las públicas van dirigidas a promover cierto tipos de programas con una función pública más acusada[306].

La doctrina encuentra una básica continuidad en el sistema de servicio público y se queja de lo prolijo y contingente de estas regulaciones[307]. Lo cierto es que el caso francés nos muestra la adaptación del servicio público -con sus virtudes y defectos- a una situación liberalizada, en la que la escasez de canales ya no puede justificar el monopolio público.

---

[304] **Derieux, E.**, op. cit. p. 162.

[305] **Morange, J.**, op. cit., p. 139. Las decisiones del Consejo se hallan sometidas al control de la jurisdicción administrativa y en último término del Consejo de Estado.

[306] **Sprung, O.** , op. cit. p. 244. Ver el cuadro sintético de lo que **Derieux** (op. cit. 170-171) denomina *misiones de servicio público*

[307] **Chamoux, J.-P.**, op. cit. p. 35, **Derieux, E.,** op. cit. p. 239

4.3. Italia

Resulta difícil enfrentarse desapasionadamente al caso italiano. Italia demuestra las limitaciones de una construcción jurisprudencial que no esté acompañada por un desarrollo legislativo y una política coherente con los principios de esa jurisprudencia. O, si se quiere, las limitaciones de los tribunales constitucionales, intérpretes de la suprema norma, pero que no pueden ni deben suplantar al poder ejecutivo. En tales condiciones, es muy fácil pasar de un régimen *libertario* a un régimen de *oligopolio*.

El art. 21 de la Constitución de 1947 es manifestación evolucionada del art. 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Casi me atrevería decir que epígono del modelo, porque en lo sucesivo no podrá ignorarse por los nuevos textos constitucionales ni el fenómeno de la información, ni los modelos que supone la Declaración Universal, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Su texto es el siguiente:

> *"Todas tienen el derecho a manifestar libremente el propio pensamiento mediante la palabra, el escrito y cualquier otro medio de expresión.*
>
> *La prensa no puede ser sometida a autorización o censura.*
>
> *Se puede proceder al secuestro únicamente por acto motivado de la autoridad judicial en el caso de aquellos delitos para los cuales la ley de prensa lo autorice expresamente o en el caso de violación de las normas que dicha ley prescriba, para la determinación de los responsables.*
>
> *En tales casos, cuando sea apreciada absoluta urgencia, y no sea posible la rápida intervención de la autoridad judicial, el secuestro de la prensa periódica puede ser ejecutado por oficiales de la policía judicial, que deben inmediatamente, y no más tarde de 24 horas, presentar denuncia ante la autoridad judicial. Si esta no lo ratifica en las 24 horas siguientes, el secuestro se entiende revocado y privado de cualquier efecto.*
>
> *La ley puede establecer, con normas de carácter general, que se rindan cuentas de los medios de financiación de la prensa periódica.*
>
> *Quedan prohibidas las publicaciones impresas, los espectáculos públicos y cualquier manifestación contraria a las buenas costumbres. La ley establece las medidas adecuadas para prevenir y reprimir su violación."*

El artículo proclama en su primer párrafo la libertad de expresión, dedicando los cuatro siguientes a la libertad de prensa y a la determinación de sus garantías. Finalmente, en el último párrafo se prohibe cualquier manifestación contraria a las buenas costumbres, que se convierten, así, en excepción a la generalidad del objeto informativo. Como ya se dijo, con la constitucionalización de unas pormenorizadas garantías a la libertad de prensa se pretende evitar -con la vista puesta en el fascismo recién derrotado- que un gobierno autoritario pudiera vaciarla de contenido. Pero aún en este aspecto se admite el secuestro policial preventivo, con una fórmula no muy lejana a la que consagraría el art. 64.2 de la Ley de Prensa española de 1966. El único elemento *moderno* es la constitucionalización de la posibilidad de establecer a nivel legislativo normas de trasparencia, como acababa de hacerse en Francia, modificando la Ley de Prensa de 1881.

Como es lógico, aquí nos interesa el régimen de la radiodifusión[308] y, sobre todo, el alcance dado por la jurisprudencia constitucional a la libertad de expresión (y la libertad de información) en los medios audiovisuales. El sistema se ha configurado por el asalto de los intereses privados al monopolio público, por la vía de los hechos consumados y con la connivencia de los poderes políticos. A la Corte Constitucional le ha correspondido fijar los principios que legitiman y deben regir el servicio público y las condiciones de ejercicio de la libertad de emisión por parte de los particulares, aunque, en este aspecto, sus decisiones hayan sido ignoradas, incluso acudiendo a la vía de la consulta popular.

La sentencia nº 59, de 13 de julio de 1969 ratificó el monopolio de la RAI. El Tribunal declaraba que la reserva estatal sobre la radio y la televisión estaba justificada en el art. 43 de la Constitución, pues *"dada la actual limitación de hecho de los canales utilizables, la radiotelevisión se caracteriza indudablemente como una actividad predeterminada en régimen de libre iniciativa, cuando menos al oligopolio".* En contrapartida, la reserva habría de *"asegurar en condiciones de imparcialidad y de objetividad la posibilidad potencial de gozar de acceso a quien se halle interesado ... en la difusión del pensamiento en sus distintas formas de manifestarse".*

Dos sentencias históricas, la 225 y la 226, ambas de 10 de julio de 1974, significarán el principio del fin del monopolio público. La primera declara la inconstitucionalidad de la reserva estatal sobre los repetidores de programas extranjeros. La segunda, hace otro tanto respecto a la televisión local por cable. En ambos casos y a la vista de las posibilidades técnicas el Tribunal entiende que no existe riesgo de oligopolio que pueda justificar la reserva estatal. Concretamente, respecto a la televisión por cable, los costes -se dice- serán bajos y por tanto la concurrencia estará garantizada. En estos supuestos, el régimen de autorización será suficiente para garantizar el interés público.

La sentencia 225 considera la reserva estatal conforme con el art. 21, siempre que cumpla determinados requisitos de pluralismo de los mensajes y de pluralismo en el acceso a ese recurso limitado: objetividad y amplitud de las informaciones y derecho de acceso efectivo en la medida que lo permitan los medios técnicos. Y en cumplimiento de estos principios básicos se sientan algunos principios de organización, que se ofrecen al legislador como directrices para la ordenación del servicio:

- Independencia de los gestores;
- Función directriz y del control del parlamento, como expresión de pluralidad de corrientes;
- Objetividad y deontología profesional de los periodistas;

[308] Se ha seguido en esta exposición tres trabajos contenidos en el Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit. : **Merola, Massimo,** *"Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias"*; **Pace, Alessandro**, *"El sistema televisivo italiano"*; **Tizzano, Antonio**, *"Les pouvoirs du 'Garante Televisivo' en Italie"*; **Tosato, Giani Luigi**, *"The problems of implementing the broadcasting directive 552/89/EEC in italian legal order"* . También **Muñoz Machado, S.**, op. cit. III, pp. 112-119; **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 147-150; **Esteve Pardo, José**, *Régimen juríodico-administrativo de la televisión*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1984, pp- 35-49; **Pace, Alessandro**, *"La televisión pública en Italia" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 153-186.

- Limitación de la publicidad;
- Programas de acceso para los grupos políticos, religiosos, culturales;
- Derecho de rectificación.

Examinando en conjunto ambas sentencias, puede decirse que relativizan la dicotomía servicio público-empresa privada. La libertad económica tiene un carácter instrumental respecto a la libertad de expresión. La libertad de emisión, en principio una manifestación de la libertad de expresión, sólo es admisible cuando su ejercicio no impida el de los demás, esto es, cuando no esté abocado a monopolio u oligopolio. La reserva estatal y la iniciativa privada se miden por el mismo parámetro: el pluralismo. Sólo si el monopolio garantiza de modo más perfecto que la libre iniciativa la expresión de las corrientes sociales se dará ese preeminente interés social, legitimador de la reserva. Pero aún en el caso de que superadas las limitaciones técnicas sea legítima y conforme al art. 21 implantación de emisoras privadas, los particulares no tiene un verdadero derecho subjetivo que pueda ejercerse en ausencia de regulación[309].

La Ley de 14 de abril de 1975 aborda la reforma de la RAI desde los criterios establecidos por el Tribunal. De esta estructura, que se mantiene durante los años 80, vale la pena referirse a la Comisión Parlamentaria de Orientación (*Indirizzo)* y Control. La Comisión regula el servicio, controla a priori y posteriori su actividad, nombraba a sus órganos[310] y gestiona una parte de la programación, la de acceso de los grupos representativos. Pero, la Comisión, un miniparlamento con 40 miembros, reproduce las tensiones de la Cámara y ejerce sus prerrogativas conforme a los complejos equilibrios entre partidos, característicos del final de lo que se ha dado en llamar I República. Esta situación desemboca en la *feudalización* de la RAI, esto es el reparto de los gestores y las plantillas de periodistas entre las distintas familias políticas para lograr, por esta vía, un peculiar pluralismo en la programación.

La STC 208 de 28 de julio de 1976 declara inconstitucional el monopolio en el ámbito de la radiodifusión local por ondas hertzianas. Se produce la explosión libertaria de las televisiones locales, vinculadas a movimientos políticos más o menos marginales, pero, sobre todo, a comerciantes locales. Sin una ordenación del medio, las frecuencias se ocupan[311], hipotecando en adelante todo el sistema. En las sentencias 141/1981 y

[309] La sentencia 226 incluía un inciso de este tenor *"...el régimen de autorización presupone un verdadero y propio derecho perfecto del reclamante..."*, interpretado por parte de la doctina (ver **Chinchilla, C. ,**, op. cit. p. 149 y bibliografía italiana citada y **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, p. 236) y por supuesto por los empresarios como el reconocimiento de un derecho derivado del art. 21 a la utilización de las frecuencias para la expresión del pensamiento. Tal interpretación es desautorizada expresamente por las sentencias de 1 de octubre de 1980 y 12 de marzo de 1990. Ver **Pace, A.**, op. cit. p. 148. Claro que, en la práctica se ha actuado como si tal derecho fuera absoluto.

[310] La Comisión perdió estas competencias en la Ley 20671993. En general, la Comisión ha visto rebajada su importancia a raíz de la crisis de los partidos políticos. Véase **Pace, A.**, *"La televisión pública en Italia"*, op. cit., p. 175.

[311] Surge así el llamado *mercado de las frecuencias*, así descrito por **Pace, A.,** op. cit. p. 148*"...Aunque la Corte de Casación hubiese negado que las empresas televisivas privadas tuvieran un derecho subjetivo a utilizar las frecuencias, y aunque la Corte Constitucional hubiese no sólo ratificado la legitimidad del residual monopolio estatal, sino además negado la legitimidad de la llamada interconexión 'funcional', la arbitraria ocupación de las radiofrecuencias continuó sin interrupción -en un contexto de culpable inercia por parte de la Administración pública- y la jurisprudencia, por su cuenta, no condenó el*

826/1988 el Tribunal llama la atención del legislador sobre la importancia de hacer real el pluralismo con una regulación que contemplara el equilibrio entre diversos medios de comunicación social; la protección de los intereses de los consumidores mediante la limitación de la duración y las formas de la publicidad, la tutela de las emisoras locales para lograr su efectiva autonomía[312]. Y es que, entretanto, las emisoras locales se habían convertido en cadenas nacionales. Primero por el intercambio de grabaciones, luego mediante la llamada *conexión funcional*[313], a través de la concentración del mercado publicitario, se consolidan tres redes, en manos de tres grupos de comunicación: Berlusconi, Mondadori, Rusconi.

La Ley Mammí de 6 agosto de 1990 intenta poner orden, pero su aplicación no pasará de la etapa transitoria, hasta el punto de que ha resultado imposible poner a punto un plan nacional de distribución de frecuencias. Sus normas anticoncentración -nadie podría controlar más de tres redes nacionales- son impugnadas ante el Tribunal Constitucional, que las reinterpreta en la sentencia 420/1994 -nadie podrá poseer más de un 20% de todos los canales de ámbito nacional- sentando, además, el principio de igualdad de trato entre las cadenas nacionales[314]. Berlusconi triunfa en los referenda de 1995 y recibe el respaldo popular para su pretensión de derogar la prohibición de que un sólo individuo posea más de una cadena, permitiendo los cortes publicitarios, la concentración del mercado publicitario y autorizando la privatización de la RAI[315]. Finalmente, el Estado se rinde y el Decreto-Ley de 26 de febrero de 1996 termina por autorizar la adquisición de las frecuencias, algo que ni siquiera cabe en el régimen liberalizado de Estados Unidos[316].

Examinados los datos de cobertura (sólo la RAI y las cadenas de Berlusconi alcanzan casi la totalidad del territorio nacional), audiencias (prácticamente 45% RAI, 45% cadenas de Mediaset, el grupo de Berlusconi) y reparto publicitario (66% Mediaset), Pace[317] afirma que hablar de pluralismo televisivo en Italia es un puro sin sentido. Sin

recurso jurídico utilizado para la transferencia (por otra parte, ilícita) de un privado a otro de las radiofrecuencias arbitrariamente ocupadas. En la práctica, mediante tal recurso, un empresario privado cedía a otro una "parte" de su "negocio", constituida por una o más estaciones de transmisión, operantes sobre una determinada radiofrecuencia con una clerta potencia. Por otra parte, la jurisprudencia civil afirmó su propia jurisdicción para resolver los conflictos suscitados entre particulares en la utilización de las frecuencias, lo que, evidentemente, contradecía la tesis de la Casación de que no tuviesen un derecho a transmitir con frecuencias no autorizadas. "

[312] **Gay, C.**, op. cit. p. 252

[313] Legalizada por el Decreto-Ley de 20 de octubre de 1984, luego Ley 10/1985 declarada inconstitucional por la STC 826/1988.

[314] Sobre esta sentencia, véase **Pace, A.**, *"La televisión pública en Italia"*, op. cit, pp. 160-161, que considera muy discutible que el Tribunal no declarara incosntitucional la norma por su carácter provisional.

[315] Este último referéndum propuesto por todos los partidos, excepto Refrendación Comunista.

[316] Los últimos desarrollos legislativos vienen dados por Ley nº 249 de 31 de julio de 1997, sobre la Autoridad para la Garantía de la Comunicación y por la Ley de 30 de abril de 1998, que retrasa hasta el 31 de enero de 1999 el otorgamiento de nuevas concesiones y adapta la normativa italiana en materia de cuotas y publicidad a la modificación de la Directiva Televisión sin Fronteras. Véase **Cardoni, Giovanni**, *"Nuove norme sulla Tv", Cinema d'Oggi*, nº 10, mayo de 1998.

[317] Op. cit. p. 160.

embargo, la garantía de una financiación estable y una cierta recuperación del mercado publicitario han despejado incógnitas sobre el futuro de la RAI[318].

Nosotros, por nuestra parte, concluiremos diciendo que una libertad de emisión incondicionada, como se pone de manifiesto en el caso italiano, termina por reducirse a un puro derecho de propiedad que se quiere absoluto y que aspira, nada menos, que a la propiedad de los canales para un uso ilimitado.

4.4. Alemania

Alemania es el arquetipo de la concepción institucional de la comunicación. En un régimen constitucional de eficacia directa de los derechos fundamentales, que pueden ser invocados por los ciudadanos como derechos públicos subjetivos, su ejercicio se modula conforme a la función de las grandes instituciones que conforman la democracia.

El art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn (23 de marzo de 1949) declara:

> *"Todo individuo tendrá derecho a expresar y a difundir libremente sus opiniones por medio de la palabra, por escrito y por la imagen, así como a informarse sin trabas, recurriendo a las fuentes accesible a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radiodifusión y cinematografía están garantizadas. No existirá censura.*
>
> *Estos derechos tendrán sus límites en los preceptos de las leyes generales, en las disposiciones legislativas destinadas a la protección de la juventud, así como en los derechos que confiere el honor a una persona.*
>
> *El arte, la ciencia y la investigación, así como la enseñanza, serán libres. La libertad de enseñanza no dispensa de la fidelidad a la Constitución."*

El primer párrafo reconoce la libertad de expresión y la libertad de información, en su aspecto de informarse (facultad de investigar) en fuentes accesibles a todos. Su manifestación activa (facultad de difundir) queda sobradamente incluida en la proclamación de la libertad de los medios: prensa, radiodifusión, cinematografía. Serán estas libertades de los medios a las que la jurisprudencia constitucional asigne una dimensión institucional. La única garantía expresamente mencionada para ellas es la exclusión de la censura. En el texto no se hace mención expresa a las facultades de recepción, correlativas a las de expresar y difundir pensamientos o informar a través de los medios. En cuanto a los límites, no se declaran prohibidos, como en la Constitución italiana, los mensajes que ofendan a la moral pública, sino que se remite a las disposiciones de las leyes generales y aquellas que protejan a la juventud y al derecho al honor. El último párrafo reconoce la libertad de creación y la libertad de enseñanza.

[318] En 1997 la RAI registró unos beneficios de 4.467 millones de liras. El canon financia el 55'4% y la publicidad y la explotación comercial el 37'8%, correspondiendo el resto a acuerdos con organismos públicos. Sobre los datos económicos y la reorganización interna de la RAI para competir en el mercado, véase **Richeri, Giuseppe**, *"La RAI: situació actual i perspectives"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.

No puede demostrarse una influencia directa del art. 19 de la Declaración Universal, pero los presupuestos de ambos textos superan las fórmulas decimonónicas, que siguen presentes, en cambio, en la Constitución italiana.

Antes de entrar en el alcance del derecho a la información, una palabra sobre el reparto competencial. La Ley Fundamental declara las telecomunicaciones competencia exclusiva de la Federación, mientras que la cultura lo es de los Länder. Nada se dice de la prensa ni de la radiodifusión. La prensa se interpretó pacíficamente como competencia concurrente, y, por tanto, de acuerdo con los arts. 72 y 75 de la Ley Fundamental, la Federación podría armonizar las leyes de los Länder mediante una ley cuadro. En cambio, en el caso de la radiodifusión tendrá que ser la primera sentencia constitucional sobre este medio (28 de febrero de 1961) la que deslinde las competencias: la competencia normativa sobre los aspectos técnicos, como desarrollo de las telecomunicaciones, corresponde en exclusiva a la Federación; su ejecución y desarrollo es competencia concurrente y, por último, la programación, como manifestación cultural, es competencia exclusiva de los Länder[319].

La libertad de prensa[320] viene regulada desde el comienzo de la República Federal por las respectivas leyes de los Länder, sin que haya prosperado una ley cuadro federal. En lo que nos interesa, todas estas leyes coincidían en declarar la función pública de la prensa[321], una declaración con unos orígenes históricos. En efecto, el Código Penal prusiano eximía de responsabilidad por difamación a toda declaración hecha para proteger intereses legítimos. Pero fue jurisprudencia constante hasta la caída de la República de Weimar negar en los procesos difamatorios la función pública de la información al servicio de los intereses legítimos de la comunidad[322]. En cambio, la ley de 27 de septiembre de 1933 investía a la prensa de tal función pública, entendida como servicio a los fines del estado nacional-socialista emergente. Así, cuando las leyes de los estados declaran tal función pública vienen a reafirmar la protección preferente que requiere la prensa frente al límite del derecho al honor.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1959 deroga toda la jurisprudencia anterior y declara que *"la prensa está habilitada para proteger los intereses de la colectividad en el contexto de su función pública y especialmente en el tratamiento de los asuntos políticos"*. La función particular de la prensa en un estado democrático es *"informar a los ciudadanos de los asuntos públicos y contribuir a la formación de la opinión pública".* El tribunal desarrolla el concepto de *libertad institucional de la prensa*, con su corolario de independencia:

> *"No constituye un simple subgénero de la libertad de opinión, teniendo en cuenta que la condición institucional propia de la prensa se garantiza desde la captación hasta la difusión de la información. Est reconocimiento jurídico de la prensa, como uno de los pilares y*

[319] **Díaz Arias, Rafael,** *"Radiodifusión regional"* en *Comunicación y Sociedad* (Homenaje al profesor Beneyto), Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 698-704

[320] Sobre libertad de prensa en la República Federal es clásica la obra de **Löffler, Martin y Ricker, Reinhart**, *Handbuch des Pressrechts,* Munich, 1978.

[321] **Schawarz, Urs**, *Une legislation moderne sur la presse*, Institut International de la Presse, Zurich, 1967, pp. 24-28.

[322] **Desantes, J. M.,** *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976, p. 35

fundamento de la opinión pública en interés de una democracia libre, incluye el del derecho público subjetivo de las personas que trabajan en la prensa, a expresar su opinión tan libremente como cualquier otro ciudadano, en la forma que le parezca más adecuada. Si el derecho fundamental a la libertad de expresión es un derecho constituyente indiscutido de la democracia liberal, otro tanto debe de ser respecto al derecho fundamental a la libertad de prensa. Pues la prensa contribuye de manera decisiva a la formación de la opinión pública."

Esta concepción de libertad se proyectará sobre la radiodifusión[323] en una serie de sentencias del Tribunal Constitucional[324], en una línea no interrumpida por la irrupción de la televisión privada: la radiodifusión tiene una función pública y, por tanto, la ley debe garantizar su independencia de los poderes políticos y económicos, ya sea público o privado el titular de la emisora.

La primera sentencia, de 28 de febrero de 1961[325]como se dijo, plantea un conflicto de competencia entre la Federación y los Länder. Con el objeto de establecer un segundo canal de televisión, el canciller Adenauer creó una sociedad de derecho privado con participación de capital mayoritaria del gobierno federal y minoritaria de los Länder, a la que podrían sumarse capitales privados. El Tribunal resuelve el conflicto de competencias a favor de los Länder[326] y declara inconstitucional una empresa de radiodifusión controlada por el gobierno, al tiempo que sienta los criterios organizativos de los organismos públicos radiodifusores.

La función pública de la radiodifusión reside en ser *"factor eminente de la opinión pública",* función que no se reduce a la difusión de noticias, sino a todo tipo de programas, incluidos los de entretenimiento:

"Todo programa tendrá una cierta tendencia derivada de la selección y forma de la transmisión particular, sobre todo cuando esté en juego una decisión sobre lo que no debe ser difundido, sobre lo que requiere el interés de la audiencia, lo que puede ser suprimido sin detrimento de la opinión pública y sobre como debe ser presentado y enunciado todo lo que se emite."

---

[323] Sobre la radio y la televisión en Alemania, véase en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit.: **Arnold, Rainer**, *"The role of public television broadcasting within the competitive market in Germany"*; **Herdegen, Matthias**, *"The Länder's broadcasting compentences an the european legal order: study of the german constitucional court judgment of march 22nd, 1995 and the reform of the basic law"*; **Heublein, Ralf**, *"The future of cable television in Germany"*; **Schwarz, Matthias**, *"The television sector in Germany"*. Sobre los orígenes, **Williams, Arthur**, *Broadcasting and democracy in West Germany*, Bradford Universitity, Londres, 1976. Como visió de conjunto **Hoffmann-Riem, Wolfgang**; **Schulz, Wofgang**, *"La televisión pública en Alemania" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 59-87. También, **Kleinsteuber, Hans J.** *"Què és una 'Anstalt'?. La televisió pública a Alemanya"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.

[324] Específicamente sobre esta jurisprudencia, véase **Rainer, Arnold**, *"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre los servicios de difusión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1279-1288.

[325] *BVerfGE* vol 12, p. 205 y ss.

[326] El art. 75.2 de la Ley Fundamental establece una competencia marco de la Federación en los ámbitos de la prensa y el cine, pero no en el de la radiodifusión. El núcleo de la actividad (la programación y la organización del ente radiodifusor) pertenecen a la esfera cultural, que es competencia exclusiva de los Länders. El Tribunal también aclara el alcance de la competencia exclusiva de la Federación en materia de telecomunicaciones (art. 73.7 Ley Fundamental), que comprende la atribución de frecuencia y potencias e instalación de emisores. El Tribunal rechaza la aplicación de una *competencia implícita* de la Federación para la programación, aun cuando constituya de una manera particular una representación de todo el Estado. **Rainer, A.** *"La jurisprudencia constitucional..."* , op. cit., p. 1278.

La libertad de radiodifusión, garantizada en el art. 5 de la Ley Fundamental, exige:

> *"... que este moderno instrumento de formación de la opinión pública no sea entregado al Estado ni ningún otro grupo social. Los promotores de los programas de radiodifusión deben, por tanto, organizarse de modo que todas las fuerzas relevantes tengan una influencia den los órganos de control y una justa manifestación en el conjunto de la programación, y que los principios vinculantes aplicables para determinar la programación garanticen en el contenido un mínimo de equilibrio, imparcialidad y respeto mutuo. Esto sólo puede asegurarse si los principios materiales y de organización obligan por ley. El art. 5 de la Ley Fundamental requiere la promulgación de leyes."*

La independencia requiere que las leyes de los Länder faciliten garantías institucionales, tanto respecto a la organización -presencia de los grupos relevantes en los órganos de gobierno- como respecto a la programación -oportunidad para todas las fuerzas relevantes, equilibrio, imparcialidad, respeto mutuo. Pero la libertad de radiodifusión no exige indefectiblemente un modelo de organización pública:

> *"... No es una exigencia fundamental... que la radiodifusión pueda ser ejercida únicamente por instituciones de derecho público. Una sociedad civil podría ser también vehículo para esta clase de objeto a condición de que ofreciera en su organización formal garantías suficientes de que todos los grupos socialmente relevantes pudieran, como en las instituciones de derecho público, lograr en ella una audiencia y que la libertad de información no fuera vulnerada. Constitucionalmente no ha lugar para desconfiar de una empresa de tal clase..."*

Si citamos extensamente esta sentencia es porque en ella se hallan los elementos esenciales del sistema: función pública, independencia, pluralismo (interno, manifestado en la organización y en la programación), configuración de esta libertad mediante ley de los Länder. Las sentencias subsiguientes[327] abrirán el medio al sector privado, introduciendo el pluralismo externo, pero aplicando los mismo principios al conjunto.

La sentencia de 16 de junio de 1981[328] declara constitucional la sentencia del Land de Sarre regulando la televisión privada y pone fin al exclusivo régimen público. La sentencia insiste en que la libertad de radiodifusión es de configuración legal, pues -a diferencia de la prensa- así lo requieren las condiciones técnicas y económicas y su influencia social. Y esta configuración no puede ser meramente negativa, frente al Estado; es necesario un ordenamiento positivo que asegure que las múltiples opiniones existentes puedan expresarse a través de la televisión de la forma más extensa y completa posible:

> *"El legislador debe tomar precauciones que aseguren que la radiodifusión no queda sólo a disposición de algunos grupos sociales, sino que todas las fuerzas sociales interesadas tengan voz en la programación... Hay que luchar contra el peligro de que se excluya de la opinión pública la difusión determinadas opiniones y de que quienes poseen frecuencias de*

[327] La sentencia de 27 de julio de 1971, originado por la aplicación del IVA a los entes de radiodifusión, reiteró la función pública y la independencia de los organismos radiodifusores. **Rainer, A.**, *"La jurisprudencia constitucional..."*, op. cit., p. 1279-1280.

[328] *BVerfGE* vol. 57, p. 259 y ss. Ver **Sáinz Moreno, Fernando**, *"La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional"*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 2, 1981; **Esteve, J.**, op. cit. pp. 55-56

emisión y medios financieros ejerzan un dominio sobre la opinión pública. Aunque esto no se pueda evitar del todo, al menos debe existir una alta probabilidad de que el ordenamiento de la radiodifusión permita una variedad equilibrada de opiniones."

La libertad de radiodifusión se caracteriza como *libertad sirviente* a la institución de la libre opinión pública. La libertad de radiodifusión es un derecho de libertad y tiene, por tanto, un carácter defensivo frente al Estado. Pero es necesario establecer un orden positivo que garantice una información completa para el público. Establecer este orden positivo corresponde al legislador, al Parlamento del Land, en garantía de la libertad de radiodifusión. Y este orden debe servir al pluralismo, ya sea *interno*, ya sea *externo*[329]. Puesto que el ejercicio de la libertad de radiodifusión depende de las leyes de desarrollo no existe en la Constitución ninguna garantía directa de una hipotética pretensión de los particulares de crear una televisión[330].

A partir de la sentencia, los Länder promulgan las leyes de ordenación de la televisión privada, con distintas fórmulas entre el pluralismo interno y externo y regulaciones dirigidas a impedir la concentración[331]. Estas normas fueron unificadas en el convenio interestatal (*Runfunkstaatvertrag*) de 1987[332].

La sentencia de 4 de noviembre de 1986[333] aporta el concepto de *programación básica* (*Grundversorgung*)[334]. Manteniendo los mismos principios anteriores se viene a reconocer que el carácter comercial de los organismos privados condiciona su práctica. Trasladando la idea de la procura básica, característica del Estado social, a la programación, los organismos públicos están obligados a suministrar al conjunto de la población una programación variada y completa, de calidad suficiente, en los campos de la información, la cultura y el entretenimiento[335], que cumpla los objetivos de desarrollo de la cultura[336], lo que da un status preferencial a las organismos públicos. Estos no tienen porque limitarse a suministrar una *programación básica*, sino que conforme a sus normas constitutivas, pueden ampliar sus programas más allá de esta obligación mínima[337].

Los entes públicos no pueden ser relegados a la tradicional transmisión hertziana y pueden desarrollar las nuevas formas de radiodifusión aportadas por las nuevas tecnologías, según la sentencia de 24 de marzo de 1987[338], que declara inconstitucional

---

[329] **Rainer, A.**, *"La jurisprudencia constitucional..."*, op. cit., pp. 1280-1281.

[330] **Hoffmann-Riem y Schulz**, op. cit., p. 66. La cuestión ha sido polémica en la doctrina alemana, véase la bibliografía citada por estos autores en la nota 23.

[331] *Pluralismo y Concentración de los medios de comunicación en el Mercado Interior*, COM (92) 480 final, 23 dic. 92 pp-23-24.

[332] Modificado el 31 de agosto de 1991 y el 26 de agosto de 1996, **Muñoz Machado**, op. cit. III *La televisión*, p. 92.

[333] *BVerfGE* vol 73, p. 118 y ss.

[334] Podría traducirse esta expresión por *procura básica* o por *servicio esencial*. Preferimos utilizar la expresión *programación básica* en cuanto lo que suministra ese servicio esencial es una Programación.

[335] **Rainer, A.**, *"La jurisprudencia constitucional..."*, op. cit., p. 1282.

[336] **Muñoz Machado, S.** *Los fundamentos I*, op. cit. pp. 129-131.

[337] **Hoffmann-Riem y Schulz**, op. cit., p. 71.

[338] *BVerfGE* vol. 74, p. 344 y ss.

una ley de Baden-Wutemberg, que reservaba estos nuevos desarrollos a los operadores privados. La sentencia reafirma los elementos principales de la doctrina anterior y precisa que la *programación básica* es una obligación que corresponde en primer lugar a los entes públicos, no siendo exigible a las empresas privadas una programación de la misma variedad. En el ámbito local y regional (en un territorio menor que un Land), al no existir una gran variedad de tendencias, corresponde a los entes públicos garantizar el pluralismo (interno) y, en consecuencia, el Tribunal consideró inconstitucional las disposiciones de la ley controlada que prohibían la actuación de los organismos públicos en este ámbito. Pero aquí las exigencias de la *programación básica* son menos estrictas y radiodifusores públicos y privados se encuentran en pie de igualdad, sin la preferencia característica de la radiodifusión pública en el ámbito del Land o de la Federación.

La sentencia de 5 de febrero de 1991[339], controlando la constitucionalidad de la ley de Renania del Norte-Westfalia de 19 de enero de 1987, confirma el carácter dual del sistema. La Ley Fundamental no prescribe un modelo privado o público y -añade como novedad la sentencia- tampoco una separación estricta entre ambos. Lo decisivo es que se asegure la libertad de información, el equilibrio y el pluralismo. La cooperación entre radiodifusores públicos y privados es posible, siempre que no se dificulte la tarea de *programación básica*, que corresponde a los primeros, o redunde en el predominio de una determinada tendencia. Los entes públicos pueden financiarse parcialmente con publicidad, pero no preponderantemente, porque entonces perderían su independencia y los contenidos se someterían a orientaciones comerciales, deteriorándose la *programación básica*, misión esencial de los radiodifusores públicos. El Tribunal declara conforme a la Ley Fundamental el sistema de separación de los ámbitos editoriales y gerenciales que la ley examinada establece bajo la denominación de *modelo de las dos columnas* (*Zwei-Säulen-Modell*)[340]. El pluralismo interno debe manifestarse también en los organismos de radiodifusión local. Los ayuntamientos pueden participar con hasta un 25% en estos organismos y nombrar, en tal caso, dos representantes en la Asamblea representativa del ente. Esta instancia ejercerá un cierto control sobre el sometimiento de la programación a los principios vigentes, así como decidirá sobre los nombramientos del personal. Pero para que se respete la independencia exigida constitucionalmente resulta imprescindible que la programación sea decidida y elaborada sin injerencias por el redactor-jefe y los miembros de la Redacción.

En su sentencia de 22 de febrero de 1994[341] el Tribunal Constitucional profundiza en la relación entre independencia y financiación pública[342]. La misión esencial de la radiodifusión pública es proveer una *programación básica*. La financiación mediante un canon público tiene que garantizar que puedan cumplir esta tarea; pero no sería conforme con la libertad de radiodifusión que el Land ejerciera su influencia sobre la programación prevaliéndose de esta forma de financiación. Y esto no sólo mediante injerencias directas, sino también por medio de interferencias encubiertas. El Land puede controlar el presupuesto de los organismos de radiodifusión, pero debe respetar las dotaciones

[339] *BVerfGE* vol. 83, p. 238 y ss.

[340] **Rainer, A.**, *"La jurisprudencia..."*, op. cit., p. 1285.

[341] *BVerfGE* vol. 90, p. 60 y ss.

[342] Ibídem, pp. 1286-1287.

decididas por los organismos para los distintos tipos de programas, sin que por medio de tal control se ejerza una influencia sobre la programación, y ello sin perjuicio del respeto de los principios de economía y ahorro. Sólo excepcionalmente y de manera justificada en los intereses de los consumidores los Länder podrán reducir las dotaciones solicitadas por los organismo de radiodifusión.

Y, por último, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 22 de marzo de 1995 ha fallado que la regulación de cuotas incluidas en la Directiva europea 89/552 de *Televisión sin Fronteras*, tiene una justificación cultural, competencia de los Länder y, por tanto, el gobierno federal habría de haber negociado la norma europea como simple mandatario de los estados y con su consentimiento.

Resumiremos con Rainer[343] las características de este sistema dual. La obligación de suministrar una programación básica se confía primariamente a los organismo públicos. El pluralismo se manifiesta en los organismo públicos en forma de pluralismo interno, mediante la participación de los grupos sociales en el consejo de la entidad, que elige al director[344]. En las televisiones privadas, el pluralismo viene dado en el marco del mercado, por la competencia de distintos emisores y aún en los supuestos (por ejemplo, a nivel local) en los que es imposible la pluralidad de emisores, las leyes (por ejemplo, la de Renania del Norte-Westfalia) imponen formas de pluralismo interno e incluso otras leyes de los Länder imponen medidas de pluralismo interno si el número de canales se reduce (el Tratado interländer exige al menos 3 canales). Además, en cada Land hay un Landesmedienanstalten, autoridad independientes con presencia de los grupos sociales, que controla el cumplimiento de la legalidad y el respeto a una programación plural y equilibrada. Existen también obligaciones generales de programación, comunes para emisores públicos y privados: la información debe ser completa y no selectiva, independiente y objetiva, las diferentes opiniones deben ser tomadas en cuenta y en los campos de la religión, la ciencia y el arte ninguna posición o tendencia debe ser suprimida o recibir tratamiento preferencial. No puede vulnerarse la dignidad humana, el honor y los derechos personales.

Concluiremos diciendo que en ninguna otra parte como en Alemania *la libertad de emisión* se institucionaliza en servicio de una comunicación plural, con manifestaciones de lo que aquí denominamos *libertad de programación*.

4.5. Portugal y las nuevas constituciones

Englobamos en este apartado la referencia a aquellas constituciones que incluyen las más modernas instituciones iusinformativas, bajo la influencia del art. 19 de la Declaración Universal y -en el caso de las nuevas democracias del centro y este de Europa- del art. 10 del Convenio Europeo.

[343] *"The role..."*, op. cit. p. 385-389.

[344] No obstante, debe advertirse que estos representantes sociales se eligen según líneas partidistas, de modo que la representatividad parlamentaria termina por trasladarse al seno de los organismos públicos, que adoptan la forma jurídica característica del derecho germano denominada *Anstalt*. Esta *contaminación partidista* no impide trajar por consenso a todos los representantes, en lo que es una tradición de la vida pública alemana. **Kleinsteuber, H.J.**, op. cit. , p. 40

Portugal se merece no una simple referencia, sino un estudio completo, que supera el objeto de esta tesis. Nuestros vecinos -como tantas veces, ignorados- han hecho gala de sensibilidad informativa y, sobre todo, de un gran sentido común con una completa declaración constitucional y un desarrollo institucional acorde con los fines constitucionales. La única tacha es lo pormenorizado de la declaración constitucional, con el consiguiente riesgo de envejecimiento.

Resulta significativo que el núcleo esencial de la declaración (como el conjunto de la Constitución) haya podido subsistir en dos momentos históricos bien diferentes: en 1976, a la hora de la promulgación, en un clima post revolucionario y estatalizante; en 1989, en su revisión, en un entorno liberalizador.

La declaración de 1976 venía en gran parte prejuzgada por la Ley de Prensa (Decreto-Ley de 26 de febrero de 1975), que, partiendo de la nacionalización de las publicaciones a raíz de la revolución de abril de 1974[345], ordena la libertad de prensa como una libertad institucional *"esencial en la práctica de la democracia, en la defensa de la paz y en el progreso político, social y económico del país"*. Se garantiza la independencia frente al poder político y económico (normas anticoncentración) de las publicaciones, que habrían de ser sociedades con un fin periodístico o editorial específico. A los periodistas se reconoce la independencia profesional, el secreto profesional, el libre acceso a las fuentes oficiales y la participación en la orientación de la publicación. A los ciudadanos, el derecho de respuesta y la participación en el Consejo de Prensa[346].

En este contexto se promulga la Constitución de 1976. Los cambios más substanciales operados por la reforma de 1989 son:

a) se da una redacción más ambigua al requisito de que las publicaciones sean propiedad de empresas periodísticas o editoriales de fin especifico: no se prohibe, pero el Estado se compromete a imponerlo (art. 38.4).
b) si en 1976 el art. 38.6 declaraba taxativamente que *"la televisión no puede ser objeto de propiedad privada",* la reforma de 1989 retiene como elemento constitucional el servicio público de radio y televisión y establece para las emisoras privadas un sistema de licencia por concurso público;
c) se da una nueva redacción al derecho de acceso al servicio público de radio y televisión;
d) se limita el derecho a participar en la orientación de las publicaciones privadas cuando estas tengan naturaleza doctrinal o confesional (al igual que en las estatales, ya excluidas en la primera redacción).
e) se instituye una Alta Autoridad para la Comunicación Social, órgano independiente, garante del ejercicio de las libertades, de la independencia de los medios y de la expresión plural de las corrientes de opinión.

[345] En su Preámbulo puede leerse esta declaración donde late tanto la concepción liberal como la de las *libertades reales* conquistadas: *"En Portugal a partir del 25 de abril, la libertad de imprenta dejó de ser una aspiración de los peirodistas y hombres de letras, del pueblo y las fuerzas democráticas y patrióticas, para pasar a constituirse una realidad efectiva."*

[346] Sobre el Consejo de Prensa portugués, véase **Arons de Carvalho, Alberto**, *A liberdade de informação e o Conslho de Impresa: 1975-1985*, Direcçao-Geral da Comunicação Social, Lisboa, 1986

A continuación se transcriben los correspondientes artículos[347], en su redacción actual.

Art. 37

1. *"Todos tienen el derecho de expresar y divulgar libremente su pensamiento por la palabra, por la imagen o por cualquier otro medio, así como el derecho de informar, de informarse y de ser informados, sin impedimentos ni discriminaciones.*

2. *El ejercicio de estos derechos no puede ser impedido ni limitado por cualquier forma de censura.*

3. *Las infracciones cometidas en el ejercicio de estos derechos se someterán a los principios generales del Derecho Penal, siendo su apreciación competencia de los tribunales judiciales.*

4. *Se garantizará a todas las personas, individuales o colectivas, en condiciones de igualdad y eficacia, el derecho de respuesta y de rectificación, así como el derecho a la indemnización por daños sufridos."*

Art. 38

1. *"Se garantiza la libertad de imprenta.*

2. *La libertad de imprenta implica:*
   a) *La Libertad de expresión y creación de los periodistas y colaboradores literarios, como la intervención de los primeros en la orientación editorial de los respectivos órganos de comunicación social, salvo cuando pertenezcan al Estado o tengan naturaleza doctrinal o confesional;*
   b) *El derecho de los periodistas, en los términos de la ley, al acceso a las fuentes de información y a la protección de la independencia y del secreto profesional, así como el derecho de elegir consejos de redacción;*
   c) *El derecho de fundación de periódicos y de cualquier otra publicación independientemente de la autorización administrativa, fianza o habilitación previas.*

3. *La ley asegura con carácter genérico, la divulgación de la titularidad y de los medios de financiación de los órganos de comunicación social.*

4. *El Estado asegura la libertad y la independencia de los órganos de comunicación social ante el poder político y el poder económica, imponiendo el principio de especialidad de las empresas titulares de los órganos de información general, tratándolas y apoyándolas de forma no discriminatoria e impidiendo su concentración, especialmente a través de participaciones múltiples o cruzadas.*

5. *El Estado asegura la existencia y el funcionamiento de un servicio público de radio y de televisión.*

[347] Además, el art. 26 reconoce los derechos de la personalidad, el 34 el secreto de las comunicaciones y el 35 regula el tratamiento informatizado de los datos personales.

6. *La estructura y el funcionamiento de los medios de comunicación social del sector público deben salvaguardar su independencia ante el Gobierno, la Administración, los demás poderes públicos, así como asegurar la posibilidad de expresión de las diversas corrientes de opinión.*

7. *Las estaciones emisoras de radiodifusión y radio-televisión sólo pueden funcionar mediante licencia a conferir, por concurso público, en los términos de la ley."*

Art. 39

1. *"El derecho a la información, a la libertad de imprenta y a la independencia de los medios de comunicación social ante el poder político y el poder económico, así como la posibilidad de expresión y de confrontación de las diversas corrientes de opinión, el ejercicio de los derechos de antena, de respuesta y de réplica política, se garantizarán por una Alta Autoridad para la Comunicación Social.*

2. *La Alta Autoridad para la Comunicación Social es un órgano independiente constituido por trece miembros, en los términos de la ley, con inclusión obligatoria:*
   a) *De un magistrado designado por el Consejo Superior de la Magistratura que lo preside;*
   b) *De cinco miembros elegidos por la Asamblea de la República según el método proporcional y el método de media más alta de Hondt;*
   c) *De tres miembros designados por el Gobierno;*
   d) *De cuatro personas representativas especialmente de la opinión pública, de la comunicación social y de la cultura.*

3. *La Alta Autoridad para la Comunicación Social emitirá parecer previo a la decisión de cierre por el Gobierno de canales privados de televisión y de tal manera que sea favorable al otorgamiento de la licencia, sólo pueda recaer sobre la candidatura que haya sido objeto del parecer favorable.*

4. *La Alta Autoridad para la Comunicación Social emitirá también en el plazo definido por la ley, parecer previo, público y fundamentado sobre el nombramiento y el cese de los directores de los órganos de comunicación social pertenecientes al Estado, u otras entidades públicas o entidades directa o indirectamente sujetas a su control económico.*

5. *La ley regulará el funcionamiento de la Alta Autoridad para la Comunicación Social."*

Art. 40

1. *"Los partidos políticos y la organizaciones sindicales, profesionales y representativas de las actividades económicas tienen derecho, de acuerdo a su representatividad y según criterios objetivos a definir por la ley, a tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión.*

2. *Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno, tienen derecho en los términos de la ley, a los tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, a repartir de acuerdo con su representatividad,*

así como el de respuesta o de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y relevancias iguales a los tiempos de antena y de declaraciones del Gobierno.

3. *En los períodos electorales los concurrentes tienen derecho a tiempos de antena, regulares y equitativos, en las estaciones emisoras de radio y televisión de ámbito nacional y regional, en los términos de la ley."*

Art. 42

1. *"Es libre la creación intelectual, artística y científica.*

2. *Esta libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de la obra científica, literaria, o artística, incluyendo la protección legal de los derechos de autor."*

Podría criticarse la técnica de constitucionalizar los grandes principios de las instituciones, con su consiguiente rigidez. Pero ello indica que el constituyente ha conseguido plasmar un alto grado de consenso sobre la comunicación como derecho humano y sobre las instituciones en que se desarrolla, dejando un menor margen al legislador[348] y a los jueces. Y, sobre todo, manifiesta el compromiso del Estado con la comunicación libre, ante la cual ya no sólo ha de evitar cualquier injerencia, sino que debe promover, mediante el conjunto de garantías e instituciones que la Constitución recoge. En cualquier caso, habrá de volverse en este tesis a muchos de los principios recogidos en estos artículos[349].

[348] El régimen dual público-privado previsto en la Constitución para la televisión ha quedado consagrado en la ley 58/90, de de 7 de septiembre. Sobre radio y televisión en Portugal, ver **Cruz Vilaca, José Luis da, Marques Correia, Vasco**, *"La structure du sectuer de la tédévision au Portugal" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit.; en la misma obra, **Botelho Moniz, Carlos**, *"Les rapports de concurrence entre télevision publique et télévision privée au Portugal".*

[349] Los más recientes desarrollos legislativos en Portugal son la Ley del Estatuto del Periodista (Ley 1/1999, de 13 de enero) y la Ley de Prensa (Ley2 /1999, de 13 de enero). El Estatuto del Periodista reconoce y desarrolla los derechos a la libertad de expresión y creación (incluidos los derechos de autor, a falta éstos de desarrollo legislativo), la libertad de acceso a las fuentes de información, la garantía del secreto profesional, la garantía de la independencia profesional (incluida la cláusula de conciencia) y la participación en la orientación del respectivo órgano informativo. En cuanto a la Ley de Prensa, regula el estatuto de las empresas periodísticas, estableciendo normas de transparencia (incluida la adopción de una definicón editorial) y desarrollando los derechos de respuesta y rectificación.

En cuanto a las **nuevas constituciones**, se observa una tendencia a constitucionalizar instituciones como la cláusula de conciencia, el secreto profesional, el derecho de réplica, el derecho de acceso a las informaciones públicas y el derecho de antena de los grupos sociales y políticos. Se manifiesta a este respecto la influencia de las constituciones española y portuguesa[350]. Resulta evidente, la influencia del art. 10 del Convenio Europeo, especialmente de la cláusula de necesidad de las limitaciones en una sociedad democrática, en las nuevas democracias europeas[351]. Es frecuente que los nuevos estados originados por la disolución de la Unión Soviética incluya la prohibición de la apología del odio racial, cláusula típicamente soviética, pero de gran sentido para estas repúblicas formadas por un mosaico de pueblos.

[350] La española sobre las de Colombia, Nicaragua, Paraguay, Perú.... la portuguesa sobre la brasileña, la de Cabo Verde. **Villanueva, E.**, op. cit., Introducción.

[351] Así, el art. 17.4 de la Constitución de la República Checa, el 26.4 de la Constitución de Eslovaquia, art. 14 de la Constitución de Albania.

5. El derecho a la información en la Constitución española

Profundizaremos en esta sección en el concepto del derecho a la información, tal y como se desprende de nuestra Constitución[352] y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No es, por supuesto, un estudio exhaustivo e incluso en temas como la relación siempre conflictiva con los derechos de la personalidad nos interesaremos más por las técnicas de delimitación y ponderación que por el contenido de los límites concretos. Se trata aquí de caracterizar el derecho a la información y sus elementos para confrontarlo en el capítulo tercero con el concepto de libertad de programación, definido apriorísticamente en la presentación de esta tesis.

5.1. Libertades reconocidas y estructura

El art. 20 declara:

"1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción
b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
c) A la libertad de cátedra
d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de esta libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en

[352] Por lo numerosa, se opta por no incluir una bibliografía general en esta sección, citándose las obras correspondientes al tratar de aspectos concretos. Como análisis general del art. 20, **Fernández-Miranda y Campoamor, Alfonso; García Sanz, Rosa María**, *"Comentario al art. 20 CE" en Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil*, Tomo II. Sobre la evolución de la libertad de expresión en las constituciones españolas, véase **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. 156-171; **Gómez-Reino y Carnota, Enrique**, *"Aproximación histórica al Derecho de la Prensa y la Imprenta en España"* TEA, Madrid, 1977; **Bel Mallén, José Ignacio**, *"La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles"* Documentación de las Ciencias de la Información nº 13, Universidad Complutense, Madrid, 1990 p. 23-52: **Cendán Pazos, F.**, op. cit.

el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

5. *Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial."*

Las facultades reconocidas (simplificando expresiones redundantes) son las de:

- Difundir ideas
- Difundir opiniones
- Creación intelectual (literaria, científica, técnica)
- Creación artística
- Difundir informaciones
- Recibir informaciones

(No incluimos la libertad de cátedra como facultad específica, pues, como más adelante se verá, o bien es una forma típica de ejercerse el derecho a la información en la relación educativa, o bien se trata de una garantía institucional).

De la simple comparación con el art. 19 de la Declaración Universal resulta que el texto no menciona las facultades de:

- Investigar ideas
- Investigar opiniones
- Recibir ideas
- Recibir opiniones
- Investigar informaciones

La investigación de ideas y opiniones está implícita en la creación artística e intelectual para estas actividades humanas y en el acceso a la información administrativa del el art. 105 b). No cabe duda que reconocida la difusión de ideas, opiniones e informaciones, ésta, para ser realmente libre, presupone, con carácter previo a la difusión, el buscar o investigar y, a posteriori, el que no se impida recibir lo difundido[353]. Además, la protección de las facultades no mencionadas no plantea problema si interpretamos el art. 20 conforme a la Declaración Universal, según dispone el art. 10.2[354].

De este modo, podemos afirmar que el art. 20 reconoce y protege las libertades de expresión e información, incluyendo en la primera la libertad de creación[355] y la libertad de

[353] Sobre la facultad de recepción, la **STC 12/1982**, FJ. 3º, afirma *"... el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene recepción posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social."*

[354] **Desantes, J.M,**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 376.

[355] Para **Fernández-Miranda y García Sanz**, op. cit. p. 521, el encuadre de esta libertad en el artículo 20 parece adecuado *" pues viene a confirmar lo que el artículo 27 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 bahía sentado, en su párrafo primero, sobre la naturaleza iuisinformativa de este derecho y lo ha confirmado su desarrollo legislativo, caracterizando al derecho de autor como integrado por una facultad esencial, la facultad de difundir. Se puede decir que se trata del derecho a la información visto desde la perspectiva jurídica del creador o difusor. "* Los autores estiman que

cátedra, y delimitándose la segunda por el carácter veraz de las informaciones. En rigor, libertad de creación y libertad de cátedra están a caballo entre la libertad de expresión y la de información, pues ambas, sobre todo la segunda, suponen la difusión de informaciones, aunque predomine el carácter ideológico en su ejercicio y por eso corresponda más su inclusión entre la libertad de expresión. En cuanto a la libertad de cátedra[356], se trata de la manifestación de la libertad de expresión en la relación educativa y al tiempo garantía institucional de la libertad de enseñanza[357]. Libertades que podrán ejercerse mediante los medios naturales o de reproducción (libertad de expresión) y difusión (libertad de información), medios que podemos considerar -recurriendo al criterio interpretativo de las Declaraciones internacionales- como universales, aunque éste es un tema que exige su propio desarrollo.

En torno a estas dos libertades se estructuran el resto de los elementos de la declaración. Podemos clasificarlos en *garantías institucionales y límites*.

La garantía básica es la prohibición de la censura, en la tradición de que la comunicación no puede ser sometida a control previo. E íntimamente conectada a ésta, la garantía de limitar el secuestro de los soportes informativos al decretado por resolución judicial. Cláusula de conciencia y secreto profesional son garantías institucionales para el ejercicio de esta libertades mediante la práctica profesional. El derecho de acceso de los grupos significativos a los medios públicos es una garantía que conecta las libertades de expresión e información con el pluralismo que informa todo nuestro ordenamiento y pone de manifiesto su dimensión institucional. Y, en fin, el control parlamentario de los medios públicos, la única garantía a una independencia, que no se enuncia expresamente[358].

---

el párrafo 1 b) implica la constitucionalización de los derechos de autor, pues sería redundante especificar el objeto de las facultades de difundir y recibir y como garantía institucional en este campo ya se cuenta con la libertad de cátedra (p. 547).

[356] La **STC 5/1981** la caracteriza como una libertad negativa característica del ámbito docente: *"... Se trata sin embargo.... de una libertad frente al Estado, más generalmente frente a los poderes públicos, y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertades. Tales características vienen determinadas, fundamentalmente, por la acción combinada de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente en primer témino, y el nivel o grado educativo al que tal puesto docente corresponde, en segundo lugar".* Para **Tomás y Valiente**, en el voto particular a esta sentencia *"... La libertad de cátedra es una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza, entendida ésta como principio organizativo de nuestro sistema educativo..."* Sobre el encuadramiento de la libertad de cátedra en el art. 20, véase **Desantes Guanter, José María**, *"El derecho de autor en la Constitución española de 1978" en Cuaderno de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, 1993.

[357] **Fernández-Miranda y García Sanz**, op. cit. p. 551*"... Como garantía institucional... (la libertad de cátedra)... que condiciona la ordenación educativa, haciendo del pluralismo interno el principio ordenador del proceso educativo, y de la que nace el derecho subjetivo de los profesores a la libertad de expresión docente."*

[358] **Torres del Moral, Antonio**, *"La libertad de comunicación pública" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 991, distingue entre *derechos-garantía* y *garantías de los medios frente a los poderes públicos* y *garantías relativas a los medios de comunicación dependientes del sector público*. Entre los primeros incluye, además de la cláusula de conciencia y el secreto profesional, el derecho de rectificación (derivado de la exigencia de veracidad). Considera garantías de los medios frente a los poderes públicos la prohibición de censura y la necesidad de resolución judicial para el secuestro de publicaciones. En cuanto a las garantías relativas a los medios públicos consisten en su organización y control parlamentario y en el derecho de acceso.

El problema de los límites se tratará en detalle en otro apartado de esta sección. Baste decir que dentro de la estructura del art. 20, su apartado 5 juega la función de recordar que estas libertades no son absolutas y su ejercicio habrá de ser responsable.

En resumen, el art. 20 reconoce el derecho a la información, que comprende la libertades de expresión (incluidas las libertades de creación y cátedra) e información (veraz), cuyo ejercicio responsable a través de cualquier medio es garantizado institucionalmente.

Mucho se ha criticado la estructura y contenido del art. 20[359], que pueden resumirse en que ni acierta en la formulación general, ni en la selección de garantías institucionales. Personalmente estimo que la declaración supone la *generalidad del objeto informativo* y la *universalidad de los medios* y eso a pesar de la confusión entre medios de reproducción y difusión. Menos afortunada parece la selección de las garantías institucionales. Se echa en falta la mención de la independencia de la empresa informativa y la constitucionalización de las medidas anticoncentración; asimismo, la independencia profesional, plasmada en alguna forma de participación. En cuanto al público, hubiera sido conveniente constitucionalizar un derecho de respuesta, concebido de modo más amplio que un simple instrumento para la reparación del honor, y asumir el principio de acceso del público a los medios, aunque éste se realice preferentemente mediante los grupos más representativos. Y, en fin, dejar claro el papel de los medios de carácter público, independientes del gobierno, como plataforma para el ejercicio de estas libertades por los ciudadanos.

5.2. Naturaleza del derecho a la información

Examinaremos en este apartado tres cuestiones: la naturaleza *monista o dualista* del derecho a la información y su relación con las libertades de expresión e información; su dimensión de autonomía, capacidad y participación; y, por último, el titular o titulares del mismo.

5.2.1. Libertad de expresión, libertad de información, derecho a la información

El derecho a la información es uno de los que la Constitución denomina *derechos fundamentales y libertades públicas* , como incluido en la Sección 1ª del Capitulo II del Título I y goza por tanto de la protección reforzada del art. 53.2. Tanto a través de la vía de amparo, como del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina[360] sobre la naturaleza de este derecho. Hasta el punto de que, teniendo en cuenta la alta litigiosidad y la falta de desarrollo legislativo, se ha llegado a decir que han sido los tribunales los que han construido este derecho en España[361]. Pero no debe

[359] Véase un resumen en **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información* , op. cit. pp. 365-366.

[360] Puede verse la síntesis realizada por **Rodríguez Bereijo, Álvaro**, *"La libertad de información en la jurisprudencia constitucional"*, Claves de Razón Práctica, nº 72, 1997.

[361] **Llamas Pombo, Eugenio** en la introducción (p. 10) a la recopilación *Libertad de expresión. Estudio jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997

olvidarse que los litigios se han centrado en dos grandes capítulos: los *límites* (en relación, sobre todo con los derechos de la personalidad y en menor medida con expresiones que atacan los fundamentos constitucionales)[362] y la *libertad de emisión* (en relación con la impugnación del servicio público de radiodifusión). Por eso, la jurisprudencia puede dar una imagen un tanto deformada y deja en penumbra muchas de las cuestiones que plantea este derecho y que sólo pueden abordarse mediante desarrollo legislativo.

La distinción entre las libertades de expresión e información se basa entre nosotros en el distinto alcance y protección dado a una y otra por el Tribunal Constitucional, a la hora de resolver el conflicto entre el derecho a la información y los derechos de la personalidad, sobre todo, el derecho al honor. Esta jurisprudencia ha condicionada la reflexión de los autores.

Desde sus primeras sentencias el Tribunal afirma el *carácter institucional* del derecho reconocido en el art. 20, su *función pública*, que no es otra que el mantenimiento de una comunicación pública libre:

> *"El artículo 20 de la constitución, en sus distintos apartado, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1º, apartado 2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política."* **(STC 6/1981, FJ. 4º)**

En cuanto a los medios, incluidos la radio, el cine y la televisión, la **STC 76/1995** concreta esa función pública como *función constitucional*, pues su actividad forma parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia.

Pronto esta dimensión institucional se interpreta como *"garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre"* [363]. El Tribunal tarda algún tiempo en sacar consecuencias de tal consideración para resolver la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor y el resto de los derechos de la personalidad[364], pero termina por afirmar la preferencia del derecho a la información (**STC 159/1986)** sobre el derecho al honor. La **STC 6/1988** (en un caso en que no está en juego el derecho al honor, sino que se juzga si un despido por difundir información interna vulnera la Constitución) delimita ambas libertades en estos términos:

> *"En el art. 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse*

[362] Litigios éstos característicos de la prensa. Piénsese que la mayoría de los que alegan vulneración de su honor son políticos locales. En cuanto a otro derecho de los derechos de la personalidad, el de la imagen, cada vez más los litigios se refieren al medio televisión y a los personajes del mundo del espectáculo denomonados *"famosos"*.

[363] **STC 12/1982**, FJ. 3º .

[364] Como recuerda **Herrero Tejedor, Fernando**, *"Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral"*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 35, 1993, p. 274, durante una primera etapa se siguió aplicando la doctrina penal que exige la tipicidad de la acción y el ánimo de injuriar.

noticiables. Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender [...] al elemento que en ellos aparece como preponderante" (FJ. 5º).

Esta sentencia interpreta la veracidad, exigida por el propio texto constitucional como deber de diligencia profesional:

"... Cuando la Constitución requiere que la información sea 'veraz' no está tanto privando de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas -o sencillamente no probadas en juicio- cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado..." (FJ. 5º).

Además, para que el ámbito de los derechos de la personalidad de los otros pueda ser invadido, la información debe versar sobre asuntos de interés general y relevancia pública (**STC 171/1990**)[365]. Por resumir esta doctrina en los términos de la **STC 190/1996**:

"Forma parte del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (entre otras muchas, SSTC 6/1988, 171/1990). Información veraz es, al respecto, ante todo, información verdadera. No obstante la trascendencia constitucional en una sociedad democrática de un flujo informativo libre y sin cortapisas (SSTC 67/1981, 159/1986, 1905/1990, 240/1992, 78/1995, 132/1995, 19/1996) impone bajo la égida de la libertad analizada de aquellas informaciones de relieve público que, aunque puedan resultar falsas a posteriori hayan sido diligentemente contrastadas ex ante por su agente (SSTC 6/1988, 10571990, 22371992, 132/1995, 1733/1995, 61/1996). La identificación de la veracidad con la objetividad (SSTC 143/1991) o la 'realidad incontrovertible' (STC 41/1994) constreñiría inevitablemente el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991). (FJ. 3º a)

No debe confundirse la relevancia pública con el carácter noticioso del hecho de que se informa, ni la determinación de esa relevancia pública puede quedar al arbitrio del medio de comunicación, pues, según declara la **STC 134/1999**

"...ni son los medios de comunicación los llamados por la CE para determinar que sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (TC S 20/1992, FJ 3.º). El art. 20.1 d) CE, al garantizar los derechos a comunicar y a recibir libremente información, no protege la satisfacción de la mera curiosidad de los que componen el público en general, sino el

[365] **Bastida, F.**, *El régimen jurídico*, op. cit. p. 13, considera que *"... El hecho de que el concepto jurisprudencial de 'información' sea el de 'informaciones con trascendencia pública' introduce un principio selectivo, y en tal sentido valorativo, que puede condicionar el contenido del mensaje e inducir a la autocensura y al sometimiento de lo que en cada momento y circunstancia se considere judicialmente que son hechos 'noticiosos' o con 'trascendenda pública'..."*

interés colectivo en la información, lo que no debe identificarse sin más con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso (TC SS 105/1983, 159/1986 y 168/1986)". (FJ. 8º).

En cambio, la libertad de expresión -más amplia que la libertad de información, porque no opera para ella el requisito interno de la veracidad (**STC 107/1988**)- se evalúa, sobre todo como libertad de crítica, muy amplia cuando se proyecta sobre personajes públicos, hasta el punto de que sólo quedan excluidas las expresiones injuriosas. He aquí la síntesis de la **STC 3/1997**:

"... cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20 1 a) CE, los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más rigurosos control de sus actividades y manifestaciones que si se trata de simple particulares si proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esta crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 107/1988, 105/1990, 85/1992). Asimismo, que la crítica legítima en asuntos de interés público ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen (STC 85/1992). [...] (aunque) no puede estar amparado por la libertad de expresión por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas para el honor de la persona que es objeto de la crítica, aun cuando ésta tenga carácter público [...] (pues) 'una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea... y otra cosa distinta el empleo de expresiones o calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, no guardan relación con la formación de la opinión pública libre...' (SSTC 167/1995, SST 105/1990, 170/1994)...." (FJ. 6º).

Como es lógico esta jurisprudencia ha influenciado hondamente el modo de entender el derecho a la información[366] por la **doctrina española**.

Entre nosotros, sigue siendo frecuente el entendimiento del derecho a la información como libertad de información, manifestación de la libertad de prensa[367], y esto incluso limitado a lo que se llama aspecto activo, la difusión de noticias, considerándose la facultad de recepción un mero reflejo pasivo de tal dimensión activa[368]. Se distingue, así, entre la libertad de expresión, propia de todos los ciudadanos, y la libertad de información, que, en la práctica ejercen los profesionales. Calificaría a estas doctrinas de *reduccionistas.*

---

[366] En la doctrina extranjera, es la francesa la que más frecuentemente usa esta denominación de derecho a la información. Para **Chamoux, J.-P.**, op. cit. pp. 47-49, la noción de derecho es a la información es equívoca, en cuanto parte de tres orígenes distintos. Uno se encuentra en la Encíclica *Pacem in Terris*, de Juan XXIII (1963) que proclama un derecho (personal y humanista), el derecho de todo ser humano a una información objetiva. Otra de las fuentes es la *freedom of information* norteamericana, declarada por la jurisprudencia y convertida en ley: el derecho (objetivo) de los profesionales de la información de investigar en las fuentes públicas los secretos del poder. El tercer origen estaría en la legislación sueca que proviene de 1799 y que confiere el derecho (personal) a cada ciudadano a acceder a la información administrativa. Como consecuencia, bajo la misma denominación y a veces de forma mezclada, se habla tanto de un derecho de crédito del ciudadano frente a los poderes públicos, que están obligados a darle a conocer las informaciones que de él poseen, como del derecho de crédito de los informadores para acceder a las informaciones que precisa la comunidad.

[367] Así resume **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. p. 380 estas posiciones: *"... la libertad de información debe entenderse en sentido amplio como libertad de prensa y, como tal, es propia esencialmente de la profesión periodística, aunque puedan ejercer este derecho todos los ciudadanos...."*

[368] Ibídem p. 371

Fernádez-Miranda y García Sanz clasifican las distintas tesis en *monistas y dualistas*[369]. La dualistas, como la mayor parte de nuestra jurisprudencia, diferencian dos libertades distintas y separadas, más individualista la de expresión, más institucional la de información. La monistas consideran la comunicación globalmente como un solo derecho de contenido complejo.

Desantes y Soria[370] son representantes de la posición monista. Se trata de un solo derecho con dos posibles objetos distintos: ideas y hechos. El derecho tiene un objeto génerico -el mensaje- y un número ilimitado de objetos específicos- los mensajes. El número posible de mensajes es ilimitado y lo normal es que en la realidad en un mensaje se entremezclen ideas y hechos, pero al término del análisis se llega a dos mensajes simples: los que surgen del interior del informador (ideas o pensamientos) y los que el informador recoge del exterior (información o noticia).

Una de las posiciones dualistas más claras es la expuesta por Sánchez Ferriz[371]. Denomina esta autora *derecho a la información* a la *libertad de información*, y a la luz de la evolución de la jurisprudencia sienta las siguientes conclusiones:

1. El derecho a la información (libertad de información) y la libertad de expresión son dos derechos, autónomos, independientes y divergentes.
2. Ambos derechos son complementarios.
3. Siendo en ambos casos su sujeto todos los ciudadanos, en la libertad de información su faceta de recibir información no puede ser satisfecha sino desde la existencia de un sistema informativo, que suministre las informaciones necesarias para formar opinión de los asuntos públicos.
4. Ambos son derechos individuales, pero presentan, al tiempo, una dimensión institucional, la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre. En el derecho a la información (libertad de información), en cuanto comunicación periodística, el elemento institucional cobra más relieve.
5. El derecho a la información (libertad de información) es garantía y presupuesto de la libertad de expresión. La veracidad no constituye un límite, sino elemento esencial de la información. La libertad de información requiere garantías institucionales de las que se benefician los informadores, sin que ello constituya privilegio alguno. Cuando se niega la libertad de emisión, alegando proteger el derecho a la información de todos los ciudadanos se está interpretando abusivamente este derecho.
6. El deber de los poderes públicos de proteger y promover el derecho a la información (libertad de expresión) puede requerir intervenciones, que deben estar sometidos a control, sin que esté demostrado -dice la autora- que los

[369] Op. cit. pp. 517-520.

[370] **Desantes Guanter, José Maria, Soria, Carlos**, *Los límites de la información*, Asociación de la Prensa de Madrid, Madrid, 1991, p. 23-24.

[371] **Sánchez Ferriz, Remedios**, *"Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior"* , Revista General del Derecho, 596, 1994, pp. 5044-5050.

medios públicos sean más respetuosos que los privados con los principios que deben presidir la información.

Pero la realidad es que la mayor parte de los autores mantienen posiciones eclécticas, oscurecidas por la imprecisión terminológica. Así, algunos, toman en su conjunto la comunicación, los distintos objetos y facultades, pero consideran todas las facultades una emanación de la libertad de expresión[372] y valoran de modo muy distinto ambas libertades[373]. La primera se trataría de un derecho individual; la segunda de un derecho social, con una dimensión institucional.

Personalmente, considero que se trata de un derecho unitario y complejo, en el que pueden distinguirse las libertades de expresión e información, que a su vez se entrecruzan en un entramado de facultades y deberes, medios, garantías y mecanismos de exigencia de responsabilidad que precipitan en una variedad de libertades, entre las que se encuentra la de programación, manifestación difusiva de ese derecho unitario a la información. Y, en consecuencia, la dimensión institucional ha de predicarse del derecho en su conjunto, tanto de la libertad de expresión, como de la libertad de información.

5.2.2. Libertad-autonomía, libertad-capacidad, libertad-participación

Dejemos aplazada la polémica para tratar de otra de las grandes cuestiones, necesarias para dilucidar la naturaleza del derecho a la información. ¿Cómo entienden jurisprudencia y doctrina que se manifiestan las dimensiones de autonomía, participación y capacidad en este derecho?.

---

[372] Rodríguez Bereijo, después de remitirse a la jurisprudencia para asegurar que el art. 20 garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, dice: *"...Este conjunto normativo se engloba bajo la denominación de libertad de expresión, categoría que sintetiza los derechos referidos y que constituye su punto de partida."* **Rodríguez Bereijo, A**., *La libertad de expresión..*", op. cit., p. 2. **Llamas, E.,** op. cit. p 9, afirma que *"...resulta más adecuado entender la libertad de expresión como un atributo humano, como un valor superior, derivado de la libertad de pensamiento, que cuando se concreta jurídicamente, da lugar a un verdadero derecho subjetivo, que conocemos como 'derecho a la información'. Lo que sucede, es que tal derecho cuyo objeto es siempre un mensaje informativo, adquiere tintes diferentes según la naturaleza de ese mensaje sea simple (hechos o ideas), o compleja (opinión, publicidad, etc.). y aún cuando difícilmente se encuentra en 'estado puro', su tratamiento jurídico es absolutamente diverso según que se refiera a la comunicación de hechos, o a la transmisión de ideas..."* Para Bustos Gisbert se trata de derechos distintos que tienen en común su función y su modo de ejercicio, que consiste en la libertad de comunicación pública. Para el autor, aunque sostiene que se trata de dos derechos distintos, *"la razón unificadora del art. 20.1 se encuentra en que reconoce, en sus distintos apartados, el derecho a la libre comunicación."* **Bustos Gisbert, Rafael**, *"El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión"*, Revista de Estudios Políticos, nº 85, 1994, p. 270. Torres del Moral denomina al conjunto de las libertades reconocidas en el art. 20 CE como ***libertad de comunicación pública***, manifestación pública, *difusiva*, de esa raíz original que es la libertad de expresión. Este autor contrapone las libertades de comunicación privada y distingue entre la expresión de las ideas y su difusión, entre los aspectos activos y pasivos. **Torres del Moral, A.**, op. cit., p. 989 y ss.

[373] Por ejemplo, **Chinchilla, C.**, op. cit., p. 30, que critica la imprecisión terminológica que rodea estas libertades, afirma que *"... la rúbrica 'libertad de expresión' sigue siendo suficiente y válida, aunque, desde luego, no sea, en modo alguno, omnicomprensiva de todos los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20 de la Constitución."* Esta autora construye un concepto válido de *derecho de información*, en el sentido aquí utilizado para la *libertad de información*::*"... Comprende, de un lado, el derecho a comunicar información (cuyo objeto son las 'noticias') que, aunque reconocido a todos, en la práctica se concreta en su ejercicio por los profesionales de la información a través de unos medios específicos, conocidos hoy como medios de comunicación social; de otro, el derecho del público a ser adecuadamente informado (información veraz), que actúa como límite para la libertad de información y entraña una serie de obligaciones para el Estado."*

La caracterización como ***libertad-autonomía***, como libertad negativa, es casi unánime, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los autores. Como expresa la **STC/81**:

> *"La libertad de expresión que proclama el artículo 20.1.a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes público que no esté apoyado en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz."* (FJ. 4º).

Como es lógico, esta dimensión autonomía no plantea más problemas que. justamente, los límites del derecho. Es pacífica, también la consideración de esta la dimensión autonomía como una defensa frente a cualquier restricción, orden, injerencia o simple vía de hecho (**STC 105/1983**) que perturbe su ejercicio. Y, desde luego, no hay duda tampoco que este derecho no *"...tiene porque ser expresa y formalmente reconocido por la Administración, ya que el mismo nace de la Constitución Española y su titular no tiene, por consiguiente, para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo..."* (**STC 77/1982,** FJ. 1º).

En este sentido, puede afirmarse que el derecho a la información es un derecho público subjetivo.

La ***dimensión participación*** está afirmada por la jurisprudencia y aceptada por la mayoría de la doctrina al declarar la dimensión institucional de este derecho. Como vimos, tanto la libertad de expresión, pero sobre todo, la libertad de información tienen como función y se ordenan a la conformación de la *opinión pública libre*. Pero tal declaración no tiene más consecuencias prácticas que dar preferencia a este derecho en su colisión con los derechos de la personalidad. No es fácil encontrar opiniones que reparen en que si tal derecho se ordena a la participación ciudadana y política puede, a su vez, ejercerse mediante la participación en los órganos de información.

La forma en que el Tribunal Constitucional ha desarrollado la dimensión institucional ha sido criticada por el profesor Bastida[374]. Para este autor nuestra jurisprudencia se encuadra en la línea de lo que llama concepción democrático funcional, en la que el interés colectivo se encarna en la institución de la *opinión publica libre* y se convierte en la medida del ámbito de protección del derecho a la información (libertad de información)[375]. Como alternativa propone adoptar una concepción *democrático procedimental*, poniendo el acento en el valor procedimental de la democracia, esto es, el pluralismo, *"entendido como posibilidad de concurrencia de ideas y opiniones y expresadas y difundidas por cualquier medio de difusión..."*[376]. Esto es, no se trata de ordenar el ejercicio de estas libertades a la consecución de la opinión pública libre, sino en garantizar su ejercicio libre para que, de este modo, se forme libremente la opinión pública. O, desde

[374] Expone in extenso estas ideas en la parte V de la *Libertad de antena*, op. cit. pp. 209-288 y de manera más sintética en el *Régimen de la comunicación social*, op. cit.

[375] *Régimen de la comunicación social, op. cit. p. 9*

[376] Ibídem, p. 21

nuestra perspectiva, la participación en la sociedad democrática se realiza mediante la libre expresión e información.

La verdad es que la concepción institucional no se lleva a los extremos en que pudiera hacer pensar la crítica de Bastida. En realidad, sus consecuencias prácticas se reducen a dar una protección privilegiada al ejercicio de la libertad de información sobre los derechos de la personalidad y eso sólo en la mayoría de las sentencias, no en todas. En cambio, aunque se invoque retóricamente la institución de la opinión pública libre en los litigios en los que se solicita el amparo para la libertad de emisión, los fundamentos jurídicos de las sentencias -como veremos- son otros.

La ***dimensión capacidad*** [377] queda apenas apuntada. Y lo está tempranamente en la **STC 6/1981**, ya citada, cuando afirma:

> *"... La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña* ***seguramente*** *la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y en conexión con ella, el mandato genérico contenido en art. 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo de esta obligación el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público."* (FJ. 4º) (La negrita es nuestra).

La sentencia desestima el recurso de amparo contra el cierre de dos de los periódicos del Organismo Medios de Comunicación Social del Estado (sentando, prácticamente, la doctrina que se aplicará en el recurso inconstitucionalidad contra la Ley 11/1982, de Supresión de este organismo), de modo que, aunque no se cierra la puerta a que estas libertades se manifiesten como poderes de todos a expresarse e informar, no se estima en el caso en cuestión, ni encontramos tampoco en las casi dos décadas de jurisprudencia constitucional sentencias que legitimen una acción positiva[378] -y no meramente limitativa, como ocurre en el fondo en los casos de libertad de emisión- de los poderes públicos para que los ciudadanos puedan hacer efectivas sus libertades, tanto investigando, como difundiendo o recibiendo ideas, opiniones o información.

García Llovet[379], siguiendo a Gómez-Reino[380], construye el derecho a la información como un derecho de crédito por parte del Estado, que podría concretarse en:

---

[377] Poco tiempo después de la promulgación de la Constitución, **López Ramón, Fernando**, *"La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978"*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 34, 1981, p. 388, estimaba que *"... Este es uno de los artículos en que el constituyente intentó ir más allá de la mera regulación o garantía formal de un derecho fundamental para adentrarse en el campo del contenido real del derecho. Esto es, de acuerdo con la denominada 'cláusula de transformación' del art. 9.2 de la CE, el propio art. 20, aun cuando limitadamente, pretende que la libertad de expresión sea 'real y efectiva', tendiendo a remover, si no todos, al menos algunos obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, facilitando así la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural, conforme al carácter social de nuestro Estado."*

[378] Y sí, en cambio, sentencias en contrario, como la **STC 220/1991**, FJ. 4º, que afirman que *"... el derecho de recibir información veraz... es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación".*

[379] Op. cit. p. 156 y ss.

a) Desarrollo de una política legislativa que permita una disciplina de los medios de comunicación que impida los procesos de concentración;
b) Desarrollo de una política legislativa que garantice que los derechos de los profesionales de la información;
c) Ayudas estructurales para la reconversión tecnológica.

Son estas orientaciones válidas -podrían añadirse otras políticas- que resultan compatibles con la Constitución y su *cláusula de progreso*, pero que adolecen de fundamento propio porque *no están ordenadas expresamente* por los preceptos constitucionales[381]. Estas políticas positivas requieren de desarrollo legislativo. Pero, aún así, cabría enunciar genéricamente como *dimensión capacidad* (o, si se quiere, derecho de crédito) del derecho a la información, el siguiente principio, que entiendo desarrollo lógico de los arts. 20 y 9.2:

> ***Los ciudadanos tienen derecho a que los poderes públicos desarrollen políticas que remuevan los obstáculos, especialmente los económicos, que impiden que todos puedan expresarse, informar y ser informados, y ordenen el ejercicio de estas libertades de modo que la igualdad sea real. Si los tribunales no pueden suplir la acción del poder legislativo estableciendo el contenido concreto de este derecho de prestación, si pueden, en cambio, controlar su conculcación. En otras palabras, sería accionable y cabría otorgar el amparo frente aquellas normas, políticas y actos de los poderes públicos o de los particulares que manifiestamente obstaculizaran el ejercicio efectivo del derecho a la información (por ejemplo, derogando una institución existente, como el derecho de réplica o normas anticoncentración, aunque éstas carecieran de reconocimiento constitucional) sin vulnerar el de los otros y en detrimento del pluralismo, valor informador de todo el ordenamiento.***

O, en otra palabras, aunque el derecho a la información en cuanto que capacidad es un *derecho de conformación legislativa*, la vulneración de sus manifestaciones concretas es accionable ante los tribunales. Volveremos sobre estas ideas al tratar de los medios de ejercicio.

5.2.3. Sujetos del derecho a la información

Para terminar de caracterizar la naturaleza del derecho a la información, nos ocuparemos del problema de la ***titularidad***[382].

A partir de la forma impersonal del art. 20.1 *"se reconocen y protegen los derechos"* doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que el titular del derecho es toda persona, esto es el sujeto del derecho a la información es *universal*. Pero la jurisprudencia no termina de

[380] Por ejemplo, expresa parecidas ideas en el *Prólogo*, op. cit. pp. 20-21.

[381] **Barendt, E.**, op. cit. pp. 78-113 desarrolla lo que llama dimensión positiva de la libertad de expresión. Tras analizar la jurisprudencia constitucional comparada llega a la conclusión de que sin una precisa indicación constitucional pretender un concreto derecho de crédito frente al Estado se convierte en un puro ejercicio político voluntarista. No obstante, este autor le bastan las previsiones de la Primera Enmienda, para, a partir de la jurisprudencia norteamericana de acceso a los foros públicos, construir una teoría de acceso del público a la prensa y a las informaciones de carácter público.

[382] Ya se trató en general de la titularidad de los derechos fundamentales en el apartado 1.4 de este capítulo.

delimitar las distintas formas de manifestarse de este sujeto universal, sobre todo en cuanto *sujeto cualificado* y en cuanto receptor de ideas, opiniones e informaciones.

Puesto que el Tribunal considera la libertad de expresión como un derecho más personal, la mayoría de los pronunciamientos se refieren a la libertad de recepción, en la que cobra especial relevancia el periodista.

En casi todas las sentencias se afirma claramente el carácter universal de la libertad de información. Así, desde una de la primeras, la **STC 6/1981** (FJ. 4º), se dice que *"...corresponde a todas las personas"*, pero casi todas insisten en el carácter residual de las facultades activas de este sujeto universal frente a los profesionales, por ejemplo cuando se dice que toda persona es titular *"... aunque no fuera más que porque el proceso en que la comunicación consiste no siempre podrá iniciarse mediante el acceso directo del profesional del periodismo al hecho noticiable mismo"* (**STC 6/ 1988**, FJ 5°).

Se tiende, pues a considerar al profesional al servicio de un derecho de la colectividad. Así, la **STC 105/1983**, afirma que *"...el sujeto principal del derecho a la información es la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho y es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transformación "*, de modo que ese sujeto colectivo, la sociedad toda y su derecho a recibir informaciones, se convierte en la fin institucional y al final el derecho de cada uno no sólo a ser informado, sino también a informarse, queda en una nebulosa, correspondiendo al profesional[383] el ejercicio activo de las facultades de investigación y difusión.

La ya citada **STC 6/1981** (FJ. 4º) advierte que *"...quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación e información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio....",* pero la **STC 30/1982** (FJ. 4º) matiza que, respecto al acceso a las vistas judiciales[384], los profesionales tienen un derecho preferente, en función del **deber de informar**:

> *"No resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumple, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado."*

[383] La sentencia citada -*caso Vinader*- no saca conclusión especial alguna de esa misión atribuida al profesional, al que se niega el amparo frente a la condena penal. No había desarrollado todavía el Tribunal su teoría de la preferencia de la libertad de información, complementada por el deber de diligencia profesional y además el recurso presentaba limitaciones formales, que llevan a negar el amparo.

[384] La facultad de buscar información que a todos se reconoce debe ser ordenado en cuanto al acceso de as vistas judiciales, pues estamos ante bien ante el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Tiene sentido de hablar de recho preferente de los profesioales, porque así se asegura una amplia difusión y se hace realidad el derecho de todos a recibir información. Pero este derecho preferente tiene que ser compatible con la asistencia, por ejemplo, de los familiares de acusados y víctimas de asistir a las sesiones, así que, por ejemplo, puede tener sentido reservar un número de asientos a los representantes de los medios de comunicación, otros a los familiares, procurando que queden plazas libres para el público. **Barendt, E,**, op. cit. se ocupa del problema en la jurisprudenica alemana (p. 237) y norteamericana (p. 242-243).

Estamos, pues, ante la *teoría de la intermediación social*, afirmada de modo expreso en la sentencia citada que afirma que los periodistas son *"los intermediarios entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente"*. Una teoría que encaja perfectamente en la concepción institucional[385] y en la posición preferente que la jurisprudencia posterior va a reconocer a estas libertades. De este modo, ese valor preferente *"alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercida por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa..."* (**STC 165/1987**, FJ 10º) y aunque esta sentencia afirma que éste es un derecho de todos *"...el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso ha de entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último."*.

Resumiendo, el derecho que a todos se reconoce queda, en la práctica, circunscrito a los profesionales, pues sólo se otorga protección preferente a su ejercicio mediante los medios institucionales. Parece grave degradar a una categoría minusprotegida el derecho de los ciudadanos comunes, que no tienen acceso a los medios de comunicación y que se ven obligados -como en el caso que nos ocupa- a difundir unas simples hojas (que por supuestos no cumplen los requisitos de la Ley de Prensa y en tal sentido son clandestinas) para ejercer el derecho a la crítica.

Además, si desde un punto de vista sociológico es cierto que existe una intermediación, ésta no puede interpretarse jurídicamente como si se tratase de una delegación o mandato formal, que termine por anular el derecho de los ciudadanos tanto a recibir como a difundir.

Cuestión distinta es la del deber profesional[386]. Existe un deber porque la información se convierte en profesión, porque el ejercicio del derecho propio se ordena de modo habitual a la realización del derecho de los demás. A todo deber corresponde un poder de exigir su cumplimiento; pues bien, la caracterización, la cualificación profesional del informador y su encuadramiento en una organización creada para informar (sujeto organizado) crea una expectativa en los sujetos receptores de que su derecho a saber, su derecho a recibir información, va a ser satisfecho por aquel que se identifica como informador profesional, de donde resulta el poder de exigir que tal expectativa no se defraude ni por el informador, ni por la empresa informativa. El alcance de este derecho-deber de informar se comprende mejor si lo situamos (como haremos en el próximo capítulo) en la relación jurídico-informativa.

---

[385] Al comentar la citada sentencia 30/1982, **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 213, afirma: *"Tal concepción institucional aflora, por ejemplo, si se entiende que 'la función' y el 'deber' del periodista tienen una naturaleza jurídica, no únicamente social, y de los mismos se derivan 'competencias' y 'obligaciones', cosa que no parece suceder en esta sentencia, a la vista del tratamiento que el TC da a la especial situación del periodista. Su derecho no es un privilegio y su carácter preferente sólo es un apoyo (p. 213) para la mejor realización de la función social y política que se deriva de la actividad periodística."*

[386] Deber profesional a encuadrar en uno más amplio que vincula a todo aquel que está en conocimiento de un hecho de trascendencia social. Véase **Desantes Guanter, José María**, *La información como deber*, Buenos Aires, 1994.

También desde una perspectiva institucional, la función de servir a la libre conformación de la opinión puede servir de fundamento para afirmar este derecho-deber específico. Así, a la protección privilegiada de su ejercicio corresponde una especial deber de diligencia, que no puede exigirse en la misma medida a aquellos que no son profesionales (**STC 4/1996**).

Pero sea cual sea la perspectiva, nunca uno de los miembros de ecuación derecho-deber debe anular al otro.

El reconocimiento del derecho-deber del informador plantea la cuestión del **estatuto profesional**[387], polémica donde las haya, que divide a los propios periodistas y que aquí sólo apuntaremos. Para los partidarios de un estatuto específico[388], la periodística se equipara con las profesiones liberales[389] y, en consecuencia, se defiende la necesidad de los elementos clásicos de este estatuto: acceso reglado a través de titulación universitaria, colegiación[390] como modo de asegurar a la sociedad el cumplimiento de la función pública mediante sistemas de autocontrol. Desde posiciones liberales se niega la necesidad de cualquier regulación específica de esta profesión; desde posiciones institucionales o axiológicas se admite la necesidad de un estatuto profesional, pero es

[387] Sobre la evolución del estatuto profesional en España y otros países, ver **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 185-190. Sobre el estatuto profesional en Francia, ver **Derieux, E.**, op. cit. pp. 322-323.

[388] **Aguinaga, Enrique**, *"Regulación profesional del periodismo"*, Cuadernos para Debate, nº 94, nov-dic. 97 ha articulado jurídicamente las implicaciones de un estatuto profesional periodístico en nuestro derecho, especialmente respecto a la necesidad de colegiación. Fundamenta su trabajo en la teoría de la mediación institucional. El profesor Desantes, a lo largo de toda su obra, ha defendido la institucionalización del estatuto profesional como garantía de independencia. Valga por todas, *"La formación del informador, garantía de la libertad de expresión"*, Documentación de Ciencias de la Información, nº 16, 1993, especialmente p. 75 y ss.

[389] **Cortina, Adela**, *"Universalizar la aristocracia: por una ética de las profesiones"*, Otrosí ICAM, nº 134, (reproducido de Claves de Razón Práctica, nº 75), 1998, apunta las siguientes características en una actividad profesional: 1. Actividad humana social: servicio único, con prestaciones claramente definidas, tarea indispensable para la sociedad. 2. La profesión se considera como una suerte de vocación 3.- Ejercen la profesión un conjunto de profesionales 4.- Los profesionales ejercen un control monopolítico de la actividad 5.- Se accede a través de un largo proceso de capacitación 6.- Los profesionales reclaman un ámbito de autonomía para la profesión: autocontrol y códigos deontológicos 7.- Actividad responsable 8.- Se espera que no ejerzan la profesión sólo con afán de lucro sino también con un fin profesional... *"... Y esto exige que los profesionales derrochen capacidad creativa, inventiva rigurosa, para alcanzar la meta de su profesión de una forma acorde a la conciencia moral de su tiempo."* p. 63

[390] En Cataluña la por ley autonómica de 8 de noviembre de 1985 se creó el Colegio Oficial de Periodistas. Las quejas de muchas asociaciones que entendían que la colegiación se imponía como obligatoria a todos los profesionales dio lugar a un recurso de inconstitucional presentado por el Defensor del Pueblo, retirado una vez que una nueva ley de 26 de febrero de 1988 aclarara el carácter voluntario de la colegiación. Según las normas citadas podrán colegiarse -es decir son periodistas a estos efectos- los licenciados en Ciencias de la Información, los titulados universitarios con dos años de práctica profesional y los que acrediten 5 años de ejercicio del periodismo. Ver **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 220-221. Es importante subrayar, con **Aguinaga, E.**, op. cit, que el recurso del Defensor del Pueblo no alegaba vulneración del art. 20. Cabe citar aquí la jurisprudencia constitucional sobre la compatibilidad general de la libertad asociativa con la colegiación obligatoria: *"Entre aquellas reglas configurativas, ciertamente peculiar, está la de la adscripci6n forzosa al Colegio profesional [...] La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 CE), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36. Pudo, por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones, como pudo no hacerlo [...] La misma consideraci6n institucional y parecidas exigencias son los seguidos en los países de nuestro entorno, e incluso, respecto de la colegiaci6n obligatoria, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..."* (**STC 89/1989,** FJ. 8º, véanse también las **STC 131/1989, FJ. 4º, STC 35/1993,** FJ. 2º).

frecuente negar la necesidad de un requisito de acceso[391], sobre todo si éste va ligado a una formación universitaria.

En nuestro derecho no movemos en una indefinición, hasta el punto de que la norma que desarrolla uno de los aspectos substanciales de este estatuto, la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, no aborda siquiera la definición del informador, declarando titular de las facultades incluidas en la cláusula a los *profesionales de la información* (arts. 1 y 2). De hecho, la definición de quién es o deja de ser informador queda en manos de las empresas periodísticas[392].

Parece de sentido común exigir una formación universitaria a unos profesionales a los que se considera -nada menos- que mediadores necesarios en una institución esencial para la democracia. Y siendo ésta una cuestión altamente opinable[393], me parece, sin embargo, esencial refutar el argumento que asegura que establecer un requisito de titulación el ejercicio de la profesión informativa es someter a habilitación un derecho constitucional que todos pueden ejercer sin trabas de ningún tipo. La idea parte de la confusión entre ejercicio profesional y ejercicio de la libre expresión e información[394]. Todos pueden expresarse esporádicamente a través de colaboraciones, artículos de opinión, cartas al director, comentarios radiofónicos o televisivos, e incluso habitualmente a través de una columna o género semejante o de declaraciones cuando se trata de protagonistas habituales de hechos de interés general; todos pueden informar actuando como fuente informativa o creando su propio instrumento de difusión, desde la hoja volandera a la página de Internet... Pero en todos estos supuestos no se está ejerciendo una profesión y a nadie se le ocurriría exigir una especial cualificación a los sujetos opinantes o informantes. El regular objetivamente el acceso a la profesión informativa, que requiere una especial cualificación y que conlleva un específico deber de informar en nada lesiona el ejercicio de las facultades de investigar, difundir y recibir ideas, opiniones e informaciones por parte de cualquier ciudadano. ¿O es que el derecho a la defensa se ve lesionado por la exigencia de titulación a los abogados o el derecho a la educación por la cualificación profesional de maestros y profesores?.

En el próximo capítulo, tanto al estudiar la relación jurídico-informativa, como al ocuparnos de los profesionales de los medios audiovisuales, desarrollaremos los derechos y deberes que corresponden a los profesionales de la información, en cuanto sujeto cualificado del derecho, que no decaen por ejercerse en el ámbito de una relación laboral.

---

[391] Por ejemplo **Herrero-Tejedor y García Sanz,** op. cit. pp. 523-525, y específicamente en contra de la titulación, p. 531. También en contra **Cortina, A.** , op. cit. p. 63

[392] **Bel Mallén, Ignacio**, *Régimen jurídico del mensaje*, Colex, Madrid, 1994, p. 156, acertadamente indica que *"...es peligroso y rechazable el control administrativo de la profesión, no es menor el peligro para los profesionales y el público, último destinatario de la información, que sean las empresas periodísticas las que determinen el carácter profesional o no de una persona y su acceso a la vida profesional, al margen de cualquier reconocimiento de saberes o requisito legal."*

[393] Sobre todo en lo que se refiere al tipo de estudios exigidos.

[394] Como, por ejemplo, la ocurre a **Cortina**, op. cit. p. 63 cuando afirma que *"...Este (el del acceso, previo proceso formativo) es uno de los grandes problemas en profesiones como el periodismo, en las que resulta sumamente discutible que quien ha estudiado la carrera de Ciencias de la Información esté más preparado para informar y opinar que algunas personas cultas, dotadas de una pluma ágil."*

El sujeto universal, propiamente considerado y no ya como profesional cualificado, ve su derecho modulado cuando éste se ejerce en una relación especial o por personas en una posición jurídica específica. Es doctrina clara del Tribunal Constitucional que cuando un trabajador -y no nos referimos ahora a los informadores- ejerce la libertad de expresión o la libertad de información, la buena fe contractual (y su correlativo deber de secreto sobre los datos reservados de la empresa) cede ante aquellas, siempre que no exista *animus nocendi* (por todas, **STC 4/1996**). En cambio, el ejercicio de este derecho por policías y militares viene modulado por la especial situación de dependencia jerárquica en que se encuentran tales colectivos, debiendo en lo que se refiere a la crítica ser ésta especialmente mesurada (**SSTC 81/1983, 69/1989, 371/1993, 270/1994**)[395]. En cuanto a la libertad de cátedra, desde su **sentencia 5/1981** el Tribunal Constitucional dejó muy claro que son sus titulares todos los docentes, aunque su contenido dependa del mayor o menor carácter reglado de los conocimientos a impartir en el correspondiente nivel educativo. Y, en fin, los menores, no por carecer de capacidad jurídica plena, dejan de ser titulares del derecho a la información, cuyo ejercicio tutela de modo especial la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

En cuanto al **sujeto organizado**, no existe duda, ni en la doctrina[396], ni en la jurisprudencia[397], de que el derecho a la información puede ejercerse no sólo en cuanto *"..individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental "*(**STC 64/1988**, FJ 1º).

El sujeto universal puede organizarse en empresa informativa con el fin primario de comunicar, pero puede también que otras personas colectivas comuniquen como objetivo secundario, al servicio de otros fines primarios legítimos[398]. En cuanto a las Administraciones públicas, en su recogida y archivo de datos, deben de actuar conforme a las potestades que para sus finalidades les confiere la Ley, *"...pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos no gozan del derecho a la libertad de expresión..."* (**STC 185/1989**, FJ 4º). Pero ello no quiere decir que estas instituciones no puedan

[395] La STS Sala 3ª de 14 de julio de 1999 ímplicitamente considera entre estos titulares sujetos a límites más estrictos a los jueces, sujetos al deber de lealtad constitucional, concretado en no realizar ninguna clase de conductas que quebranten la confianza social en el Poder Judicial. Ratifica la sentencia las sanciones impuestas por el Consejo General del Poder Judicial, en virtud de su potestad disciplinaria, a un juez que incurrió en varios artículos en expresiones de menosprecio y vejación hacia la actuación de otros magistrados. El Tribunal Supremo concluye que tales manifestaciones se colocan fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, dado que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto.

[396] Por ejemplo, para **Desantes, J. M.** *T. y reg. jur. de la doc.*, op. cit. p. 165, *"...No solamente se refiere la Constitución, interpretada en sentido teleológico, a las personas físicas. sino también a las jurídicas, dado que, aunque estamos ante un derecho humano, no se trata de un derecho de los llamados de la personalidad, como puede ser el derecho a la intimidad, sino de un derecho de ejercicio externo o relacional. como el derecho a la información...".*

[397] Es constante también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a reconocr como titulares del art. 10 del Convenio a la personas jurídicas, aunque su finalidad se mercantil (Casos Groppera, Autronic, Sunday Times. **Ripol, S.** , op. cit. p. 55.

[398] **Barendt, E.**, op. cit., pp. 24-25, que revisa la jurisprudencia alemana y norteamericana que extiende la protección de la libertad de expresión a la comunicación corporativa, encuentra complicado fundamentar estos supuestos en la dignidad humana que se encuentra en el origen de todos los derechos fundamentales.

informar; es más, hay buenas razones para sostener que tienen un *deber de informar*, como reconoce la **STC 86/1982**[399].

Y una última cuestión planteada por la doctrina[400] y la jurisprudencia: ¿Quién está obligado frente a las facultades del sujeto universal? ¿Quién es el *sujeto pasivo* del derecho a la información, del derecho a la libre expresión e información?. La pregunta sólo puede responderse contemplando el proceso de comunicación en su conjunto o, en términos jurídicos, atendiendo al entramado de poderes y obligaciones que constituyen la relación jurídico-informativa. Pero, no obstante, antes de abordar su desarrollo sistemático en el próximo capítulo, podemos dar unas indicaciones de la eficacia del derecho a la información del Estado frente al Estado y los particulares.

Desde luego, el Estado está obligado a abstenerse de interferir, pero también -como desarrollamos en el apartado anterior- obligado a acciones positivas. En este sentido, como afirma la **STC 64/1988** (FJ 1º) el Estado es sujeto pasivo del derecho a la información.

Más difícil es la cuestión de si los particulares están igualmente obligados por el derecho a la información. El *efecto frente a terceros* de los derechos fundamentales ha sido afirmado por el Tribunal Constitucional (**STC 18/1984**), admitiendo el amparo frente a los actos de los poderes públicos que no hayan reparado la vulneración llevada a cabo por particulares y, afirmando por esta vía que, por ejemplo, el principio de igualdad y no discriminación debe presidir la relación entre particulares:

> *"...los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales y ... en estos supuestos los lesionados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales [...] Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan pues excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que derive la necesidad de la igualdad de trato»* (**STC 177/1988**, FJ 3° y 4°).

Pero es que, además, el Tribunal se ha cuidado de hacer real la eficacia del derecho a la información, como hemos visto, en el ámbito de las relaciones laborales, en las que el ejercicio del derecho a la información del trabajador impone cargas al empresario y limita su capacidad sancionadora. Más importante, si cabe, es la eficacia frente a terceros impuesta por el desarrollo legislativo. Así, en la Ley Orgánica 5/92, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal[401], los derechos de información (art.13), acceso (art. 14), rectificación y cancelación (art. 15), facultades que desarrollan el llamado derecho de autodeterminación

---

[399] Sobre el deber de informar de las instituciones públicas y, en concreto, sobre la obligación del art. 7 de la Ley de Prensa de 1966 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo a que dio lugar, ver **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 54 y ss.

[400] Ver **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 55.

[401] La Directiva 95/46/CE debe ser incorporada a los derechos nacionales antes del 24 de octubre de 1998 y ello requiere la modificación de la L.O. 5/92, lo que ha dado lugar a la redacción de un anteproyecto de modificación. Véase el número de julio de 1998 de *Actualidad Informática Aranzadi*, especialmente **Gutiérrez Sánchez, Pedro,** *"Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)".* A finales de noviembre de 1999 está a punto de promulgarse la nueva ley.

informativa, que forma parte del núcleo del derecho fundamental a la intimidad, se reconocen a cualquier persona y pueden ejercerse tanto frente a los poderes u organismo públicos como frente a personas físicas o jurídicas privadas. Se trata de una limitación al legítimo derecho a mantener secretos datos que forman parte de la actividad empresarial. Por tanto, el derecho a la intimidad limita la libertad de empresa, e impone incluso obligaciones de hacer a las empresas y en este sentido podría hablarse de un derecho de prestación por parte de los particulares. También, como limitación al principio de autonomía contractual, cabría citar los derechos de información de los representantes de los trabajadores en relación a los contratos de trabajo, según la Ley 2/1991, de 7 de enero. Si bien son estos derechos reconocidos legislativamente, encuentran su fundamentación en el derecho a la participación social del art. 129 CE, en relación con el 9. 2 (participación general: política, social, económica y cultura)[402].

Aceptado, pues, el principio general de que los particulares se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, analizaremos en el siguiente capítulo que obligaciones exige de los ciudadanos particulares el derecho a la información.

Como **corolario** de este largo apartado podríamos caracterizar el derecho a la información como un *derecho complejo*, del que son sujetos todos los ciudadanos, que unas veces buscan, otras difunden y otras reciben ideas, opiniones o informaciones. Su contenido es un entramado de poderes y obligaciones del que son titulares tanto instituciones públicas como particulares, que constituyen la relación jurídico-informativa, en la que -podemos afirmar adelantándonos al siguiente capítulo- se realiza la necesidad de comunicación del ser humano y sin la que es imposible la participación democrática. Su ejercicio se modula de forma distinta si se trata de buscar, de difundir o de recibir o si se ejerce de modo cualificado u organizado.

Se podrá estar o no de acuerdo con la denominación seguida aquí de *derecho a la información*, se podrá preferir la denominación *derecho a la comunicación*, pero no se avanzara hasta que no se considere la estrecha relación entre las libertades de información y expresión y se admita que son titulares de ese complejo entrelazado de facultades todos los seres humanos, que las ejercen de modo distinto en circunstancias o con funciones distintas.

5.3. Relación con otros derechos

Se ha insistido en el carácter fundamental y fundante de este derecho e incluso se ha propuesto un concepto globalizador de derecho a la comunicación[403], en el que las

[402] Ver **Monereo Pérez, José Luis; Olarte Encabo, Sofía**, *"Los derechos de información en el marco del sistema de derechos constitucionales"*, Temas Laborales. Rev. Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, 33, 1994.

[403] Así, el Informe MacBride, op. cit. p. 301 propone: *"Habrá que reconocer o que rechazar la existencia de un derecho nuevo, que podría sumarse a los derechos del hombre ya adquiridos y no sustituirlos. Por ello, presentamos un formulación de este derecho, que indica la diversidad de sus elementos y el espíritu que a inspira: 'Todo el mundo tiene derecho a comunicar. Los elementos que integran est derecho fundamental del hombre son los siguientes, sin que sean en modo alguno limitativos: a) el derecho de reunión, de discusión, de participación y otros derechos de asociación; b) el de hacer preguntas, a ser informado, informar a otros y acceder a la información oficial; y c) el derecho a la cultura, el*

libertades de información y expresión quedarían subsumidas junto con las libertades de reunión, asociación, el derecho a la cultura y prácticamente todos las libertades sociales en una realidad superior. Un concepto de tal amplitud no tiene más utilidad jurídica que poner de manifiesto la estrecha relación del derecho a la información con la mayoría de los derechos cívico-políticos, fundados en la dignidad y dirigidos a la participación (social, política, cultural) como forma de realización personal y social.

En primer lugar, se impone la distinción de la **libertad ideológica**[404], consagrada en el art. 16 CE. La facultad humana de pensar libremente es la raíz común de ambos derechos; facultad absolutamente inviolable mientras se desarrolle meramente a nivel interno. *"Salvo que se imaginen* -ha dicho Colliard[405]- *tratamientos quirúrgicos o químicos, o lavados de cerebro que transformen la personalidad, se puede considerar que la libertad de opinión personal es la última libertad, la que subsistirá si las demás se derrumbaran. Incluso en el universo carcelario el individuo puede conservar su libertad de juicio. Los regímenes políticos más feroces pueden hacerlo todo salvo obtener que sus víctimas los aprueben"* . Pero esa dimensión interna solo interesa al Derecho en la medida en que se manifieste al exterior. Podría parecer, por tanto, que la única manifestación con trascendencia jurídica del libre pensamiento es el derecho a la información; pero, sin embargo el pensamiento se manifiesta directamente en actuaciones que no suponen comunicación, pero que se hallan ligadas por una relación de causa-efecto con un determinado pensamiento o creencia -por ejemplo - la negación a la prestación del servicio militar, el no ingerir determinados alimentos, la profesión pública de un determinado credo político o religioso. El derecho a la libertad de pensamiento[406] consiste, precisamente, en ver respetados tales actos y en no ser molestados por los mismos.

Siguiendo a Colliard[407], podemos distinguir dos valores distintos en la libertad de pensamiento. El primero es el *valor indiferencia*: la libertad de pensamiento exige una neutralidad de los poderes públicos ante todas las ideas y creencias, y junto a esta neutralidad la ausencia de discriminación -en el acceso a los servicios públicos, a la función pública, negando la sanción jurídica a cualquier discriminación en las relaciones privadas. El otro es el *valor exigencia*, en el que un deber o una norma general pierden su eficacia frente a un grupo de ciudadanos por razones ideológicas o religiosas, tal como ocurre en la objeción de conciencia (art. 30. 2 CE). Y añadiríamos, con Beneyto Pérez[408],

derecho a escoger, el derecho a la protección de la vida privada y otros derechos relativos al desarrollo del individuo. Para garantizar el derecho a comunicar sería preciso dedicar todos los recursos tecnológicos de comunicación a atender las necesidades de la humanidad al respecto".

[404] Sobre la libertades del art. 16, véase **Beneyto Pérez, José María**, *Comentario al art. 16 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo II

[405] Op. cit. p. 316.

[406] Para **Beneyto Pérez, J. M.**, op. cit. p. 317, *"La libertad de pensamiento tiene por objeto el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida. 'Pensamiento' significa aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la Sociedad que cada persona posee, y abarca, por tanto, el ámbito filosófico, cultural, político, científico, etc. Aunque no excluye la posibilidad de la existencia de una verdad objetiva, este derecho no se refiere a la verdad objetiva, sino a la concepción subjetiva que el hombre se forma. Lo contrario sería justamente la vinculación del pensamiento individual a un pensamiento estatal oficial sobre la filosofía, la cultura, la ciencia, la política, el arte, etc., y, en definitiva, a una concepción unívoca del mundo...".*

[407] Op. cit. p. 317 y ss.

[408] Op. cit. p. 315.

que el Estado debe adoptar una actitud de servicio, reguladora de su ejercicio social y que garantice las condiciones sociales objetivas para su desarrollo.

En definitiva, el derecho al libre pensamiento es presupuesto ineludible del derecho a la información -y en general de todos los derechos que implican una actividad intelectual- y su falta restará de todo sentido a ésta.

El derecho a la información se encuentra con los de **asociación y reunión** en una doble relación. Por una parte, el derecho a la información -junto, claro está, con el derecho al libre pensamiento- es presupuesto de estos derechos cívicos y políticos y puede servir como instrumento a la consecución de los mismos, mediante la cooperación en la realización de los fines de las asociaciones y reuniones. Pero esta misma relación se invierte, si consideramos que las reuniones son a menudo ocasión, verdadero medio, para la comunicación y que sin el derecho de asociación, difícilmente pueden concebirse los que hemos llamado sujetos organizados de la comunicación. En este sentido, los derechos de asociación y reunión tienen un valor instrumental con respecto al derecho a la información. Y la injerencia en uno de estos derechos puede afectar a los otros[409].

De nuevo ha de afirmarse la función de presupuesto que con respeto al **derecho de participación política** tiene el derecho a la información[410]. A su vez, sólo si existe la participación política existirá derecho a la información, pues un sistema político autoritario o totalitario impedirá su ejercicio; por tanto, la participación política y las instituciones democráticas son garantía del derecho a la información. Además, la comunicación puede de tal manera cualificarse por la relación de participación política a la que sirve que puede quedar fuera del campo del derecho a la información -tal es el caso de la expresión parlamentaria y sus garantías de inviolabilidad e inmunidad[411].

En cuanto al **acceso de los ciudadanos a la información administrativa**, reconocido en el art. 105 b), se trata de una de las manifestaciones de la facultad de investigar, que, de acuerdo con una interpretación sistemática y conforme a la Declaración Universal, ha de entenderse incluida entre las facultades del art. 20. Por eso es discutible si el acceso a la información pública es un derecho de configuración legal, como resulta del

---

[409] Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *caso Young, James and Webster* (13 de agosto d 1981) : *"... La protección de las opiniones personales ofrecida por los arts. 9 y 10 bajo la forma de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, así como de la libertad de expresión, se encuentra, además, entre los objetivos de la libertad de asociación garantizada por el art. 11. Afectan, por tanto, a la sustancia misma de este artículo el ejerccio de presiones del tipo de las aplicadas a los interesados, dirigidas a forzar a alguien a afiliarse a una asociación en contra de sus convicciones"* (sindicación obligatoria en un sistema de *closep-shop*, bajo amenaza de despido).

[410] **Chinchilla, C.** , op. cit., p. 31, afirma que la libertad de expresión *"... es esencial por ser el punto de partida de diversas libertades que no pueden ejercerse sin que previamente sea asegurada aquélla. Se trata, pues, de una libertad 'primaria y primera' que genera otros derechos".* La autora califica de *libertades de conocimiento* a la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de creación, la libertad de cátedra, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y el derecho a la cultura (p. 29). Sobre información y participación política puede verse también **Beneyto, Juan**, *"El acto de presencia como información" en la Información Configurante*, Editora Nacional, Madrid, 1975.

[411] En este sentido la **STC 220/1991**, FJ. 4º : *"El derecho recibir información veraz tiene como características esenciales estar dirigido a los ciudadanos en general al objeto de puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes e incluso contradictorias y participar así de la discusión relativa a los asuntos públicos; es decir, se trata de un derecho que nada tiene que ver con los controles políticos que las leyes atribuyen a las Asambleas Legislativas y a sus miembros sobre la acción del gobierno, en el seno de sus relaciones institucionales con el poder ejecutivo".*

art. 105 b), y, por tanto, su ejercicio queda circunscrito a los términos de la leyes[412] que lo desarrollan o si existe un derecho general de acceso de todos a las informaciones públicas y un deber del Estado de facilitar este acceso[413] -en la línea de la *Freedom Information Act* norteamericana[414] y de la explotación del enorme caudal de datos que atesoran las instituciones públicas[415] y como derivado del art. 20 directamente aplicable[416]. En cuanto al derecho de acceso a los ficheros automatizados, una de las concreciones de la limitación de la informática ordenada por el art. 18 CE para proteger la intimidad, la **STC 254/1993** lo caracteriza como un derecho de autodeterminación informativa, conectado con las facultades del art. 20[417]. La cuestión supera el objeto de este trabajo y simplemente la apuntamos.

Pasando del campo cívico-politico al de los derechos sociales, el derecho a la información juega un papel semejante en cuanto a los **derechos a la cultura y el ocio**. Que sea presupuesto e instrumento del derecho a la cultura, parece el más evidente. En cambio no parece tan claro en cuanto al derecho al ocio, y sin embargo, si no existe libre expresión e información, el ocio se convertirá en pasividad acrítica, pudiendo, ser, además, la libre comunicación un modo creativo de disfrutar el ocio. Y a su vez, los derechas a la cultura y al ocio son instrumentos del derecho a la información, pues la cultura será estimulo de la comunicación y el ocio el momento más apropiado para comunicarse.

Y para terminar, se hace necesaria una referencia a la **libertad de cátedra**, manifestación de las libertades de expresión e información en la relación educativa. El interés de la cuestión reside en que, de acuerdo con el art. 27 CE, la libertad de cátedra es libertad de enseñanza de los docentes, que ha de hacerse compatible con la libertad de enseñanza de los titulares de centros educativos y, sobre todo, está en función del derecho de todos a la educación, y todo ello, dentro del sistema de garantías y límites del art. 20. Es decir, un supuesto en el que distintos sujetos pueden invocar facultades contrapuestas de un mismo rango, pero que deben ser puestos en el contexto del derecho de todos al *pleno desarrollo de la personalidad en el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales* (art. 27. 2).

El Tribunal Constitucional se pronunció tempranamente en la **STC 5/1981** con ocasión del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1980, del Estatuto de Centros Escolares (LOECE). En concreto, en lo que aquí nos interesa, sobre la constitucionalidad de su art. 15, que establecía como límite a la libertad de cátedra el ideario de los centros privados. Tanto la sentencia, como el voto particular del magistrado

---

[412] Ver la síntesis legislativa realizada por **Escobar, L.** , *Manual de Derecho de la Información*, op. cit. pp. 57-58.

[413] En contra **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 41.

[414] El acceso a las bases de datos públicas y privadas ha dado lugar en Estados Unidos al llamado *periodismo de precisión*.

[415] **Derieux, E.**, op. cit, p. 271 y ss. considera que éste es un problema sin resolver en Francia.

[416] Ver **Desantes, J.M**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 159.

[417] Ver sobre este tema **Villaverde Menéndez, Ignacio**, *"Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993"*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 41, 1994; **García Trevijano Garnica, Ernesto**, *"Materias clasificadas y control parlamentario",* Revista Española de Derecho Constitucional, 1996; **Aspas Aspas, José Manuel**, *"Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993"*, Revista Aragonesa de Administración Pública, 4, pp. 417-43, 1994.

Tomás y Valiente -discrepante en el fallo, pero bastante concordante en los argumentos- aportan elementos valiosos sobre el modo de armonizar estas libertades en una relación compleja. La sentencia declara conforme a la constitución esta norma y delimita el alcance de la libertad de cátedra (FJ. 9º y 10º):

- Son titulares de la libertad de cátedra todos los docentes.
- El contenido de la libertad de cátedra se modula por la naturaleza pública o privada del centro docente y por el nivel o grado educativo del puesto educativo.
- En los centros públicos esta libertad tiene un *contenido negativo "para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada"*.
- También en los centros públicos la libertad de cátedra tiene un *contenido positivo* en los niveles educativos superiores.
- En los niveles de enseñanza reglada, tanto en los centros públicos, como en los privados *"... son los planes de estudio... los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza y... el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor..."*.
- Los centros públicos son *ideológicamente neutrales*: *"En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones pública y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales."*. Ello impone a los docentes la renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico.
- En los centros privados es legítimo, como estable el art. 34 de la Ley, establecer un *ideario educativo*. El contenido de la libertad del docente viene dado por las características propias del nivel educativo y por el propio ideario.
- El ideario no sacrifica la libertad de cátedra: *"La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga... a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o en adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre, como profesor, en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir en un determinado centro, y ha de ser compatible, por tanto con la libertad del centro del que forma parte el ideario..."*.

El voto particular pone el acento en que la libertad de cátedra tiene como garantía básica la del art. 20. 2, la prohibición de censura, y por tanto, *"...aunque el ideario debe ser respetado por el profesor, su existencia no puede permitir actos concretos de censura previa por parte de los dirigentes o titulares del centro respecto a la actividad docente de los profesores..."*. El docente debe respetar el ideario, pero *"... Este deber de respeto ha de entenderse establecido en beneficio directo de la libertad de creación de centros docentes, sino en favor del derecho fundamental de los padres recogido en el art. 27. 3 de la Constitución..."*.

Las analogías de la libertad de cátedra con la libertad de los informadores son evidentes. Retendremos algunos elementos de la sentencia:

- **Neutralidad ideológica:** los mismos razonamientos aplicados a los centros docentes públicos son válidos para los medios de comunicación públicos.
- **Ideario:** el papel que juega el ideario educativo en los centros docentes privados, lo juega la definición editorial, expresa o tácita, en los medios de comunicación privados.
- **Contenido de la libertad de los informadores:** A diferencia de los docentes, la tarea de los informadores no viene delimitada por la programación educativa, sino por su **deber de informar** de forma profesional. La **independencia profesional** de los informadores es equiparable a la libertad de cátedra de los docentes.
- **Armonización de libertades:** Como afirma el voto particular, cuando se trata de libertades de igual naturaleza y rango no es admisible supeditar jurídicamente unas a otras, y *"...es constitucionalmente preferible, una interpretación que busque y fije el equilibrio y no la jeraquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la mayor medida posible."*

Para terminar nos referiremos a un conjunto de sentencias (**SSTC 26/1987, 55/1989, 106/1990, 217/1992, 212/1993**), en lo que se refieren a la libertad de cátedra en el ámbito universitario, donde la autonomía se convierte en garantía de la libertad de cátedra, que se manifiesta, a su vez, en un derecho de participación:

> *"...no hay que olvidar que la dimensión personal de la libertad de cátedra presupone y precisa de una organización de la docencia y de la investigación que la haga posible y la garantice, de tal manera que la conjunción de la libertad de cátedra y de la autonomía universitaria, tanto desde la perspectiva individual como desde la institucional, hacen de la organización y funcionamiento de las Universidades la base y la garantía de la libertad de cátedra (STC 217/ 1992 y ATC 42/1992). Ello incluye la participación de los profesores en los órganos de gobierno de la Universidad, lo que no implica, sin embargo, que todo profesor universitario pueda exigir, al margen de los requisitos que establezcan las Leyes, la participación en los órganos universitarios..."* (**STC 212/1993** FJ 4°).

5.4. Desarrollo y medios de ejercicio

Nos enfrentamos ahora con uno de los temas centrales de esta tesis, el de los medios de ejercicio del derecho a la información. ¿Qué medios se requieren para ejercitar las facultades que comprende este derecho? ¿En qué medida la disposición de tales medios está protegida por la declaración constitucional?. De las respuestas que demos a estas preguntas dependerá que podamos verificar la hipótesis avanzada en la Introducción. Pero no será ahora cuando resolvamos completamente el problema, porque para ello deberemos dilucidar las cuestiones que plantea la intervención estatal en forma de servicio público, cuál es la naturaleza de los medios audiovisuales y en qué medida exigen un régimen de servicio público.... Para ello utilizaremos datos y argumentos del derecho español y del derecho comparado, pero, por ahora, examinaremos la cuestión básica de los medios, tal y como resulta de la Constitución y de la jurisprudencia que la interpreta.

Desarrollo y medios son dos temas ligados... para colmo, entreverados con el problemas de los límites. Desde posiciones liberales extremas (*"la mejor ley de prensa es la que no existe")*[418]se sostiene que resulta cuando menos innecesario el desarrollo del art. 20, so pretexto de su eficacia normativa inmediata. La verdad es que el legislador parece de la misma opinión, si se tiene en cuenta que para cumplir el mandato constitucional de regular la cláusula de conciencia ha dejado pasar casi veinte años. Pero la realidad es que el constituyente ordenó el desarrollo en lo referente a la cláusula de conciencia, el secreto profesional y la organización, el control parlamentario y el acceso de los grupos significativos a los medios públicos. Y, más allá de estas previsiones, si las declaraciones abstractas han de hacerse libertad-capacidad se requiere el desarrollo legislativo, aún a riesgo de los cambios normativos que pueda entrañar la sucesión de las distintas alternativas políticas.

No son muchos los autores que han estimado necesario el desarrollo del art. 20, sobre todo si éste afectaba a la libertad de prensa. López Ramón, en un interesante trabajo proponía, en 1981, la intervención legislativa en el medio prensa para hacer realidad la libertad[419]. Hoy, en la cresta de la ola de las posiciones liberales, tales propuestas parecen -pese a su sensatez- revolucionarias.

Interesa insistir en que *desarrollar* no significa necesariamente *limitar*, aunque como advierte Aguiar *"...la diferenciación entre establecimiento de límites por el legislador, regulación del ejercicio y concretización legislativa... no resulta fácil de establecer a priori en el ordenamiento español"*[420]. Y es que, siguiendo la sistematización propuesta por este autor, la competencia general del legislador respecto a los derechos fundamentales se concreta en cuatro instrumentos: *"la reserva de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (para lo que es competente el legislador orgánico por prescripción del art. 81.1), reservas específicas de ley y habilitaciones puntuales para limitar determinados derechos, contenidas en diversos artículos del Capítulo 2º, y, finalmente reserva general de ley para la regulación del ejercicio de los derechos (art. 53.1)"*[421]. La consecuencia, al menos en la interpretación que prevalece en la jurisprudencia y en la doctrina, es que *"... toda ley reguladora del ejercicio de un derecho fundamental esté cubierto o no por una reserva de limitación, puede establecer límites en el contenido del derecho..."*[422], respetando, claro está, su contenido esencial, como exige el art. 53.1. Así, el desarrollo

[418] Por ejemplo, **Alejandro Muñoz Alonso** en su Presentación a la obra citada de Escobar, *Manual...*. .

[419] Op. cit. p. 395: El art. 20 *"en contra de lo que en ocasiones se suele afirmar, requiere una serie de previsiones y desarrollos legislativos. Existen en el art. amplias posibilidades de hacer real y efectiva la libertad de prensa. Pero para ello es preciso un desarrollo coherente y equilibrado de la posición del profesional de la información, de la empresa periodística, del derecho a la información, de los medios de comunicación social del Estado, de los límites del derecho... la recepción del derecho a la información, como medio de hacer efectivo el principio de igualdad en la libertad de expresión requiere una serie de complementos legislativos. Tales complementos en lo que se refiere a la prensa, habrán de concretarse fundamentalmente en el establecimiento de un régimen especial de la empresa periodística, tanto a efectos de control (transparencia financiera, relaciones entre los propietarios del periódico y los periodistas) como de cara al otorgamiento de beneficios especiales (económicas, tributarios, postales)".*

[420] **Aguiar de Luque, Luis**, *"Los límites de los derechos fundamentales"*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, 1993, p. 16.

[421] Ibídem p. 17

[422] Ibídem p. 21

como ampliación de los supuestos de ejercicio queda oscurecido por el problema de los límites.

Bastida considera el contenido (objeto de *desarrollo* por ley orgánica cuando afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas, en virtud del art. 81.1) y el ejercicio del derecho (objeto de *regulación, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, art. 51.1) como dos aspectos -estático el contenido, dinámico el ejercicio- de una misma realidad, y, por tanto, las reservas del art. 53 y del art. 81 no tendrían naturaleza distinta, diferenciándose la de ley orgánica por proyectarse sobre los derechos fundamentales y libertades públicas y afectar al *desarrollo directo* del derecho[423]. Para este autor *"...Desarrollar normativamente el contenido abstracto de un derecho es regular su ejercicio, porque su objeto es concretar el ámbito espacial, temporal, personal y modal en que aquel puede ejercitarse, con independencia de que algunos derechos puedan ser directamente aplicables. Todos los derechos, debido a su formulación abstracta han de ser desarrollados a fin de determinar ese ámbito normativo en el que tiene lugar su ejercicio. Justo por ello no precisan de 'desarrollo' aquellos derechos cuyo contenido es negativo, o sea, cuando, por ser puramente reaccionales, no son susceptibles de 'ejercicio' por su titular"* [424].

El desarrollo es imprescindible en un derecho complejo como es el derecho a la información. Y en cuanto que desarrollar o regular supone concretar, delimitar y, por tanto, hacer realidad posibilidades abstractas, es posible que el legislador orgánico extraiga consecuencias nuevas, a la luz de las circunstancias presentes, de las potencialidades del texto constitucional, que amplíen el contenido o el ámbito de ejercicio del derecho. Una de estas consecuencias podría ser *la libertad de programación*.

Nos ocuparemos ahora de los **medios de ejercicio** del derecho a la información, dejando para el siguiente apartado el problema de los límites.

En el apartado 2.3.4 de este capítulo establecimos como característica propia de derecho a la información, tal como se desprende del art. 19 de la Declaración Universal, la *universalidad* de los medios. Intentaremos ahora establecer si tal universalidad viene también exigida por el art. 20

Todos los derechos requieren de medios materiales para su ejercicio. En el caso del derecho a la información la primera mediación corresponde a las propias facultades naturales del hombre: hablar, expresarse a través de gestos, y, por extensión, escribir... Son lo que podríamos llamar *medios naturales*, presupuesto del propio derecho. En este

[423] **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 37. Personalmente el requisito de *directo* me parece ambiguo, por mucho que sentencias como STC 132/1989 FJ. 16º distingan entre los elementos *necesarios* del desarrollo, reservados al legislador orgánico, y los *adjetivos o accidentales*, propios de la ley ordinaria. Y la ambigüedad se pone de manifiesto cuando, por ejemplo -por citar los mismo ejemplos utilizados por el autor- el Tribunal Supremo, Sala III, 22/5/89, declara que la Ley 4/80, del Estatuto de la Radio y la Televisión, que regula un derecho de rectificación o una comisión parlamentaria de control (desarrollo directo del art. 20. 3), *"no trata de regular de modo frontal y directo la libertad de expresión y de creación de materiales de información, sino que simplemente afecta al ejercicio de estos derechos, por lo que no se precisaba la adopción de la forma de Ley Orgánica... siendo suficiente la categoría de Ley ordinaria exigida por el art. 53.1 CE"* (FJ 1º). Estimo que la mejor opción hubiera sido la promulgación de leyes orgánicas sobre cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas, que remitieran a leyes ordinarias las aspectos adjetivos o, simplemente, más contingentes de la regulación de los derechos fundamentales.

[424] Ibídem p. 40.

nivel, universalidad quiere decir que cualquier acción humana a la que intencionalmente se la dota de un significado se convierte en objeto del derecho a la información. Pero, avanzado, aún tal *comunicación natural* puede necesitar de medios materiales, por ejemplo útiles de escritura, correo, teléfono o cualquier otro medio de comunicación a distancia. En la comunicación interpersonal tales medios pueden considerarse *extensiones* de las facultades o medios naturales de la persona. Por lo tanto, el principio de universalidad significa que la comunicación interpersonal puede realizarse libremente a través de cualquier extensión material de las capacidades naturales del hombre. Adviértase que tales medios requieren ya del establecimiento de servicios complejos, como son los de telecomunicaciones. Y, por último, un tercer nivel el de la comunicación social, en el que los medios son *estructuras sociales* que permiten la difusión de mensajes al público. Aquí la universalidad significa difundir por cualquier medio de comunicación social. Los medios de comunicación social, por definición, no se crean; no se crea la prensa, el cine, o la radio... pero sí las organizaciones -los medios empleados por el *sujeto organizado*- que actúan como difusoras de mensajes. No obstante, un uso aceptado es el de denominar medios de comunicación a las organizaciones comunicativas[425].

De modo que, para determinar el alcance del principio de universalidad en un determinado ordenamiento, podemos preguntarnos si la declaración constitucional garantiza:

a) la libre difusión de mensajes por cualquier medio;
b) la libre creación de las organizaciones necesarias para difundir[426].

Caben distintas soluciones constitucionales. Una es la del reconocimiento genérico de la universalidad de los medios, como hace la Declaración Universal; otra, la del reconocimiento de la libertad de difundir a través de los medios naturales y de (algunos) medios de comunicación (*hablar, escribir, imprimir*, art. 11 de la Declaración de 1789); otra, reconocer la libertad de difusión a través de los medios naturales y declarar la *libertad de los medios*, o, mejor de algunos medios en concreto (como hace la primera Enmienda o la Ley Fundamental de Bonn); y, otra, en fin, es la de precisar explícitamente, como hacen algunas de las nuevas constituciones, el derecho a crear organizaciones de difusión respecto a un medio determinado (*el derecho a crear periódicos o publicaciones* en el art. 38 c) de la Constitución portuguesa, *derecho a fundar periódicos* en el art. 120 de la Constitución chilena) o respecto a cualquier medio (*derecho a fundar medios masivos de comunicación*, art. 20 Constitución colombiana; *derecho a fundar medios de comunicación*, art. 24 Constitución peruana). Es evidente que salvo en el caso de las declaraciones explícitas en el resto -y de modo señalado cuando se proclama la libertad de un medio- la interpretación resultará imprescindible.

---

[425] **Desantes y Soria**, op. cit, p. 40 distinguen entre la empresa y el medio, entendido éste como organización informativa: *"... No se puede decir que la empresa sea propietaria del medio en el mismo sentido que se dice que es propietaria del edificio en que el medio se produce, de la rotativa en que se imprime o de la antena con que se difunde, por ejemplo. La relación de empresa y medio, como puede deducirse del régimen de los mensajes y de los soportes, es el de una titularidad especial a efectos del cumplimiento del deber de informar y de la responsabilidad por su incumplimiento. El mismo art. 20.3 no habla de 'propiedad' de los medios de comunicación social, sino de 'dependencia'."*

[426] En el caso de la radio y la televisión la primera libertad corresponde, en los términos definidos, a la libertad de programación y la segunda a la libertad de emisión.

Pero vayamos al art. 20. La libertad de expresión podrá ejercerse mediante *la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción;* la libertad de información *por cualquier medio de difusión*. Se echa en falta la mención a la imagen, pues, a estas alturas históricas, la expresión icónica (electrónica o no) puede considerarse casi una extensión tan natural de las capacidades humanas como lo es la escritura. Además, ha de entenderse el término *medios de reproducción*, de acuerdo con una interpretación sistemática y acorde a la Declaración Universal, como sinónimo de *medios de difusión*, pues caso contrario no comprendería a la radio y la televisión[427]. Además, establece una reserva legal para regular la organización, el control y el acceso a los *medios públicos.* Resumiendo, el art. 20 consagra la *universalidad de los medios naturales y de difusión colectiva* y presupone la existencia de organizaciones públicas de comunicación social.

Por lo tanto, la Constitución española resuelve la primera de las cuestiones que plantea el tema de los medios, pero no la segunda y además añade una nueva. Esto es:

a) La Constitución española reconoce la libertad de difusión a través de cualquier medio natural o de comunicación social[428];
b) Tal principio requiere de interpretación para saber si comprende el derecho a crear organizaciones comunicativas[429];
c) El art. 20 plantea la cuestión de si las organizaciones comunicativas de titularidad pública vienen constitucionalmente exigidas y, de estarlo, cuál sería su papel en relación a la libertad de difusión.

El Tribunal Constitucional ha tenido abundantes oportunidades para pronunciarse sobre estas cuestiones. Estudiaremos sólo los *casos guía*, que han marcado la evolución de nuestra jurisprudencia. Se trata de los casos *Medios de Comunicación Social del Estado* (**STC 6/1981, STC 86/1982**), *Antena 3* (**STC 12/1982**) y *Televisión Local por Cable* (*Lady Cocinas-Teledimo*) (**STC 31/1994**). Y circunscribiremos nuestro análisis a los problemas planteados en este apartado, haciendo abstracción, por ahora, de la naturaleza del medio radiodifusión y de su declaración de servicio público.

Medios de comunicación de titularidad pública

Después de la pareja de sentencias (6/1981 y 86/1982) el art. 20. 3 queda reducido a la categoría de garantía adjetiva. La existencia de organizaciones comunicativas de titularidad pública no se considera un medio necesario para que todos puedan ejercer las libertades de información y expresión y, por tanto, una garantía institucional imprescindible de las mismas. Su establecimiento es una decisión que corresponde a los distintos

[427] Son medios de reproducción aquellos que incorporan un mensaje a un soporte material que se reproduce en múltiples copias, capaz de difundirse mediante la edición y la distribución (prensa), o mediante la exhibición (cinematografía, vídeogramas). En la radio y la televisión el mensaje se incorpora a un soporte único, que se difunde por emisión.

[428] Para **Bastida, F.**, op. cit. p. 19, no existen *medios privilegiados* o de *superior protección* en el sentido utilizado por la doctrina italiana respecto a la prensa, mencionada específicamente por su Constitución.

[429] En realidad, como veremos en el capítulo 3º al fundamentar la libertad de programación y distinguirla de la libertad de emisión, tal derecho de constitución de organizaciones o empresas informativas no se discute; lo que está en cuestión es la capacidad de difundir ideas, opiniones o informaciones a través de las mismas. En otras palabras, el problema no es constituir empresas de televisión, sino emitir a través de las mismas (libertad de emisión).

poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y legítimas opciones políticas y sólo se impone, como garantía secundaria, la reserva de ley para su organización, que estará sometido a control parlamentario y asegurará el acceso de los grupos sociales y políticos.

La **STC 6/1981** (ponente magistrado Rubio Llorente) sienta, como hemos visto al tratar de la naturaleza del derecho a la información, una serie de principios que tendrán enorme trascendencia en sentencias posteriores, al resolver negar el amparo a los periodistas que alegaban la vulneración de su derecho por el cierre ordenado por el Organismo Medios de Comunicación Social del Estado de los dos periódicos en que prestaban sus servicios. En lo que ahora nos interesa, la sentencia declara:

- Que el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información es un derecho de libertad frente al poder, común a todos los ciudadanos (FJ. 4º).
- El derecho de los informadores no entraña ningún privilegio especial y no pueden pretender *"transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir a los poderes públicos la creación o el mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información"* (FJ. 4º).
- El acto administrativo de cierre no viola la reserva de ley del art. 20.3, pues esta norma no fija *"cuál haya de ser la naturaleza, el número o la ubicación geográfica de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de otros entes públicos, ni reserva a la Ley su creación o supresión... El precepto en cuestión reserva a la Ley sólo la regulación de la organización y el control parlamentario de esos medios, imponiendo, sin embargo, al legislador un mandato (la garantía de acceso a dichos medios...)..."* (FJ. 5º).
- El derecho de acceso de los grupos sociales y políticos significativos *"concede al menos.... el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso"* (FJ. 5º), de forma que se caracteriza el contenido mínimo de este derecho como una libertad-autonomía frente al poder.
- Y aunque *seguramente* el derecho del art. 20 entraña obligaciones positivas por parte de los poderes públicos, conforme a la cláusula de progreso, no cabe derivar de esta hipotética acción positiva *"... el derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o la creación o sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público"*, de forma que, de paso, se niega fundamento constitucional a cualquier política de subvención a empresas informativas privadas. (FJ. 5º)

El voto particular del magistrado Fernández-Viagas parte de afirmar el aspecto institucional de este derecho *"... que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político...y que requiere... la adopción de medidas correctoras de la desigualdad, en la confrontación de las fuerzas sociales... lo que puede conseguirse mediante el uso de los medios de comunicación social del Estado".* Ahora bien:

> *"... es cierto que el artículo 20 no asegura la disponibilidad de cada uno de los medios de difusión existentes en un momento determinado, a cada uno de los ciudadanos interesados en recibir información, ni garantiza a los profesionales de los medios la disponibilidad de aquél, específico y concreto, en que cada uno de ellos desarrolla su labor informativa; no*

hay inconveniente en aceptar que... 'no existe vinculación entre libertad de expresión y uso de un determinado medio para su ejercicio'. "

Por lo tanto la discrepancia no es tanto de fondo, como sobre el alcance de la reserva legal, que el voto particular entiende incluye la creación y supresión de estas organizaciones comunicativas de titularidad pública.

La **STC 86/1982** (ponente magistrado Gómez-Ferrer) no aporta novedades sustanciales a esta doctrina, pero tiene la trascendencia de resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 11/1982 de Supresión del Organismo Medios de Comunicación Social del Estado. Reitera que el art. 20 ni requiere ni prohibe la existencia de estos medios y precisa que no se ha violado la reserva de ley orgánica pues *"...la Ley impugnada no puede calificarse como de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas comprendidas en el art. 20, ya que no se refiere a ninguna de tales libertades y derechos..."* (FJ. 3º).

A mi juicio, el voto particular del magistrado Díez de Velasco acierta con el verdadero sentido del art. 20.3. Los medios de comunicación públicos son *conditio sine qua non* para la expresión del pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. En consecuencia:

"La supresión total de referencia es contraria a la Constitución dados los términos del artículo 20 de la CE y en especial del número 3 del referido artículo, y ello porque del mismo se desprende la necesidad de garantizar a los grupos sociales y políticos significativos que no disponen de medios económicos u otros instrumentos para hacerse oír las vías necesarias para hacerlo"

Así, en esta opinión discrepante se expresa la única justificación para la existencia de medios de comunicación de titularidad pública. Entendemos que si estas organizaciones comunicativas son una *garantía institucional*[430] del pluralismo su existencia no puede depender de la voluntad política del legislador. Es cierto que la redacción del número 3 del art. 20 es imprecisa y debiera haberse referido a la necesidad de medios de comunicación públicos de naturaleza estatal, sobre los que se establecería la reserva legal y la necesidad de control parlamentario[431] y derecho de acceso, remitiéndose a la competencia respectiva del resto de los poderes públicos, pero estableciendo para todos la necesidad de admitir el acceso de los grupos significativos en el correspondiente ámbito territorial.

Televisión privada

Limitaremos aquí el comentario de la **STC 13/1982** a los dos modos de entender el derecho a establecer los medios materiales necesarios para el ejercicio de las libertades de expresión e información, el que se expresa en el voto mayoritario (ponente magistrado Díez Picazo) y el manifestado por el magistrado Rubio Llorente en su voto discrepante.

[430] **López Ramón, F**, op. cit. p. 419, califica a estos medios de garantía institucional y agrega en este comentario -anterior a la STC 86/1982- tal garantía *"... no alcanzaría a los medios de expresión individualmente considerados, sino al conjunto organizado de los mismos".*

[431] ¿Qué control parlamentario cabe, por ejemplo, sobre una radio municipal?.

Podemos enfrentar las dos afirmaciones centrales de ambos pronunciamientos:

> *"No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible"* (Sentencia, FJ. 3º).

> *"... la Constitución, al consagrar el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, idea y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 20.1.a) y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.d), consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades."* (Voto particular)

Así, recogidas fuera de contexto ambos *dicta* no parecen diferenciarse gran cosa. Pero hay dos palabras que marcan la diferencia: *en principio* (sentencia) e *indispensables* (voto particular). Y es que la sentencia, que parte de considerar al art. 20 en su conjunto como garantía institucional de una comunicación pública libre, considera que el derecho a crear instrumentos de comunicación presenta indudables límites:

> *"... Se encuentra entre ellos la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares... "* (FJ. 3º)

Y advirtiendo la tendencia hacia el oligopolio del medio televisión y constatando la regulación internacional del medio, la sentencia concluye que la *televisión privada* no está ni impuesta ni impedida por el art.20, siendo una decisión política que puede adoptarse por la vía de la promulgación de una ley, que ha de ser orgánica en la medida afecte al desarrollo de alguno de los derechos del art. 20, siendo necesario que su régimen respete los principios de libertad, igualdad y pluralismo, *"... sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio..."* (FJ. 6º) (Pluralismo externo o interno).

Por el contrario, en el voto particular el carácter indispensable del derecho a crear medios lleva a afirmar que el legislador podrá regular este derecho de un modo u otro, pero no puede negarlo. Estos derechos, sin ser derechos de prestación, no son puramente reaccionales y no pueden ser ejercidos en ausencia de organización. Lo que es radicalmente inconstitucional es el monopolio, por tanto, el legislador debe establecer las normas necesarias para ejercer el derecho, pues *"... las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser nunca consideradas como cuestiones políticas".* Y claro es que, en cuanto que desarrollo de un derecho, esta ley habrá de ser orgánica[432].

[432] No fue ésta la decisión adoptada por el legislador al promulgar la Ley 10/1998, de 3 de mayo, de Televisión Privada, ratificada por la **STC 127/1994** al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra esta ley. Para el tribunal sólo la regulación de los aspectos esenciales de los derechos fundamentales requieren ley orgánica y la naturaleza de los derechos fundamentales implicados aconseja no entender como una decisión esencial respecto de estos derechos la ordenación de las condiciones del medio televisivo (FJ 4º). **Carreras, L. de**, op. cit. p. 262 comenta acertadamente que *"La falta de consenso entre los grupos políticos sobre la actividad televisiva en general -y en materia de televisión privada en particular, sea por ondas o por cable- es una de las carencias de nuestra democracia, puesto que están en juego las libertades del artículo 20,1 CE. Dejar a la ley ordinaria --con la flexibilidad que comporta su modificación según los resultados electorales- la ordenación de esta materia no da la estabilidad que sería recomendable. "*

El fallo convierte el derecho a crear los medios materiales para ejercer las libertades de expresión e información en un derecho de configuración legislativa. En cambio, el voto particular considera incluida en el art. 20 la facultad de crear los medios imprescindibles para el ejercicio del derecho a la información, aunque para su ejercicio haya de estarse a la regulación establecida por el legislador. En ambos casos es necesario el desarrollo legislativo; pero, la diferencia sustancial reside en que, según la sentencia, de la inactividad del legislador no resulta consecuencia alguna, mientras que de acuerdo con el voto particular de la omisión del legislador resultaría un derecho accionable por el particular, que podría ser reconocido por los tribunales y ser efectivo en determinadas circunstancias[433]. A tal conclusión llegará la sentencia sobre televisión local por cable, aunque por evolución de la propia doctrina mayoritaria.

La jurisprudencia sentada en el caso Antena 3 va matizándose al alegar sucesivos solicitantes de amparo la violación de la libertad de empresa por la *publificación* de la actividad televisiva. Se distingue así en sucesivas sentencias (**SSTC 206/1990, 119/1991,** la propia **31/1994, 127/1994**) entre *derechos primarios* y *derecho instrumentales*, en un enfoque más institucionalista. Así la **STC 206/1990** declara:

> *"... no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el art. 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial."* (FJ. 6º).

Televisión local por cable

La **STC 31/1994**[434], ponente magistrado Rodríguez Bereijo, supone un punto de inflexión[435] en la doctrina sobre la creación de los medios necesarios para comunicar, una evolución que venía anunciándose en anteriores sentencias (y en sus votos particulares) sobre vídeo comunitario y televisión por cable. Que el tribunal entre en el fondo de la pretensión viene favorecido por el hecho de que la televisión local por cable no requiera atribución previa de frecuencias, de modo que los medios están directamente a disposición de los particulares, sin que se haga más uso de bienes públicos que la afectación de las calles para el cableado.

---

[433] **Esteve, J.**, op. cit. comenta esta sentencia (pp. 128-140) y muy especialmente el voto particular, que considera incongruente y de imposible cumplimiento.

[434] Sobre esta sentencia véanse **Jimena Quesada, Luis**, *"La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el vídeo comunitario (acerca de las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero, 47/1994, de 16 de febrero, y 98/1994, de 11 de abril)"*, Revista General de Derecho, 601-602, 1994; **Pérez Gómez, José María**, *"La televisión por cable en la doctrina del Tribunal Constitucional"*, La Ley, nº 1, 1995.

[435] La doctrina sentada en esta sentencia es luego confirmada en las SSTC 47/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994, 307/1994, 12/1995, 47/1996.

Partiendo de la doctrina sentada que caracteriza este derecho como de interposición legislativa el Tribunal afirma que la omisión del legislador equivale a la negación del derecho:

> *"... en lo que atañe a los derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados 'ex Constitutione', aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 CE."* (FJ. 7º)

Y añade una interesante precisión respecto a estos derechos de configuración legislativa:

> *"... Cierto es que cuando se opera con la 'interpositio legislatoris' es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y complementado por el legislador (SSTC 15/1982, FJ. 8º; 254/1993, FJ. 6º), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20. 1. a) y d) CE..."* (FJ. 7º)

En otras palabras, cuando la demora del legislador equivale a sacrificar este derecho (en principio de configuración legislativa), forma parte del contenido mínimo del derecho a la información, tal como se reconoce por el art. 20, el libre uso de los medios materiales disponibles, siempre que con ello, como entiende que ocurre el Tribunal en el caso de la televisión local por cable, no se impida el ejercicio del derecho de los demás. Como se ve, desde posiciones sustancialmente divergentes y después de un rodeo de doce años, se llega a unas consecuencias prácticas semejantes a las que se hubieran deducido del voto particular en el caso Antena 3[436].

Doctrina

La mayor parte de los autores no abordan estas cuestiones de modo específico, sino en el contexto de la polémica de la televisión privada y en relación con la legitimidad del servicio público de radio y televisión. En general, los defensores del servicio público[437] están de acuerdo en lo sustancial con la jurisprudencia que caracteriza el derecho a la creación de medios materiales como un derecho instrumental, que requiere de configuración legislativa[438]. Desde posiciones liberales se cuestiona y se insiste en que la

---

[436] **Jimena, L.,** op. cit. p.10.903 considera que la sentencia no entraña un verdadera cambio de jurisprudencia, a la que califica de estatalista.

[437] Ver, por ejemplo **Chinchilla, C,** op. cit. p.38 y ss., p. 103 y ss. *"... parece claro que una cosa es la libertad de expresarse con la palabra o el escrito -medios de los que se dispone de una manera natural, inmediata e ilimitada- y otra bien distinta es el derecho de hacerlos a 'través de cualquier medio de difusión'. El art. 20 de nuestra Constitución no consagra, según creo, el derecho a crear o a utilizar todos los medios de difusión existentes, sino sólo aquéllos de los que el sujeto pueda disponer jurídica y materialmente."*

[438] Del carácter instrumental de esta libertad parte **Torres del Moral, A.**, op. cit., p. 996, para el que la libertad de creación de medios forma parte del contenido esencial de lo que denomina libertad de comunicación pública: *"La libertad de creación de medios de comunicación es, pues, un medio en orden a la efectividad a la que sirve y, como tal, forma parte del contenido de ésta, de manera que los límites que la afectan no pueden sobrepasar lo estrictamente necesario para salvaguardar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos que así lo exijan inexcusablemente. Sin embargo, como sostiene el Tribunal Constitucional, no puede gozar de la intensidad de protección de la libertad de comunicación pública*

Constitución implica la libertad de establecer los medios materiales y las empresas informativas para comunicar libremente, aunque en general se acepta la necesidad de regulación.

Fue el profesor Bastida quien, en una obra anterior[439] a la jurisprudencia comentada sobre la televisión por cable, profundizó de modo específico sobre esta facultad en el medio televisivo, a la que denominó libertad de antena. Simplificando enormemente, su tesis es que el art. 20, en su programa normativo, en su contenido esencial, comprende el derecho a crear y disponer de los medios necesarios -no sólo los idóneos o indispensables- para difundir; se trata de una libertad sustancial y no puramente instrumental, que no requiere de interposición legislativa alguna, pues existe una relación inescindible[440] entre la libertad de difusión y los medios para ejercerla. Es este un derecho de libertad, ejercible de modo inmediato y aunque el legislador puede mediante ley orgánica concretar, configurar o delimitar su contenido, éste no puede sacrificar el aspecto subjetivo en aras de la dimensión institucional[441]. En un trabajo más reciente, este autor analiza la jurisprudencia constitucional de los 90 a la luz de estas ideas[442]. Bastida subraya como la **STC 31/1994** supone un cambio de concepción dogmática: de una consideración institucional del derecho a la creación de los medios se pasa a consideración subjetiva, como *derecho de libertad*. Sobre esta tesis[443] volveremos en el capítulo 3º, pero anticipemos que la naturaleza de la libertad de emisión como *derecho de libertad* no impide la búsqueda de soluciones institucionales para que todos -como exige un sistema democrático- tengan una oportunidad de difundir a través de medios propios o por los medios ajenos puestos a su disposición en determinadas condiciones. La libertad de programación puede ser fundamento de estas soluciones institucionales.

Rodríguez Bereijo sitúa el derecho a la creación y el uso de los medios materiales necesarios para comunicar en una perspectiva institucional:

> *"La libertad de los medios de comunicación tiene una doble dimensión: a) la funcional en tanto libertad de actuación, que comprende no sólo la libre expresión de hechos, ideas u opiniones sino también el derecho a crear los medios materiales (el soporte empresarial y técnico) a través de los cuales se hace posible su comunicación y difusión. Existe, pues, una conexión lógica entre la libertad de expresión y otros derechos de libertad, también constitucionales, como son la libertad de empresa, el libre ejercicio profesional, etcétera; b) la estructural o institucional, que se conecta directamente con el pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1.1. de la Constitución) y con la*

porque, al fin y al cabo, es una libertad instrumental de ésta, de manera que el legislador dispone de mayor capacidad para configurarla legalmente, siempre, eso sí, que respete su contenido esencial".

[439] *La libertad de antena. El art. 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, op. cit.

[440] Op. cit. p. 22 y ss.

[441] Op. cit.p. 284

[442] **Bastida Freijedo, Francisco J.**, *"La jurisprudencia constitucional de los noventa sobre la televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit.

[443] **Pace, A.**, op. cit. p. 145 critica que Bastida concibe del mismo modo la libertad de prensa que la libertad de empresa radiotelevisiva, que opera utilizando recursos públicos y que necesita de intermediación legislativa *"... al no poder afirmarse un derecho constitucional al uso privado de los bienes públicos (en este caso, el éter), no existe un derecho de libertad que tenga como contenido la utilización de bienes públicos"*. Pace recuerda a este aspecto que el Tribunal Constitucional italiano ha aclarado que -como indicamos en su lugar- un derecho subjetivo al uso de las frecuencias.

importancia, vital en una democracia, de una opinión pública correctamente formada. Sin el mantenimiento de una comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política."[444].

Nosotros por nuestra parte añadiríamos que la verdadera dimensión institucional es lograr que el máximo número de titulares pueda comunicar disponiendo de medios propios o ajenos.

A modo de conclusiones (provisionales) de este largo apartado podemos formular las siguientes:

- El desarrollo legislativo es necesario para desenvolver todas las potencialidades del art. 20; tal desarrollo debiera haberse hecho por leyes orgánicas, que tradujeran un sustancial pacto de Estado sobre este derecho, fundamental para la vida democrática;
- El derecho a crear y utilizar los medios necesarios para comunicar forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión e información, tal como se declara en el art. 20;
- Tal derecho no requiere de interposición legal cuando se trate de medios naturales o cuando su disposición y uso no impida el derecho de los demás; en los demás casos, cuando con su uso impida, limite o condiciones el derecho ajeno, se requiere la previa ordenación y configuración legislativa;
- El derecho de propiedad y la libertad de empresa son instrumentales respecto al derecho a la información; la limitación de la libertad de empresa, en cuanto que sirva a la difusión de ideas, opiniones e informaciones, sólo podrá justificarse (además de por razones propias como es la de garantizar la competencia económica general) en la ordenación del derecho a crear y utilizar los medios materiales para comunicar;
- Los medios de comunicación de titularidad pública deben estar al servicio del derechos de todos a usar de los instrumentos necesarios para comunicar; sólo así se justifica su existencia, exigida -sostenemos, en contra de la interpretación constitucional- de modo necesario por el art. 20.3.

5.5. El problema de los límites

Nuestra tradición jurídico-política asume el principio de que las libertades no son ilimitadas y que el ejercicio de nuestro derecho puede lesionar el de otro. Tempranamente enunció el problema la Declaración de Derecho del Hombre y el Ciudadano en su art. 4:

"La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los

[444] **Rodríguez Bereijo, A**., *"La libertad de expresión..."*, op. cit., p. 2. Obsérvese que el autor se refiere a la *opinión correctamente formada* y no a la *opinión pública libre*, como ha sido habitual en la jurisprudencia constitucional. El uso de tales términos parece que quiere indicar que la opinión pública tiene que formarse pluralmente y, por tanto, exige la pluralidad de medios de comunicación (pluralismo externo).

demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley."

Declaración que completaba el art. 11 introduciendo la cláusula de responsabilidad en el ejercicio de la libertad de expresión. Desde entonces, la teoría jurídica ha buscado distintas técnicas para lograr un armonioso ejercicio de los derechos, pero la idea de la necesidad de enunciar unos límites, a su vez limitados, como excepciones al legítimo ejercicio del derecho ha pervivido y se manifiesta en las Declaraciones internacionales y en las constituciones, entre ellas la nuestra.

El carácter indivisible de los derechos humanos, la interrelación entre unos y otros, nos permite sostener que la afirmación, la protección y el ejercicio de un derecho redunda en la realización de los demás y de modo más directo en los más relacionados -ya vimos, por ejemplo, la relación del derecho a la información con los derechos a la libertad de reunión o asociación. Por ello mismo, puede afirmarse con la **STC 271982**, que *"no existen derechos ilimitados"*, pues un derecho absoluto absorbería y anularía a todos los demás, totalizando en una relación humana el resto de las posibles. Podemos sentar, por tanto, un primer principio y podemos hacerlo con las propias palabras de la Declaración de 1789: *el ejercicio de los derechos ... no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos*.

La cuestión es que ya no hablamos de derechos naturales, sino de derechos fundamentales en los que se positivizan al máximo nivel normativo y cobran sentido propio esos derechos naturales. Por tanto, se trata de articular constitucionalmente de modo armonioso el ejercicio de los derechos fundamentales y resolver los supuestos en los que el ejercicio de un derecho fundamental resulta incompatible con otro distinto, o -y este supuesto pasa a menudo desapercibido- cuando resulta imposible el ejercicio del mismo derecho por parte de dos o más titulares.

Pero el problema se complica cuando las declaraciones internacionales no sólo afirman como límites los derechos de los demás, sino otros bienes, como la moral, el orden público, el bienestar general... conceptos por naturaleza imprecisos, por mucho que se requiera su necesidad en una sociedad democrática (art. 29.2 de la Declaración Universal y 10 del Convenio Europeo) y se exija que cualquier restricción se aplique con la finalidad para la que ha sido prevista (art. 18 del Convenio Europeo).

En nuestra historia reciente encontramos la experiencia del uso autoritario de la noción de límites, especialmente en lo relativo a tales bienes y principios indeterminados. Nos referimos al art. 2 de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta[445], en el que los límites, en una interpretación extensiva, avalada por las sentencias de la época del Tribunal Supremo, se convierten en cauce del derecho[446]. Lo sustantivo ya no es el derecho sino sus límites y, por tanto, mientras el derecho se interpreta restrictivamente, residualmente,

[445] Derogado por D.L 24/1977, de 1 de abril, derogado a su vez por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre

[446] Así la STS Sala III de 31/10/68 afirma que los límites del art. 2 *"constituyen el marco adecuado para que el ejercicio de aquella libertad sea efectivo".* O la de 29/1/72, de la misma Sala, para la que los límites son cauces por los que necesariamente ha de discurrir el derecho para *"proteger a la comunidad y a sus miembros de cualquier exceso peligroso de la libertad de expresión".*

los límites lo son extensivamente. El precedente del art. 2 de la Ley de Prensa puede haber pesado en la primera jurisprudencia constitucional sobre los límites del art. 20 y su posterior corrección, afirmando el carácter preferente del derecho a la libertad de expresión e información.

Visto desde el derecho a la información, los límites no pueden significar otra cosa que, en determinadas circunstancias, la excepción a la generalidad del objeto informativo (ideas, opiniones, hechos)[447], o el condicionamiento a la universalidad de los medios -así, por ejemplo, la protección de la infancia y juventud se traduce no tanto en una excepción al objeto de los mensajes, como en la ordenación de los medios (limitaciones a la exhibición de films para adultos, o de la exhibición de publicaciones del mismo carácter o la regulación de horarios infantiles o para adultos).

Desantes y Soria[448] cuestionan la misma idea de límites: *"... un derecho 'inherente' ... a la persona humana, como es el derecho a la información, no tolera que nada ni nadie lo limite desde fuera... Los mensajes, como objeto del derecho humano a la información, no admiten límites, recortes desde fuera; pero tiene excepciones que se basan, no ya en su naturaleza específica, sino en su propia naturaleza genérica: por ser derechos inherentes al hombre"* [449]. Defienden estos autores la idea de la *elasticidad* de los derechos:

> *"Cuando concurren dos derechos fundamentales ha de compaginarse su ejercicio teniendo en cuenta una cualidad atribuida por igual a todos los derechos subjetivos: su elasticidad. Dos derechos concurrentes son susceptibles de comprimirse recíprocamente, sin llegar nunca a anularse. De tal modo que, si uno de ellos desaparece porque no se ejercita o por otra causa objetiva, el otro recupera toda su dimensión."*

La *compresión* de un derecho -sus excepciones- frente a otro vendrá dada, según esta teoría, por la mayor o menor proximidad al núcleo de los derechos de la personalidad (la vida, la dignidad, la libertad, la intimidad) o su trascendencia social. Se trata ésta de una posición minoritaria, frente a una mayoritaria que acepta el concepto de límites, no sólo como delimitación externa, sino, incluso, como delimitación interna, derivada de la propia naturaleza del derecho. Expondremos a continuación, por tanto, la teoría de los límites, tal como se entienden por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero cabe advertir que esta idea de la *elasticidad* no está muy lejana de los últimos desarrollos jurisprudenciales, posteriores a la publicación de la obra de los autores comentados.

Es necesario, por tanto, empezar por preguntarnos qué sentido puede tener la mención de límites a un derecho. En rigor, declarar que el resto de los derechos son límites al proclamado es redundante, pues así es en todos los casos. Otra cosa es cuando se menciona derechos en concreto u otros bienes (con los problemas que plantea su indeterminación). Pareciera que entonces el legislador constituyente ha considerado tales bienes o derechos más relevantes para la dignidad humana personal (fundamento último

[447] **Desantes, J. M.** *La información como derecho*, op. cit. p. 94 y ss.

[448] Op. cit., especialmente p. 62 y ss.

[449] Ibídem, p. 63.

de todos los derechos humanos[450]), pero llevada tal afirmación a sus últimas consecuencias resultaría que ese derecho quedaría anulado frente a sus límites. Lo que significa la declaración de límites es, en que, en primer lugar se habilita al legislador para que ordene el ejercicio del derecho, de modo que sea compatible con el derecho o bienes definidos como límites y, en segundo lugar, permitir que los jueces ponderen en las circunstancias concretas el ejercicio del derecho con los otros derechos o bienes.

Se plantea así el tema de la colisión de derechos fundamentales. Siguiendo a Alexy[451]cabe distinguir entre conflicto de reglas y colisión de principios. En ambos casos, la aplicación de dos normas lleva a resultados incompatibles. *"Un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas."* [452]. En cambio, *"...Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión -tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa."* [453]. Buena parte del contenido de los derechos fundamentales tienen carácter de principios en cuanto que -siguiendo la terminología de Alexy- mandatos de optimación, y, por tanto, susceptibles de ponderación. Es decir que en unas determinadas circunstancias, un derecho precederá -condicionadamente- a otro, pero esta preferencia puede ser inversa en otras distintas. Precisamente, lo que habrá de ponderarse son las limitaciones concretas que en cada caso graviten sobre uno u otro derecho, sobre uno u otro bien[454]. Y para ello se acudirá al principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad (adecuación de medio y fin), necesidad (exigencia del medio menos lesivo) y proporcionalidad propiamente dicha[455].

Hasta ahora, nos hemos referido a límites externos, límites extrínsecos, que delimitan desde el exterior el contenido del derecho. Pero la doctrina ha acuñado también la idea de *límites intrínsecos*, o límites naturales[456], es decir, aquellos requisitos necesarios

---

[450] Así **Desantes, J. M.**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 172, sostiene que *"... Desde el punto de vista doctrinal, un derecho humano o fundamental solamente cede ante otro derecho humano o fundamental. La duda se resuelve en favor del derecho que está más cerca del núcleo de la personalidad, y si ambos están igualmente distantes, en favor de aquel que afecta a mayor número de miembros de la comunidad. Así, el derecho a la información, derecho relacional o periférico, cede ante el derecho de la intimidad que está en lo más interno de la persona; o ante el derecho a la vida. que es el más natural de todos los derechos y que lleva como integrante el derecho a la seguridad. No hay seguridad personal sin seguridad de la comunidad, y la seguridad personal y comunitaria afectan a todos los miembros de la comunidad y exigen la posibilidad de averiguar y perseguir los delitos."*

[451] Op. cit. p. 87 y ss.

[452] Ibídem, p. 88.

[453] Ibídem p. 89

[454] **González Encinar, José Juan**, *"El derecho de la televisión" en El régimen jurídico de la televisión*, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 25

[455] **Alexy, R.**, op. cit. p. 111 y ss. **González Encinar, J.J**, op. cit p. 26.

[456] Así los califica la **STC 5/1981**.

para que el derecho sea tal, y, que, por tanto, delimitan internamente el contenido del derecho.

Hecho este planteamiento general, pasemos a la Constitución española[457] y, más concretamente, al art. 20.

Ya vimos, al tratar del desarrollo, como la posición mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia es aceptar que el art. 53 implica una habilitación general al legislador para limitar los derechos fundamentales[458]. Si se parte de la afirmación de los límites intrínsecos (**STC 5/1981**) -concretamente de la *veracidad* como límite intrínseco de la libertad de información, conforme la literalidad del art. 20.1 d)- pronto se admite la posibilidad de una limitación general por parte del legislador. Esta posición va a encontrar su sustento doctrinal en la teoría de los *límites inmanentes*, consecuencia del dogma de la complitud de la Constitución, de modo que el derecho fundamental, insertado en este sistema normativo, necesariamente, irremediablemente, debe ser conciliado no ya sólo con otros derechos fundamentales, sino también con otros principios y bienes protegidos, como afirma la **STC 2/1982.** Debatido es si estos límites inmanentes activan o no la reserva de ley[459]. Personalmente me parece fuera de toda duda que cualquier restricción, esté o no basada en un límite inmanente, supone una regulación y, por tanto, sólo el legislador puede hacer la ponderación normativa necesaria para delimitar el derecho en función de otro derecho, principio, valor o bien constitucional. Es, desde luego, doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 de la Constitución Española), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución Española), precisa una habilitación legal[460], habilitación que además habrá de ser precisa y específica en aras de la seguridad jurídica[461].

Nos interesa aquí retener la doctrina de los límites inmanentes -y concretamente en relación al principio constitucional del pluralismo- como uno de los posibles sustentos de la

---

[457] Seguimos básicamente la exposición de **Aguiar, L**, op. cit. Veáse también **Bacigalupo Sagesse, Mariano**, *"La aplicación de la doctrina de los 'límites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva legal"* , Revista Española de Derecho Constitucional, nº 38, 1993; **Bacigalupo Sagesse, Mariano, Caballero Velasco, Francisco**, *" 'Límites inmanentes' de los derechos fundamentales y reserva de ley"*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 85, 1995.

[458] En contra, **Otto, Ignacio de** *"La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución"* en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 150 y ss.

[459] Véase las posiciones divergentes de Bacigalupo Sagesse y Caballero Velasco, en el trabajo citado.

[460] Entre otras las **SSTC 37/1989, 120/1990, 137/1990, 7/1994, 85/1994, 35/1996, 49/1996, 207/1996**, **49/1999**.

[461] Este *principio de certeza* es reafirmado por la **STC 49/1999**, que no obstante en el caso de pruebas obtenidas con violación del secreto de las comunicaciones del art. 18.3, sin que existiera norma habiltante específica para esta injerencia, admite la prueba si en el marco de una investigación por un delito grave de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad. Véase el comentario a este sentencia de **Etxebarria Guridi, José Francisco**, *"La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales" Diario La Ley Actualidad,* nº 4919, 3 de noviembre de 1999.

libertad de programación. Vale la pena recoger uno de los razonamientos de la **STS, Sala III, 15 de julio de 1989**[462], que refiriéndose a los límites inmanentes afirma:

> *"... sin limitar propiamente el derecho en cuestión, en ciertos casos y para conciliarlo con los otros intereses colectivos estimables se le somete a un régimen específico determinado en cuanto a la forma de ejercitarlo, armonizándose así el juego de ambos derechos".*

En suma, el legislador está habilitado para realizar tal ponderación normativa que armonice dos derechos, o -añadirímos nosotros- facultades diversas, derivadas de un mismo derecho fundamental, ejercitadas por distintos titulares. Armonizar los distintos derechos será -dicen las **STC 53/1985** y **215/1994**- la primera tarea del intérprete constitucional y si ello no es posible habrá de precisarse las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno sobre otro.

En cuanto a los *limites de los límites* es doctrina común que, conforme al art. 53.1, los límites:

a) Sólo pueden ser establecidos por ley;
b) El legislador debe respetar el contenido esencial del derecho;
c) La limitación ha de estar justificada y proporcionada a su fin[463];
d) El límite se interpretará restrictivamente[464].

El Tribunal Constitucional, desde su sentencia **81/1983**, ha establecido un doble método para determinar el contenido esencial de un derecho:

a) Por un lado, habrá de estarse a su *naturaleza jurídica*: *"...Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así"* (FJ. 8º);
b) Y, complementariamente, a través del análisis de los intereses jurídicamente protegidos, es decir, el contenido esencial hace referencia a aquella parte del derecho *"que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos."* (FJ. 8º).

Mucho se ha escrito sobre la cláusula de limitación del art. 20. 4. Para Bastida[465], resulta innecesaria, pues los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18) y la protección de la infancia y la juventud (arts. 39.1 y 2 y 48) se encuentran entre los derechos protegidos por la Constitución. El argumento pudiera ser aceptable respecto a los derechos de la personalidad del art. 18, pero resulta más discutible la invocación de los arts. 39 (protección de la familia y obligaciones paterno-filiales) y 48 (participación de la

[462] Sentencia cuyo comentario dio lugar a los trabajos citados de Bacigalupo y Caballero.

[463] **Aguiar, L.**, op. cit. p. 25.

[464] **SSTC 81/1983, 159/1986, 254/1988.**

[465] *La libertad de antena*, op. cit. p. 146.

juventud), que sólo lejanamente parecen estar relacionados con el bien que se convierte en límite a la libre comunicación y que no es otro que preservar a los que carecen de madurez suficiente frente a determinados mensajes que pudieran afectar a su desarrollo personal. Pero, en cualquier caso, aunque se pueda estar de acuerdo con que si se suprimiera en nada aumentaría la libertad de expresión, parece que el constituyente preveía una especial conflictividad respecto a estos bienes y derechos -como así ha sido, sobre todo respecto al derecho al honor. Y del mismo modo que no se quiso fijar como límites otros bienes indeterminados como el orden público, la seguridad nacional o la moral pública[466], el hecho de mencionar los derechos de la personalidad y la protección de la infancia y la juventud pudiera inclinar a darles una preferencia respecto las libertades de expresión e información[467].

Como es sabido, no ha sido ésta la solución del Tribunal Constitucional, salvo en una primera etapa, prontamente superada. La función institucional de las libertades de expresión e información para la formación de la opinión pública, elemento esencial de la vida democrática, ha llevado a afirmar la preferencia -posición prevalente, que no jeráquica- del derecho a la libertad de expresión e información durante un larga etapa jurisprudencial. En el caso de la libertad de expresión, en su manifestación de libertad de crítica, basta no incurrir en insultos o en manifestaciones innecesariamente vejatorias. Los límites permisibles de la crítica son más amplios, si ésta se refiere a personas de carácter público (**SSTC 107/1988, 105/1990, 85/92**), incluso aunque la crítica pueda molestar o desabrir a la persona a la que se dirige (**STC 85/1992**).

En el caso de la libertad de información, a partir de la consideración de la veracidad[468] como límite intrínseco, el Tribunal ha desarrollado los requisitos que la información debe reunir para ser merecedora de tal protección privilegiada:

- La protección alcanza a la información sobre asuntos de interés general o relevancia pública (**SSTC 67/1988, 171/1990, 22/1995, 28/1996**); estos hechos son noticiables en los sucesos de relevancia penal independientemente del carácter de sujeto privado del afectado (**STC 154/1999**);
- La veracidad no se identifica con la verdad material (o la probada en el proceso penal), con la realidad incontrovertible (**SSTC 143/1991, 41/1994**), ni con la

[466] Aunque ésta resulta admitida como límite por la **STC 62/1982**, interpretando el art. 20 de conformidad con las Declaraciones internacionales suscritas por España, como dispone el art.10.2 CE.

[467] Para **Torres del Moral**, **A.**, op. cit., p. 992, debe distinguirse entre la protección de la infancia y la protección de la juventud. Este autor añade en su enumeración de límites el uso de la informática, los límites de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos, el secreto sumarial, la exigencia de buena fe contractual en las relaciones laborales y el deber de sigilo de los funcionarios.

[468] Como bien indican Desantes y Soria, op. cit., p. 49, más propio hubiera sido que el art. 20 utilizara el calificativo *verdadera*, pues la veracidad es el hábito de decir la verdad, una verdad que es la *verdad informativa*: *"La información ha de ser verdad y nada más que la verdad. Pero no puede ser toda la verdad por razones de tiempo, de espacio y de capacidad de los medios; y por las limitaciones naturales de percepción y de expresión de la persona humana en cuyo género se incluye el informador. De aquí que se haya dicho en un párrafo anterior que se trata de una 'adecuación aceptable'. Esta adecuación significa, ni más ni menos, que el mensaje de hechos no puede consistir en la 'no verdad'. Por lo demás, la parte de verdad que se comunique en cada mensaje dependerá de elementos no constitutivos, pero sí necesarios, de la noticia, como puede ser la actualidad o una de sus facetas que es el interés".*

información objetiva (**STC154/1999**); pero, exige un específico deber de diligencia del informador (**SSTC 6/1988, 219/1992, 41/1994**)[469].

Esta línea jurisprudencial fue criticada[470], pues en realidad, el Tribunal al ponderar la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, se limitaba a un examen de los mencionados requisitos, que de estar presentes se traducían en la automática preferencia del derecho a la información. Es a partir de 1993 cuando el Tribunal Constitucional[471] viene a exigir que se efectúe una previa delimitación de ambos derechos, para *"ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito de dicha protección constitucional o, por el contrario, si ha transgredido ese ámbito..."* (**STC 286/1993**, FJ. 5º), tendencia actualmente consolidada e invocada, entre otras en las **SSTC 336/1993**, **167/1995, 3/1997**.

Esta técnica parece resolver mucho mejor los problemas, pues ya no es necesario sacrificar un derecho en favor de otro, sino que basta con delimitar si la facultad invocada se encuentra en el ámbito del derecho constitucionalmente protegido y sólo después, si todas las facultades en presencia están constitucionalmente protegidas, entonces habrá de realizarse la ponderación[472]. Así, podrían reinterpretarse los límites del art. 20 en el sentido de que en caso de verdadera colisión podrían tener preferencia los derechos mencionados como límites, como más próximos al núcleo esencial de la personalidad. Es frecuente invocar el derecho al honor para ocultar conductas de trascendencia pública que merecen

---

[469] Deber de diligencia que se modula analizando casuísticamente las fuentes (**SSTC 40/1992, 178/1993, 41/1996),** con la doctrina del ***reportaje neutral*** (importado de la jurisprudencia norteamericana, como la propia doctrina de la prevalencia) (**SSTC 41/1994, 6/1996, 190/1996**). Conforme a la **STC 134/1999** (FJ. 4º) existe reportaje neutral aun en el caso en el que la publicación haya provocado las declaraciones transcritas, refiriéndose la exigencia de veracidad a la exactitud de lo transcrito, siendo de la absoluta responsabilidad del declarante el contenido de las declaraciones: *"...estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito..."*. Además, *"... el medio de comunicación debe acreditar la conexión material de las declaraciones del tercero con el objeto del reportaje en el que esas declaraciones se integran, así como la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo escrito, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias..."* La debida identificación de las fuentes es una presunción de diligencia, afirma la citada sentencia, reafirmando una doctrina ya bien establecida entre nosotros. Sobre el reportaje neutral, véase **Salvador Coderch**, *El mercado de las ideas,* op. cit. p. 98 y ss. El deber de diligencia establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional se concreta en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo en dos requisitos: que la información haya sido rectamente obtenida y que el profesional haya realizado las correspondientes averiguaciones. Cumplidos ambos la información puede considerarse veraz, aunque resulte inexacta. SSTS Sala 1ª de 31 de mayo de 1993, 15 de febrero de 1994 y 24 de septiembre de 1999. Esa diligencia profesional debe ser más rigurosa cuando la información pueda redundar en descrédito de la persona aludida, pero basta la utilización y la identificación de fuentes habitualmente serias y fiables (como la policía judicial, informes de médicos forenses) para que se entienda cumplido este deber de diligencia, aunque se añadan otros datos provenientes de fuentes menos fiables (como manifestaciones de conocidos) o pueda existir cierta desmesura en el tratamiento de los mismos (**STC 154/1999**).

[470] Por ejemplo, en el trabajo de la profesora Sanchez Ferriz, *Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información...,* op. cit.

[471] Ver síntesis de esta evolución en **Rodríguez Bereijo, A.**, *La libertad de información en la jurisprudencia constitucional* op. cit. p. 6-7.

[472] Para realizar esta ponderación deben tenerse en cuenta las condiciones del caso y entre ellas el propio contexto comunicativo: Así, por ejemplo, que las expresiones proferidas lo hayan sido entre rivales políticos en el *climax* de una campaña electoral, en la que estas manifestaciones de carácter no grave hubieran podido ser perfectamente contestadas, como aprecia la STS, Sala 1ª , de 20/10/99.

el reproche social: tales supuestos no estarían dentro del ámbito protegido del derecho al honor y no habría por tanto colisión con el derecho a la información. En cambio, cuando se pretende entrar en el recinto de la vida privada y aún íntima para satisfacer una curiosidad insaciable, pero sin que existan elementos de relevancia pública, tal conducta no estaría dentro del ámbito protegido del derecho a la información. Igualmente, si el sujeto ha revelado algún dato privado, no existe un derecho a entrar a saco en el ámbito protegido, que engloba a la vida personal y familiar, porque el derecho a informar se limita a lo voluntariamente revelado y no a otros extremos privados o íntimos[473].

5.6. La protección del derecho a la información. Garantías institucionales

Acabamos de ver como la importancia del derecho a la información para la vida democrática supone una protección preferencial[474] frente a otros derechos, pero esta problemática ha oscurecido sus propias garantías. Su garantía institucional[475] básica es la interdicción de la censura previa (art. 20.2), extendida a la prohibición de todo secuestro de los soportes informativos, salvo el ordenado judicialmente (art. 20.5). Garantías institucionales son también el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional[476], ambas referentes a los informadores, pero con fundamento y finalidad distintas. Y, finalmente, el control parlamentario y el acceso a los medios de titularidad pública (art. 20.3), a nuestro juicio garantías substanciales, pero que han sido reducidas -como ya se examinó- por el Tribunal Constitucional a garantías accesorias, dependientes de la decisión política del legislador de si mantiene y en qué términos tales medios públicos

---

[473] En este sentido la **STC 134/1999** distingue entre *personajes públicos*, sometidos a un escrutinio más estricto en razón de desempeñar funciones públicas, y *personajes con notoriedad pública*, que hace de su presencia en los medios de comunicación profesión y que frecuentemente revelan voluntariamente, incluso mediante precio, extremos de su vida privada. Ni siquiera en estos caso el derecho queda anulado: *"el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan solo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado, sin perjuicio de que la disposición sobre una información hecha pública por su propia fuente no justifique el empleo de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias, ni la revelación de otros datos no divulgados con antelación por el tercero o que no posean una evidente y directa conexión con aquello que fue revelado".*

[474] *"El ejercicio de los derechos a expresar y difundir libremente pensamientos, idea y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz, que la Constitución española reconoce y protege en su art. 20 es tan imprescindible para la sociedad democrática que merece la pena soportar, hasta un punto que no es el caso de precisar en este momento, excesos y abusos de la más diversa índole..."* En estos términos se manifiesta el presidente de la Sala II del Tribunal Supremo, José Jiménez Villarejo, al solictar amparo para el magistrado Bacigalupo Zapater, en el llamado caso Sogecable (El País, 4/7/98).

[475] Para **López Ramón, F.**, op. cit., p. 419 ...*"El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellos un núcleo o reducto indisponible por el legislador... la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar".*

[476] Sobre secreto profesional, véase la siguiente bibliografía: **Carrillo, Marc**, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional,* Civitas, Madrid, 1993; **Desantes Guanter, José María**, *El secreto profesional del periodista*, Madrid, 1976; **Cebrián, José Luis**, *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, 1988; **Fernández Miranda y Campoamor, Alfonso**, *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.

La prohibición de la censura, definida como examen previo de los contenidos (**SSTC 52/1983, 13/1985**), es la garantía básica y la prohibición del secuestro administrativo su consecuencia lógica. Llama la atención, sin embargo, que la garantía no se extienda a la suspensión de publicaciones o el cierre de empresas informativas. Por ejemplo, conforme a la Ley Orgánica 4/81 ni siquiera en los supuestos de estado de excepción pueden establecer mecanismos de censura previa y en cambio la autoridad gubernativa puede suspender las publicaciones, emisiones, proyecciones o representaciones teatrales. Podría pensarse que lo que repugna -en una reminiscencia liberal- no son tanto las medidas de control sobre los medios como el someter el pensamiento a previo examen. Así, la jurisprudencia constitucional ha venido rechazando toda medida que pueda redundar en un control previo a la difusión[477], pero en cambio no ha extendido (en general) la protección al cierre de los medios[478].

Las garantías profesionales son de muy distinta índole. El secreto profesional[479] es un derecho-deber[480]. Deber, ante todo, porque su razón institucional al permitir preservar la identidad de las fuentes (que hayan invocado la confidencialidad) es la de no cegar las fuentes, no impedir el flujo informativo. Derecho, porque se trata de una facultad invocable frente a los poderes públicos para cumplir el deber ético del informador. La cláusula de conciencia es un derecho que pretende preservar la dignidad del informador, al permitirle rescindir de modo ventajoso una relación laboral lesiva para su conciencia profesional. Sirve, por tanto, la cláusula de conciencia a la independencia del informador y es, por tanto, garantía de pluralismo. Como se ve, tanto en una como en otra, no sólo está presente el aspecto subjetivo, sino también y muy señaladamente, el objetivo. De aquí que las consideremos garantías institucionales.

El legislador ha incumplido la obligación de regular el **secreto profesional** y sólo muy tardíamente ha promulgado una ley desarrollando la cláusula de conciencia. En ausencia de ley, el Tribunal Constitucional ha venido otorgando amparo judicial siempre que se ha acreditado la diligencia profesional en la comprobación de fuentes (**SSTC 67/1988, 171/1990, 219/1992, 240/1992**)[481]. Pero hay que precisar que no se trata de casos

[477] Por ejemplo, la **STC 53/1983** declara inconstitucional como censura administrativa el depósito previo de ejemplares que ordenaba la Ley de Prensa.

[478] Es jurisprudencia reiterada que el precinto de emisoras no puede ser calificado de secuestro previo, que protege la libre difusión de los mensajes y no el funcionamiento de los medios (por todas, **STC 144/1987**). La excepción es la **STC 199/1987**, que declaró inconstitucional la aplicación de medidas cautelares por parte del juez, previstas en el art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984, en los casos de delitos de terrorismo, por considerar que, amén de que la amenaza potencial de cierre podría redundar en un ejercicio de autocensura, el legislador no se encuentra habilitado para establecer una suspensión singular de este derecho fundamental.

[479] Sobre el secreto profesional en el derecho comparado, véase **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit., pp. 251-259. Para **Torres del Moral, A.**, op. cit., p. 991, el secreto profesional alcanza a todos los informadores, no sólo a los profesionales.

[480] Sobre las distintas posiciones sobre la naturaleza del secreto profesional (derecho, deber, derecho-deber), véase **Bel Mallén, Ignacio**, *Derecho de la Información. I Sujeto y medios,* Colex, Madrid, 1992, p. 224-226. En contra de la correlación derecho-deber, véase **Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso**, *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, 1990.

[481] Sobre estos casos puede verse **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de libertad*, op. cit.p. 80 y ss.; **Rubido de la Torre, José Luis**, *"Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor"* Revista General de Derecho, 627, 1996.

de secreto profesional propiamente dicho: en ninguno de ellos una autoridad o tribunal había exigido la revelación del secreto; por el contrario, se trata de casos en los que el secreto se planteaba en relación al límite intrínseco de la veracidad y la consecuente exigencia de diligencia en la verificación de las fuentes. De lo que no cabe duda es que, a diferencia de la cláusula de conciencia, el secreto es directamente invocable y susceptible de amparo, aún sin desarrollo legislativo, pues basta para su efectividad con que los jueces inapliquen las correspondientes normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[482].

En cuanto a la **cláusula de conciencia**, la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, insiste en su Exposición de motivos en el doble carácter de derecho y garantía institucional que proporciona *"a la libertad de expresión y al derecho a la información*[483] *un instrumento jurídico imprescindible que garantice su ejercicio efectivo en un Estado Social y Democrático de Derecho".* Es interesante que el propio legislador, al cumplir un mandato constitucional, entienda que está llevando a cabo una acción positiva en defensa de los derechos fundamentales, como reiteradamente ha instado el Tribunal Constitucional. La Exposición considera al informador como agente social (que no puede ser reducido a la categoría de mercenario) y a las empresas como participantes en el ejercicio de un derecho constitucional, insinuando, por tanto, que ambas posiciones jurídicas deben ser armonizadas.

En su artículo primero la ley declara que este derecho constitucional tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de la función profesional. El conflicto de conciencia queda en segundo término y el interés preferentemente protegido es la independencia que redunda en: a) la dignidad del profesional; b) el pluralismo informativo. Lástima que no haya sido el propio artículo 20 el que haya consagrado al máximo nivel este principio, pero, indirectamente, a través de la constitucionalización de la cláusula de conciencia y, sobre todo, como aplicación concreta del principio de pluralismo, podemos decir que la independencia de los informadores es uno de los principio que forman parte del bloque normativo de la Constitución.

En términos generales, el pluralismo garantizado es el externo o pluralidad de fuentes informativas diversas, pues la cláusula permite conformar las redacciones a la línea editorial, sirviendo de válvula de seguridad ante posibles situaciones conflictivas. Por tanto, en la colisión entre el derecho del informador y el del titular de la empresa informativa, prima éste, aunque el informador -que no ha enajenado ninguno de sus derechos al contratarse laboralmente- se ve compensado económicamente[484]. Ahora bien, al contar con esta mínima seguridad económica el informador tiene un mayor margen para una actuación profesional independiente. Por tanto, aunque la cláusula de conciencia refuerza el pluralismo externo o pluralidad de empresas informativas, también redunda, si

[482] Art. 410 y concordantes. La solución más sencilla para el desarrollo legislativo del secreto sería añadir este supuesto en el art. 417, con un tratamiento semejante al de los eclesiásticos y ministros de culto sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

[483] Obsérvese como en la ley se manifiesta lo que hemos llamado concepción dualista de estos derechos.

[484] Esta es la tesis de **Baz Rodríguez, José María**, *"La cláusula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20.1, d) CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa"* , Actualidad Laboral, I nº 47, II nº 48, 1994, p. 749.

bien más limitadamente, en el pluralismo interno, en este caso mediante informadores más independientes.

En cuanto a su articulación concreta, la Ley Orgánica comienza por encontrar dificultades para definir con precisión el sujeto del derecho y, así, se refiere que corresponde a los profesionales de la información, sin entrar en el espinoso tema de quién debe ser considerado como tal[485]. El art. 2 sigue el modelo clásico de la ley francesa de 1937, mejorándolo, como es lógico. El supuesto de hecho es el cambio de orientación informativa o línea ideológica del medio o el traslado a otro que suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador. De este modo ya no se trata sólo de un conflicto de conciencia en sentido estricto, sino que se amplía el supuesto a un cambio lesivo para la orientación del profesional. La consecuencia es la facultad de rescindir la relación laboral, recibiendo la indemnización que corresponda al despido improcedente u otra mayor si así se ha pactado contractualmente.

Novedad digna de elogio es la introducida por el art. 3, que permite a los informadores negarse motivadamente a elaborar informaciones contrarias a los *principios éticos de la comunicación*, sin que ello pueda depararles perjuicio o sanción. En este caso, no hay colisión de derechos, sino abuso de derecho, extralimitación por parte del empresario, titular de un derecho legítimo que es el de ordenar el trabajo de redacción. En este supuesto sí se garantiza la independencia de los informadores y el pluralismo interno en las redacciones. Pluralismo que no significa ideas diversas, pues la línea editorial sigue siendo la referencia básica, sino garantía de fiabilidad de las informaciones y de respeto a los derechos de terceros. Otra cosa es lo poco acertado de referirse de forma genérica a unos inexistentes principios éticos de la comunicación, referencia que puede ser interpretada como una llamada a los diversos códigos deontológicos asumidos por los profesionales y sus organizaciones.

Otro bloque de problemas es el suscitado por la inserción de la cláusula de conciencia en el ordenamiento jurídico-laboral. Hasta ahora la única sentencia que conozco, del Juzgado de lo Social nº 22 de Madrid[486], deniega su aplicación por considerar que el informador ha incumplido la normativa laboral, abandonando su puesto de trabajo antes de que existiera fallo judicial, lo que indica las dificultades de recepción de esta institución en el ámbito laboral.

Queda una última cuestión. La Ley es aplicable indistintamente a empresas públicas o privadas, y así expresamente lo precisa la Exposición de Motivos. Salvo el supuesto del art.3, resulta inapropiado plantear como supuesto de la cláusula el cambio de orientación ideológica de los medios públicos, que por definición, son neutrales ideológicamente. Si acaso podría hablarse de línea editorial, como concreción de los principios constitucionales, pero tal línea editorial se define habitualmente estatutariamente

[485] En las comparecencias de profesionales ante la Comisión Constitucional con ocasión del proceso de elaboración de la ley se puso de manifiesto la división de la profesión a este respecto.

[486] Citada sin fecha de la sentencia en la publicación de la Federación de Asociaciones de la Prensa (FAPAE), febrero de 1998. El demandante es un periodista del diario Ya, que alega el cambio de línea ideológica que supuso su adquisición por el abogado Emilio Rodríguez Menéndez y se cita como muestra de discrepancia un artículo titulado *¿El Rey de todos?*.

y no se modifica (o no debiera modificarse) con el cambio de gestores. Quizá sería más aplicable el supuesto b) del art. 2 si se interpreta extensivamente como cualquier traslado que pudiera dañar la trayectoria profesional del informador... Pero está claro que la aplicación de la cláusula de conciencia no puede paliar los déficit de pluralismo interno en las empresas informativas de titularidad pública.

Para completar el cuadro hay que referirse, aunque sea someramente, a las **garantías penales**. Si tradicionalmente la vulneración de los límites ha tenido y sigue teniendo un extenso tratamiento penal, más sucinta y moderna es la protección penal frente a las violaciones del derecho a la información. El precepto específico, el art. 583, añade la protección penal a la garantía institucional básica, la interdicción de la censura y su forma atenuada que es el secuestro:

> *"La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años."*

La protección se otorga frente a los representantes de los poderes públicos, resaltándose el carácter de libertad negativa y olvidándose conductas semejantes e igualmente impeditivas en que puedan incurrir los particulares[487].

[487] La introducción en el Código Penal de 1995 del nuevo precepto contenido en el art. 129, que autoriza al juez o tribunal y al juez instructor a adoptar una serie de medidas temporales o definitivas de proscripción de actividades empresariales para evitar la continuidad de actividades delictivas ha abierto la puerta a la clausura o suspensión de empresas informativas por delitos de carácter no informativo. Así, por autos de 14, 15 y 22 de julio de 1988 el Juzgado Central nº 5 de la Audiencia Nacional ordenó la suspensión de actividades de un conjunto de sociedades, entre ellas la editora del diario Egin, así como la clausura de este periódico y de la radio Egin Irratia, por servir de medio a la comisión de los delitos de integración y colaboración con banda armada, alzamiento de bienes, blanqueo de capitales y delitos contra la Hacienda Pública. En los autos el magistrado-juez señor Garzón se cuida de indicar que las medidas cautelares no se adoptan en relación con la actividad informativa del periódico y la radio, que no están en cuestión, sino en razón de que estas estructuras empresariales permitían la comisión continuada de los graves delitos mencionados. La cuestión que se suscita es en que medida podría suspenderse tales conductas delictivas sin impedir la actividad informativa ni dañar el pluralismo, cuestión ésta que sin duda se planteará en los sucesivos recursos a que este caso dará lugar (A finales de noviembre de 1999 se encuentra pendiente de resolución el recurso interpuesto en virtud de la Ley 6/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales).

Finalmente, el art. 542 añade una garantía penal de carácter residual para castigar cualquier otra injerencia, no específicamente tipificada, contra el ejercicio de cualquier derecho fundamental:

> *"Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos en la Constitución y las leyes."*

En resumen, aunque la protección penal es una garantía excepcional, se echa en falta su extensión frente a la conducta de particulares dirigidas a impedir las facultades que suponen las libertades de expresión e información.

CAPÍTULO 2

LA RELACIÓN JURÍDICO-INFORMATIVA EN LOS MEDIOS AUDIOVISUALES

1. La relación jurídico-informativa

En el primer capítulo hemos construido el concepto del derecho fundamental a la información, examinadas las diversas concepciones que sobre él se proyectan, planteado su dimensión universal, contrastado sus diversas concreciones en el derecho constitucional comparado y analizado con algún detalle su plasmación en la Constitución española. A lo largo de toda la exposición ha quedado claro su carácter de *derecho relacional* y han sido frecuentes las referencias a la relación jurídico-informativa, constituida por el conjunto de facultades y cargas, de poderes y obligaciones nacidos del comunicarse libremente. En este capítulo profundizaremos, primero, en la idea de esta relación como marco de realización armonioso del derecho de los distintos sujetos; luego, estudiaremos las peculiaridades de la relación jurídico-informativa y sus diversos elementos en los medios audiovisuales.

1.1. Las relaciones informativas: funciones y disfunciones

En el apartado 2.1 del primer capítulo hemos descrito el proceso de comunicación y afirmado que la comunicación es a modo de super-relación que empapa todas las relaciones sociales. Pero nos circunscribiremos a aquellas relaciones cuyo fin primario es el intercambio de significados. Los elementos de estas relaciones -ya lo hemos desarrollado sobradamente en el primer capítulo- son los sujetos, los mensajes que intercambian y el medio a través del cual se comunican. El sujeto, que es universal, puede cualificarse (profesionales de la información) u organizarse (empresas informativas e instituciones comunicantes).

La comunicación cumple para el individuo una función radical: ser o no ser persona humana. Pero la comunicación no se agota en el individuo, trasciende necesariamente a la sociedad. Del mismo modo que sin comunicación no existe persona humana, tampoco cabe sociedad sin comunicación. Y esto es así en la comunicación interindividual, pero, sobre todo, en la colectiva. Ésta podríamos decir que es la función social de las relaciones informativas. Pero tal afirmación, por genérica, poco añade. Se trata de saber como conforman la vida social las relaciones informativas. Para ello acudiremos a la reflexión que sobre los efectos de los medios de comunicación social viene desarrollándose desde la década de los 20 por sociólogos, filósofos, lingüistas y estudiosos en general de la comunicación.

Siguiendo la síntesis realizada por Curran y Seaton[488] podemos distinguir dos grandes corrientes de pensamientos: *deterministas y pluralistas*[489]. Los primeros están representados por la escuela de Francfort y sus epígonos; los segundos, por los sociólogos empíricos y psicólogos sociales norteamericanos. La escuela de Francfort parte del convencimiento de que los medios (especialmente la radio) no fueron una simple herramienta para los movimientos fascistas, sino la principal razón de su existencia. Y a partir de esa experiencia desarrolla toda una teoría de la manipulación de los medios al servicio de las clases dominantes: los medios ejercen una poderosa influencia que la sociedad no controla. En cambio, los *pluralistas*, a partir de multitud de estudios empíricos resaltan que la influencia de los medios refleja el equilibrio de fuerzas sociales. Si las teorías pluralistas ponen de manifiesto que no existe una influencia social que actúe de modo mecánico e ineludible, las deterministas revelan los mecanismos de manipulación y la exclusión de los grupos menos poderosos de esa interrelación social.

Hoy, en general existe acuerdo en que los medios son amplificadores de las tendencias sociales: pueden perpetuar situaciones de estabilidad, pero pueden servir también de catalizador del cambio social. Los medios actúan a corto plazo provocando efectos manipulables, pero lo decisivo son sus efectos a largo plazo, que marcan las tendencias sociales. El informe MacBride[490], como siempre documento sintético y de consenso entre las distintas corrientes, desarrolla una teoría de las funciones de la comunicación, que asumimos por su carácter globalizador:

A) **Función informativa**: *"... acopio, compilación, tratamiento de los datos; garantiza la libertad de expresión, facilita la transparencia de las relaciones sociales y garantiza la difusión, principalmente colectiva, de los elementos de conocimiento, de juicio y de opinión necesarios para comprender la sociedad circundante y el mundo en totalidad; esta función es indiscutible en todo proceso democrático"*.

B) **Función de legitimación del consenso**: *"... persuasión, motivación e interpretación ligada al control social, a la organización de las actividades colectivas, a la coherencia de la actividades públicas y, sobre todo, al esfuerzo de convencimiento y de mando que presuponen unos objetivos comunes; esta función es indisociable de la labor de desarrollo económico y social".*

C) **Función educativa**: *"... de educación y transmisión del patrimonio social y cultural, que procede desempeñar con arreglo a las finalidades respectivas de la información y la educación y según modalidades propias; aunque los objetivos de una y otra pueden ser convergentes, deben seguir siendo distintos, pero coherentes y complementarios, facilitando la información, los datos y suscitando la curiosidad ante unos problemas con respecto a los cuales la educación facilita su comprensión, fomenta su percepción y prepara su solución".*

---

[488] Op. cit. pp.253-283. Sobre efectos y funciones puede verse también el resumen que de las teorías sobre comunicación de masas pone al día **Quintana, Yolanda**, *Sociedad, consumidores y medios de comunicación*, Confederación Española de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, Madrid, 1998.

[489] O si se prefiere, en la expresión de Umberto Eco, que hizo fortuna hace ya dos décadas *apocalípticos e integrados*: **Eco, Umberto**, *Apocalípticos e integrados en la cultura de masas*, Lumen, Barcelona, 1968.

[490] *Un solo mundo...*, op. cit. p. 37 y ss.

D) **Función socializadora**: *"... destinada a facilitar la participación de los individuos, de los grupos y las colectividades en la vida pública y en la formulación y la adopción de las decisiones; el intercambio y la difusión de informaciones y de datos experimentales fomenta la integración social y permite a un número muy grande de individuos intervenir activamente en la solución de los problemas que les afectan; esta función forma parte integrante de la democratización de la vida pública".*

E) **Función de esparcimiento y recreo**: *"... que puede asumirse con arreglo a diversas modalidades según la diversidad de los contextos culturales y el nivel de desarrollo y que está relacionada con la mejora de la calidad de vida".*

Estas funciones generales de la comunicación se proyectan en el individuo y la sociedad.

Individuo

- Las funciones de socialización y legitimación del consenso convierten al hombre en miembro de la comunidad, en ciudadano. Expresado en forma de ecuación:

B + D = **Ciudadanía**

- Las funciones informativas, educativo-cultural y de recreo y esparcimiento sirven a la personalización del individuo:

A + C + D = **Personalización**

- Las funciones informativa y educativo-cultural hacen posible la participación social y política:

A + C = **Participación**

Sociedad

- Sin las funciones de socialización y legitimación del consenso, la sociedad no podría existir:

B + D = **Subsistencia social** (identidad comunitaria)

- Las funciones informativa, educativo-cultural y de recreo implican desarrollo social y calidad de la vida comunitaria:

A + C + D = **Desarrollo social** (calidad de la vida comunitaria)

- Las funciones informativa y educativo-cultural hace posible una organización sociopolítica democrática:

A + C = **Organización** (social y política) **democrática**

Se da, de este modo, una perfecta correlación entre ciudadanía y subsistencia social, entre personalización y desarrollo social, participación y democracia; en definitiva, entre la función individual y la función social de la comunicación, comunicación que sirve de gozne entre individuo y sociedad[491].

Claro es que tal correlación no siempre es perfecta. Muy por el contrario, como el análisis y la crítica social se han encargado de demostrar hasta la saciedad, buena parte de las relaciones informativas trabadas en las sociedades contemporáneas, so pretexto de sus funciones privadas, convierten en disfunciones las funciones sociales anteriormente indicadas. Alguno de los sujetos de la relación desequilibra ésta en su propio provecho, rompe el circuito, que se polariza, entonces, en un sentido único y transforma al resto de los sujetos de interlocutores en, bien meros receptores pasivos y paralizados, bien en auxiliares a su servicio. Tal ilegítima confiscación se realiza mediante la técnica habitualmente denominada manipulación[492]: actuar sobre la estructura de los medios y/ o

[491] Así, por ejemplo el Informe del Grupo de Expertos presidido por el Comisario de Política Audiovisual, Marcelino Oreja (*"L'ère numérique et la politique audiovisuelle européenne. Rapport du Groupe de Réglexion á Haut Niveau sur la politique audiovisuelle*, Commission Europénne, Bruselas, 1998, p. 9) pone de relieve las relaciones entre función educativa e identidad cultural: *"No obstante, el papel de los medios de comunicación va más allá de la simple información sobre acontecimientos o temas de nuestra sociedad y de permitir a ciudadanos y grupos presentar sus argumentos y puntos de vista: los medios de comunicación también desempeñan una función educativa en la sociedad. Es decir, son en gran medida responsables de la formación (no sólo de la información) de sistemas de conceptos y creencias, incluso de lenguajes - tanto visual y simbólico como verbal - que los ciudadanos utilizan para dar sentido e interpretar el mundo en el que viven. En consecuencia, los medios de comunicación llegan a influir en lo que pensamos sobre nosotros mismos y en la visión que tenemos de nuestro entorno. En otras palabras, los medios de comunicación también desempeñan un papel fundamental en la formación de nuestra identidad cultural"*

[492] Resulta imposible recoger, ni siquiera someramente, la bibliografía sobre las disfunciones y manipulación de los medios de comunicación. Entre los autores *apocalípticos* norteamericanos la denuncia de la manipulación sirve a una crítica general del sistema, difícilmente formulable de otro modo. En esta corriente destaca la extensa obra de **Herbert Schiller**. En *Los manipuladores de cerebros* sostiene que la manipulación es el *antídoto* a la secular igualdad democrática de Estados Unidos: *"En este país, más que de en cualquier otro, las condiciones favorables... permiten que un vasto sector de la población se salve de la subyugación total y se convierta así en actor potencial del proceso histórico. La manipulación crea la apariencia de participación activa al mismo tiempo que niega muchos de los beneficios materiales y todos los beneficios psíquicos de la participación auténtica"* (p. 16).

En la misma línea la obra de **Noam Chomsky**, de la que citaremos **Chomsky, Noam, Herman, Edward S**., *Los guardianes de la libertad*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1990. Si Lippmann, ya en los años 20, definió la propaganda como fabricación del consenso, los autores diseccionan un sistema de propaganda, el de los medios norteamericanos, extensible, con las correspondientes matizaciones, a otros medios y lugares. No existe -dicen- ninguna conspiración universal: *"La mayoría de la elecciones sesgadas de los medio de comunicación surgen de la criba previa de gente que piensa lo que hay que pensar, de preconcepciones interiorizadas, y de la adaptación del personal a las limitaciones de la propiedad, la organización, el mercado y el poder político".* (p. 13) Este modelo opera por medio de los siguientes filtros: 1) La envergadura, concentración de la propiedad, la riqueza del propietario y la orientación de los beneficios de las empresas dominantes en el ámbito de los medios de comunicación; 2) la publicidad como fuente principal de ingresos; 3) la dependencia de los medios de las informaciones proporcionadas por el gobierno, las empresas, los 'expertos', información, por lo demás, financiada y aprobada por esos proveedores principales y por otros agentes del poder; 4) las 'contramedidas' y correctivos diversos como método para disciplinar a los medios de comunicación; 5) el 'anticomunismo' como religión nacional y mecanismo de control. (El análisis se refiere a la era Reagan). Especialmente lúcido el análisis 'Víctimas dignas e indignas' (cap. 2) en el que demuestra con detalle como los medios norteamericanos ignoraron el genocidio en Centroamérica (organizado y financiado con dinero del contribuyente) y magnificaron los crímenes de la policía política polaca. *"Nuestra hipótesis es que las víctimas dignas recibirán un trato prominente y dramático, que serán humanizadas, y que su sacrificio obtendrá un tratamiento detallado y contextualizado que generará el interés y el sentimiento compasivo del lector. Por el contrario, las víctimas indignas no merecerán tan sólo una breve referencia, una mínima humanización y un tratamiento descontextualizado que no excite ni enfurezca."* (p. 79).

Entre los nuevos *apocalípticos* citaremos a **Ignacio Ramonet**, *La tiranía de la comunicación*, que actualiza los argumentos clásicos y los pone en el contexto de la globalización y el neoliberalismo. Y un *apocalíptico* de honor: **Giovanni Sartori**, con su *Homo Videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1988, con su crítica radical a la comunicación audiovisual, sobre

el contenido del mensaje en provecho propio, hasta hacer creer a los otros actores del proceso, a los otros sujetos de la relación, que tal comunicación unilateral es la verdadera comunicación y la única posible[493].

La instituciones comunicantes, en unos casos, las empresas informativas, en otros, los profesionales incluso y hasta, excepcionalmente, el público, transforman su situación en la relación en un poder en detrimento de los otros sujetos. Las funciones se convierten, entonces, en disfunciones. Veamos como se opera el proceso y cuál es el resultado en cada uno de los casos.

La riada de datos inconexos[494], la selección interesada de los contenidos y su distinto tratamiento determinan que la función informativa se transmute en narcotización informativa: convencimiento autocomplaciente de estar bien informado[495], que desemboca en la pasividad social y la volatización de la democracia real[496].

---

la que volveremos. También entre los últimos *apocalípticos* cabe citar **Bourdieu, Pierre**, *Sobre la televisión*, Anagrama, Madrid, 1988.

[493] Para **Schiller, H.**, op. cit., p. 21, tal convencimiento se logra en Estados Unidos mediante la aceptación de cinco mitos: el mito del individualismo y la decisión personal, el mito de la neutralidad, el mito de la naturaleza humana inmutable, el mito de la ausencia de conflictos sociales y el mito del pluralismo de los medios.

[494] Para **Ramonet, I.**, op. cit., p.40, la censura actúa por sobre-información: *"...todos sabemos que la censura funciona. ¿Sobre qué criterios? Con criterios inversos (ésta es, al menos, mi idea). Es decir, que la censura no funciona hoy suprimiendo, amputando. Funciona al contrario: funciona por demasía, por acumulación, por asfixia. ¿Cómo ocultan hoy la información?. Por un gran aporte de ésta: la información se oculta porque hay demasiada para consumir y, por tanto, no se percibe la que falta."* En parecidos argumentos incide **Colombo, Furio**, *Últimas noticias sobre el periodismo. Manual de periodismo Internacional*, Anagrama, Barcelona, 1997, para el que la superabundancia de información es una vacuna del poder y el periodismo de investigación ha sido sustituido por la revelación interesada: *"La multiplicación ilimitada de las noticias, la impresión de proliferación espontánea, el amontonamiento de los instrumentos mecánicos, electrónicos y computerizados de la distribución provocan que la oferta de noticias sea clamorosamente superior a la demanda e incluso al deseo de saber. Al mismo tiempo, y casi espectacularmente, en las democracias industriales ha disminuido drásticamente el acceso al poder y el impacto -sobre el poder- de la revelación periodística. La gran investigación del Washington Post sobre el Watergate podría decirse que ha cerrado la temporada. Es decir, el sistema del poder, incluso en el más democrático de los regímenes, ha aprendido a defenderse de la revelación con un método que, por analogía, recuerda la vacuna: deja filtrar deliberadamente una parte de las noticias que podrían transformarse en peligrosas revelaciones. Alguien sale siempre perjudicado o mortalmente herido, pero jamás el grupo de poder en su conjunto.... la fuga de noticias de los lugares 'reservados' es casi continua y casi siempre indiscriminada, por motivos que siempre tienen que ver (salvo raros incidentes) con los equilibrios y desequilibrios de las relaciones internas de poder"*. (pp. 167-168).

[495] A este respecto es oportuna la cita de **Alcover, Norberto; Simón, Mª Teresa**, *La trama oculta de la gran prensa española*, Cuadernos Cristianisme y Justicía, nº 80, Barcelona, 1998: *"la economía crea un grupo en el que se inscribe un diario, - el diario mantendrá la orientación económica del grupo total, la orientación económica fomentará una correspondiente opción política e ideológica, - y este conjunto, como resulta evidente, conseguirá un tipo de lector coherente con lo ideológico, lo político y lo económico del grupo y del diario"* (p. 14) *"Silvio Berlusconi, el magnate y político italiano dueño de una de las redes mediáticas más amplias de toda Europa, decía hace un par de años estas palabras llamativas: "... el primero que es cliente de nuestros medios es aquél que, dominado por conocimientos abstractos y universales, se cree capaz de situarse al margen de los mismos. Al proceder así, nunca sospechará que está siendo integrado en lo que detesta. Pero, al cabo, se descubrirá protagonizando costumbres, actitudes, modos, etc., que, desde todos los ángulos de su vida, le vienen asaltando de desde hace años. El más inteligente puede resultar la víctima más fácil"* (p. 31).

[496] Bajo el título *El demos debilitado*, **Sartori, G.**, op. cit. pp. 123-130 examina el movimiento que exige formas de democracia directa, pero resalta como los medios de comunicación no cumplen su función de promover la capacidad de los ciudadanos de discernir sobre los asuntos públicos: *".. Estamos acosados por pregoneros que nos aconsejan a bombo Y platillo nuevos mecanismos de consenso y de intervención directa de los ciudadanos en las decisiones de gobierno, pero que callan como momias ante las premisas del discurso, es decir, sobre lo que los ciudadanos saben o no saben de las cuestiones sobre la cuales deberían decidir. No tienen la más mínima sospecha de que éste sea el verdadero problema. Los 'directistas' distribuyen permisos de conducir sin preguntarse si las personas saben conducir.*

La comunicación educativo-cultural se degrada: formas redundantes, esclerotizadas en el pasado, que repiten mecánicamente unos clichés que copian, desnaturalizándolos, los hallazgos primigenios -*kitsch*. Estamos ante la *cultura popular*, la *cultura de masas*. La función educativo-cultural es, ahora, la disfunción de masificación y homogeneización: sometimiento de las personas a unas mismas pautas forzadas, con la consiguiente pérdida de identidad cultural de los grupos primarios e intermedios.

El entretenimiento se concibe de modo pasivo y desaparece la creatividad. La diversión se convierte en industria de productos repetitivos, cuyo consumo produce hastío.

La comunicación colectiva suplanta y ocupa el lugar de la interindividual. La función de socialización no es, entonces, otra cosa que aislamiento, individualismo de unos seres-isla autosuficientes, que consideran bastante la unión umbilical a la comunidad facilitada por una pantalla o cualquier otro elemento técnico[497].

El consenso deja de ser el resultado de un diálogo; se suprimen o se falsean los conflictos origen del diálogo; el monólogo unilateral suplanta al diálogo. La respuesta se falsea La legitimación viene impuesta. Se trata de la disfunción de un control social autoritario, aunque se presente bajo la etiqueta de *libre opción de los consumidores*.

En resumen, la manipulación[498] puede convertir la función de conformar dinámica y dialécticamente la sociedad en la disfunción de falsear el proceso en perjuicio de las personas y grupos que no controlan los instrumentos materiales necesarios para la comunicación social.

Pero ni la función se realiza nunca perfectamente, ni la disfunción es, tampoco, en ningún tiempo y lugar, absoluta. La manipulación nunca podrá ser totalmente evitable, pero tampoco podrá oscurecer esa función social, que por su propia naturaleza, cumple la comunicación. La misión de Derecho será, precisamente, promover la función social de las relaciones informativas.

1.2. La relación jurídico-informativa

Lo peculiar de la relación informativa es que los sujetos que en ella intervienen ejercen un derecho fundamental y, como consecuencia, se hallan vinculados por un conjunto de facultades y obligaciones que, por ende, implican una función social. La situación jurídica en que se encuentran los distintos sujetos informativos conforma la relación jurídico-informativa. No es frecuente aplicar la teoría de la relación jurídica[499] al

De modo que la visión de conjunto es ésta: mientras la realidad se complica y las complejidades aumentan vertiginosamente, las mentes se simplifican..." (p. 128).

[497] A este respecto aporta un análisis clásico **Riesman, David**, *La muchedumbre solitaria*, Paidós, Buenos Aires, 1964.

[498] La comunicación social requiere un tratamiento de los mensajes que siempre supone manipulación. Utilizo aquí el termino en el sentido peyorativo de polarizar la relación informativa en beneficio exclusivo de alguno de sus sujetos.

[499] Adoptamos como instrumento de trabajo la clásica definición del profesor de Castro: *"Situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial*

ejercicio de un derecho fundamental, pero la complejidad de las posiciones de los distintos sujetos encuentra su comprensión cabal en el marco totalizador de la relación jurídica. Y el principio ordenador de esta relación -o, para ser más exactos, de estas relaciones- será el propio derecho fundamental a la información. O visto desde otra perspectiva, el derecho a la información se realizará en la relación jurídico-informativa.

Se objetará que de este modo se somete la dinamicidad esencial y espontánea de la comunicación a la estabilidad formalizadora del Derecho, esclerotizando la relación informativa en relación jurídica. Desde luego la relación jurídica requiere estabilidad y no existe verdadera relación jurídica cuando se dan supuestos de mero contacto social cuyos efectos jurídicos son fugaces y desconectados. Ciertamente, muchas relaciones informativas interindividuales responden a esta descripción y aunque supongan el ejercicio del derecho fundamental carecen de trascendencia social y en consecuencia no habrán de ser normadas por el derecho. Pero éste no es el caso de la comunicación colectiva, que pese a una apariencia caleidoscópica, presenta relaciones estables, que sin llegar a ser plenamente típicas, responden siempre al mismo esquema.

1.2.1. Elementos de la relación jurídico-informativa

Los sujetos de una relación jurídica son dos o más personas, que tanto se encuentran en una posición activa (titularidad de derechos y facultades) o pasiva (atribución de deberes y cargas). No procede hablar de sujetos activos o pasivos, porque ni nadie es puro receptor ni puro emisor, ni los sujetos lo son sólo de derechos o deberes. Puede ocurrir que uno de los sujetos sea una persona jurídica; su posición será, entonces, fruto de la institucionalización de las previas relaciones jurídicas entre sus miembros. De modo que cuando una persona jurídica participa en otras relaciones externas carece de derechos y deberes propios -aunque así se acepte por una *fictio iuris* a fin de una mayor operatividad- resultando sus posiciones de poder o deber hipostación de los derechos y obligaciones de sus miembros.

Los sujetos de la relación jurídico-informativa[500] lo son los de la relación informativa: todos los hombres (sujeto universal), los profesionales de la información (sujeto cualificado), las instituciones comunicantes y las empresas informativas (sujeto organizado). Desde luego existen relaciones jurídico-informativas bilaterales, pero el caso más frecuente y también el más trascendente es el de las multilaterales. La compra de una entrada para una sala cinematográfica será el negocio jurídico que ponga en marcha una relación bilateral entre espectador y exhibidor. Pero si una institución comunicante convoca una rueda de prensa no puede decirse que exista una relación bilateral entre ella y los informadores que acuden, pues la vinculación se produce en el marco de una relación multilateral más amplia, entre la institución, el informador, la empresa informativa y el

principio jurídico". **Castro y Bravo, Federico de**, *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, p. 622. Para los profesores **Díez Picazo y Gullón,** *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1975, p. 401, relación jurídica es *"... una situación en que se encuentran dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses vitales que aparece estable y orgánicamente regulada como cauce para la realización de una función social merecedora de tutela jurídica".* Se legitima, de este modo, la intervención, la proyección del Derecho sobre una relación en la medida en que ésta es cauce a una función social.

[500] Sobre la relación jurídico-informativa, véase **Desantes, J. M.**, *Fundamentos...*, op. cit. , pp. 200 y ss. **Escobar de la Serna, Luis**, *Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 75-79.

público. En cuanto a la pasividad-actividad es importante subrayar como la misma teoría de la relación jurídica reafirma la conclusión a la que habíamos llegado partiendo de la teoría de la comunicación: no podemos reducir al público a mero receptor pasivo, sólo atendido como sujeto de determinadas obligaciones económicas (adquirir un soporte material o una suscripción a un servicio); el público, o mejor, cada una de las personas que lo conforman, son también sujetos de derecho en la relación jurídico-informativa.

En fin, de la misma enumeración de los sujetos se deduce el carácter de persona jurídica (o, cuando menos de asociación fáctica) que presentan las instituciones comunicantes y en la mayoría de los casos -cada vez son menos las empresas informativas no societarias- las empresas. A este respecto hay que insistir, una vez más, en que ni se pueden absolutizar sus derechos en detrimento de los otros sujetos de la relación, ni tampoco olvidar que tales derechos están en función de los derechos primigenios de sus miembros, que son, precisamente, los del sujeto universal, esto es, los de cualquier hombre. Retengamos la precisión porque puede ser esclarecedora a la hora de delimitar la facultad de crear empresas informativas o el derecho de acceso a las mismas.

El objeto de la relación jurídico-informativa es tanto lo que se comunica, como lo que pone en contacto a los sujetos y hace posible tal comunicación. Por tanto, será no sólo el que es objeto de la relación informativa (hechos, ideas y opiniones), sino también el medio. Y el medio es un soporte material al que se encuentra incorporado un significado (esos hechos, ideas y opiniones) vehiculado por unos instrumentos materiales. El objeto será, según los casos:

a) realidades inmateriales: hechos (su representación), ideas, opiniones;
b) los soportes materiales a los que se incorporan los anteriores (publicaciones, ondas radioeléctricas, grabaciones, copias cinematográficas);
c) bienes materiales (bienes de prensa, de radiodifusión, de cinematografía...) que vehiculan tales soportes.

Frecuentemente las relaciones jurídico-informativas se manifiestan como, o se auxilian de, relaciones de tráfico sobre los soportes informativos o sobre los bienes que constituyen los canales informativos. Soportes y bienes pueden estar sometidos al régimen general de los objetos en las relaciones de tráfico, siempre que no sufra con ello el fin informativo. Así, por ejemplo, la transmisión de la titularidad de una empresa informativa puede conllevar limitaciones (normas anti-concentración con el fin de garantizar el pluralismo externo) inexplicables de no tratarse de un objeto informativo.

El contenido de una relación jurídico-informativa viene dado por los derechos subjetivos y facultades, y, correlativamente, obligaciones y cargas que competen a los diversos sujetos que en ella intervienen. Las facultades que el derecho fundamental a la información confiere a todo hombre se manifestarán diversamente en cada uno de los sujetos de la relación; en unos casos cristalizarán en derechos subjetivos, en otros no. Y para ser todas ellas realidad exigirán que el sujeto universal, esto es, cada individuo pueda, si lo desea, cualificarse u organizarse en condiciones de igualdad y sin obstar la

misma posibilidad en los demás. Deberes, obligaciones y cargas específicas son contrapunto necesario para hacer posible cada una de estas facultades. Así, por ejemplo, el profesional tendrá un deber de informar al público y una obligación de facilitar información a su empresa; de otra manera, no sería posible la facultad del público de recibir información, ni la de la empresa de difundirla.

En cuanto al principio ordenador de la relación es la realización del derecho fundamental: conforme esta finalidad debe ordenar el Derecho aquellas relaciones informativas con suficiente estabilidad para ser tenidas en cuenta. En otro caso, aparece la *manipulación* y un sujeto polariza en su exclusivo provecho la relación informativa[501]. Tal polarización no es otra cosa que una absolutización de las facultades propias en detrimento de las de otros sujetos. La justificación del derecho a la información como principio ordenador de las relaciones jurídico-informativas reside, por tanto, en que éstas desembocarán, en caso contrario, en una disfunción social.

1.2.2. Función pública de las relaciones jurídico-informativas. El servicio público

La función social de las relaciones informativas -personalización, desarrollo personal y social, identidad comunitaria, ciudadanía, participación, organización democrática- exige su normación y conversión en relaciones jurídicas cuando presentan una mínima estabilidad. Cuando estas relaciones lo son de comunicación social, la función social se manifiesta como *función pública*: la relación sirve a los fines de los sujetos que en ella participan y a los fines sociales generales, pero cobra especial relieve su función como elemento esencial de la vida de la sociedad democrática. Lo distintivo de la relación jurídico-informativas es -como pone de manifiesto Escobar[502]- servir directamente a la paz social:

> *"... en el flujo informativo se crea la opinión pública plural, que es el elemento esencial de la vida en democracia, produciendo un efecto social y político directo que no originan otras relaciones jurídicas. En las demás relaciones jurídicas, como consecuencia de su funcionamiento normal o anormal (si es normal surge la paz, si es anormal surge el conflicto, que se pacifica y resuelve por la sentencia del juez), se establece un resultado práctico inmediato (por ejemplo, la compraventa) que sólo indirectamente conduce a la paz social, a la que se llega como resultado global a través del correcto ejercicio de los derechos subjetivos. En cambio, en las relaciones jurídicas informativas la paz social, el efecto pacificador (y político] es directo, hasta el extremo de que si no existe ese derecho, si esa relación jurídica no se realiza, lo que sucede es que no se produce tampoco el efecto social y político querido por el mandato constitucional."*

[501] **Laporta, Francisco J.**, *"El derecho a informar y sus enemigos" en Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 82, critica el abuso de las instituciones garantes del derecho a la información en los siguientes términos: *"... como la llamada posición preferente inclina al juez a tolerar excesos verbales, rumores o insinuaciones deshonrosas nos es difícil verla utilizada para amedrentar practicando una suerte de matonismo profesional que consiste en amenazar tácitamente con poner en cuestión la integridad de cualquiera a cambio de favores, silencios o palabras. Algunos profesionales de esta variante del viejo negocio mafioso de la protección utilizan este tópico de que lo único que existe realmente es lo que sale en los periódicos para hacer llegar a sus víctimas el mensaje de que su honra duraría en sus manos un par de días. ".* Y así, otro tanto, en lo que se refiere al secreto profesional y la cláusula de conciencia.

[502] **Escobar, L.,** *El derecho de la información*, op. cit., p. 78.

La relación o el conjunto de relaciones son consideradas como *institución* (la prensa, los medios de comunicación), con una función esencial para la existencia de la propia democracia. Pero el riesgo reside en olvidar que las relaciones que conforman tal institución son cauce para el ejercicio de las facultades derivadas del derecho a la información.

En palabras de Laporta[503] *"la sociedad política de la democracia moderna es una sociedad deliberante y decisoria".* Sería imposible sintetizar todas las teorías sobre la importancia de los medios de comunicación en la moderna democracia. Citaremos aquí a Solozábal[504] para quien la prensa, los medios, son *elemento constitutivo* y *elemento funcional* del sistema democrático. Como elemento constitutivo *"... La Prensa libre... como resultado institucional del derecho a una comunicación sin trabas, es absolutamente indispensable en el sistema democrático, pues ella es condición de trasparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político...".* Como elemento funcional, los medios de comunicación son instrumento de *socialización política*, en cuanto que suministran a los ciudadanos la *cultura instrumental del sistema* y la *cultura política referencial*. Keane[505] resalta el papel de la libre comunicación no ya sólo en la toma de decisiones, sino, de modo especial, en la expresión del desacuerdo con esas decisiones, lo que permite la desaprobación y la revisión de los acuerdos tomados por procedimientos democráticos.

Vimos como nuestra jurisprudencia constitucional, siguiendo la tendencia común en la mayor parte de los Tribunales Constitucionales[506] confiere una protección privilegiada a la libre comunicación por su papel central en el sistema democrático:

> *"El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política"* (**STC 6/1981**, FJ 3°).

Esta comunicación pública libre se institucionaliza en la *opinión pública libre "... institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales".* (**STC 121/1989**, FJ 2°).

Podríamos definir la opinión pública[507] como la opinión del público sobre los asuntos públicos, o, para no caer en entelequias, el estado de opinión mayoritario o

---

[503] **Laporta, Francisco J.**, *"El derecho a informar y sus enemigos" en Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, p. 78.

[504] **Solozábal Echavarría, Juan José**, *"La libertad de expresión como derecho de la sociedad democrática: la imagen constitucional del periodista*", Sistema, 118-119, 1994, p. 265 y ss.

[505] **Keane, J.**, op. cit. p. 41

[506] Véase **Barendt, E.**, op. cit. pp.20-23.

[507] Sobre comunicación política y opinión pública, véase la síntesis realizada por **Escobar, L.**, op. cit. pp. 23-41

generalizado entre la ciudadanía sobre estas cuestiones. Con todo, el régimen democrático es un régimen de opinión pública:

> *"La democracia representativa* -ha dicho el profesor Sartori[508]- *no se caracteriza como un gobierno del saber sino como un gobierno de la opinión, que se fundamenta en el público sentir de la 'res publica'. Lo que equivale a decir que a la democracia representativa le es suficiente, para existir y funcionar, con el hecho de que el público tenga opiniones suyas; nada más, pero, atención nada menos. Entonces ¿cómo se constituye una opinión pública autónoma que sea verdaderamente del público?. Está claro que esta opinión debe estar expuesta a flujos de informaciones sobre el estado de la cosa pública. Si fuera 'sorda', demasiado cerrada y excesivamente preconcebida en lo que concierne a la andadura de la 'res publica', entonces no serviría. Por otra parte, cuanto más se abre y se expone una opinión pública a flujos de información exógenos ... más corre el riesgo la opinión del público de convertirse en 'hetero-dirigida', como decía Riesman".*

La opinión pública puede anticipar a la voluntad popular, pero en ningún caso suplantarla. Sólo es voluntad popular aquella opinión que se expresa por los cauces constitucionales, en los casos y con la trascendencia así previstos. Ciertamente, la opinión pública puede manifestarse externamente (directamente, a través de reuniones, marchas, campañas...), pero, normalmente, se presume (mediante la técnica de los sondeos de opinión[509]), con el riesgo de ser interpretada unilateralmente justamente por los medios que la conforman. Existe, entonces la tentación de querer convertir esta opinión *interpretada* en voluntad popular. *"Cuando la Prensa* -ha dicho Solozábal[510]- *que no es una institución pública ni representativa, sino perteneciente a la esfera de la sociedad civil, se arroga legitimidad para, por los procedimientos que sean, imponer o vetar una decisión política actual, no importa la justificación que sea capaz de utilizar, como una instancia de poder privado y, desde este punto de vista, sectario".*

Aunque la comunicación social es el foro en el que se produce la política y se expresan los poderes -todo poder sólo lo es en cuanto que comunica-, esta consideración institucional de los medios en la sociedad democrática lleva a concebirlos como *cuarto poder*, cuya función es la de ser el *perro guardián*[511] de los excesos del poder ejecutivo; la función de informar se convierte, así, en *poder de informar*[512]. Obviamente, el informativo es, entonces, un poder más a conquistar por los actores políticos[513].

---

[508] **Sartori, G.**, *Homo videns*, op. cit. p. 70

[509] **Sartori, G.**, op. cit. pp. 73-74 denuncia la sondeo-dependencia de los políticos: *" ... las respuestas dependen ampliamente del modo en que formulan las preguntas... la mayoría de las opiniones recogidas por los sondeos es a) débil (no expresa opiniones intensas...) b) volátil (puede cambiar en pocos días); c) inventada en ese momento... y, sobre todo d) produce un efecto reflectante, un rebote de lo que sostienen los medios de comunicación.... quien se deja influenciar o asustar por los sondeos, el sondeo dirigido, a menudo se deja engañar en la falsedad y por la falsedad... los sondeos no son instrumento del demo-poder -un instrumento que revela la vox populi- sino sobre todo expresión del poder de los medios de comunicación sobre el pueblo...".*

[510] op. cit. p. 269

[511] Sobre esta popular teoría y su vigencia, véase **Martínez Albertos, José Luis**, *"La tesis del perro guardián: revisión de una teoría clásica"*, Estudios sobre el mensaje periodístico, nº 1. Editorial Complutense, Madrid, 1994.

[512] **Desantes, J. M.**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit. p. 23.

[513] Las operaciones de control político de una determinada empresa de comunicación son numerosas en todo tiempo y lugar. Por citar sólo casos españoles, indicaremos dos de signo distinto, la absorción de Antena 3 Radio por el Grupo Prisa o el control por Telefónica de Antena 3 Televisión. Son también frecuentes la connivencia entre los que detentan el poder de

Pero más allá de las disfunciones: no resulta inadecuado considerar como función pública de la comunicación la libre conformación de la opinión pública, pero no es suficiente. Si se olvida que el conjunto de las relaciones informativas sirven a una función mucho más amplia, sin la que no existirían ni la sociedad ni el individuo, entonces, se cae en la tentación de considerar que basta con conferir una privilegiada protección frente a otros derechos (lo que, como vimos, no deja de plantear sus propios problemas) absteniéndose de ordenar estas relaciones para lograr el máximo grado de realización del derecho fundamental a la información. Y dejadas al libre juego de las fuerzas sociales, las relaciones informativas, como vimos se manipulan y se convierten en disfuncionales.

Entramos, entonces en el tema de la actitud que el Estado debe mantener ante las relaciones jurídico-informativas. A modo introductorio citaremos esta reflexión de Conesa[514]:

> *"El derecho a la información no se ejerce solamente frente al Estado, sino frente a todos; del mismo modo, al Estado no le sitúa en un plano simplemente abstencionista, sino que, por el contrario, le impone la carga de hacer posible su ejercicio; pero uno de los medios necesarios para establecer las condiciones generales que faculten tal ejercicio consiste precisamente en que se abstenga de intervenir en todo aquello que no le compete".*

Lo difícil, naturalmente, resulta determinar cuando el Estado debe actuar y cuando debe abstenerse.

Históricamente, el poder político no se ha mostrado en ningún tiempo y lugar indiferente ante la comunicación pública. La tendencia a controlar, ya sea jurídicamente, ya de hecho, los medios de comunicación puede considerarse casi una tendencia natural del poder. En este sentido el derecho a la información, el derecho a la libertad de expresión e información, es una libertad frente al Estado. Pero el Estado, nuestro Estado social y democrático de Derecho, no puede inhibirse frente a una relaciones cauce de un derecho fundamental y que además presentan una notable función pública. Así resulta de la propia Constitución y especialmente de la llamada cláusula de progreso o transformadora del art. 9.2, que ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

Estudiamos en el capítulo anterior la necesidad de desarrollar el derecho fundamental a la información. El poder legislativo debe normar las relaciones informativas, conforme a los criterios (*principios del régimen de la relación jurídico- informativa*) que se precisarán en el siguiente apartado de esta sección. Pero el legislador está limitado en esta

---

informar y los agentes políticos: entre los casos recientes está el de Murdoch, heraldo del thachetrismo, que llegado el momento apoya con sus tabloides al nuevo laborismo de Blair... No son tampoco infrecuentes los *comunicadores* que, lanzados por los medios, se convierten en líderes políticos (por ejemplo, Collor de Mellor). Pero lo que es un caso extremo es el de conquistar el poder político para mantener el poder informativo y, sobre todo, los beneficios económicos que éste genera. Este es el caso Berlusconi. Magnate inmobiliario (el negocio de los 60 y 70), se convierte en magnate de la televisión privada (el negocio de los 80 y 90), a la sombra del socialista Craxi. Cuando sus agentes políticos son barridos por el torbellino *Manos Limpias* no tiene más remedio que bajar a la arena política para defender su imperio. Desde entonces, 1994, uno de los factores básicos de la política italiana es el conflicto de intereses del político-empresario.

[514] **Conesa Sánchez, Fernando**, *La libertad de empresa periodística*, op. cit. 263.

tarea -amén de por los *límites de los límites*- por la propia autonomía de las partes y por su ámbito competencia.

Cualquier ordenación de las relaciones informativas debe de huir del reglamentismo y dejar margen suficiente para que sean los propios sujetos informativos, quien, en uso de su propia libertad las ordenen. Hay un amplio elenco de relaciones informativas que son jurídico-privadas (adquirir un soporte, una entrada a una exhibición cinematográfica, contratar un servicio informativo) y como es lógico aquí el ámbito de la autonomía de los sujetos será total, en tanto una de las partes no imponga condiciones abusivas.

En cuanto al ámbito competencial, el Estado puede tener competencias concurrentes con la Unión Europea, como ocurre en materia de televisión a partir de la Directiva 89/552 (Televisión Sin Fronteras)[515]. Y luego se opera el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas[516] y, así, conforme al art. 149. 1.21ª , el Estado tiene competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones, mientras que su competencia exclusiva respecto a las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social será sin perjuicio de las facultades de desarrollo y ejecución que correspondan a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.27ª CE). Pero, sobre todo, el Estado tiene competencias exclusivas en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y los deberes constitucionales (art. 149.1. 1ª), si bien el Tribunal Constitucional (**STC 37/1981**) ha determinado que cuando la norma legal, pese a incidir sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, no afecte a las condiciones básicas de tal ejercicio puede ser promulgada por las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos le atribuyan competencia legislativa sobre la materia en cuestión. Y en general todos los Estatutos -además de competencias en materia de radiodifusión, de las que más adelante nos ocuparemos- atribuyen a la respectiva Comunidad el desarrollo y la ejecución, en el marco de las normas básicas del Estado, del régimen de la prensa y del resto de los medios de comunicación[517].

---

[515] **Gay, C.**, op. cit. p. 213.

[516] Véase **Gay Fuentes, C.**, *"La gestión autonómica de la televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit. , pp. 466-488; **López Rodó, Laureano**, *"La Administración Pública y las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., en lo que se refiere al esquema competencial pp. 623-627

[517] Toda la doctrina comenta la peculiaridad del Estatuto Vasco. En su art. 19, ap. 1, asume las competencias de desarrollo legislativo de las normas básicas del Estado en materia de medios de comunicación social. En su ap. 3º prevé que la Comunidad Autónoma pueda regular, crear y mantener su propia televisión, radio y prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines, sin ninguna referencia a la legislación básica del Estado... normas estatutarias que sirvieron de base para la creación -que no concesión estatal- de la televisión vasca. En cambio, se estima en general que el Estatuto Catalán se autolimitó en sus atribuciones, al asumir competencias en los *"términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisón"*. El texto de art. 16 del Estatuto Catalán es el siguiente: *"1. En el marco de las normas básicas del Estado, corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión en los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión. 2. Igualmente le corresponde, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de prensa y, en general, de todos los medios de comunicación. 3. En los términos establecidos en los apartados anteriores de este artículo, la Generalidad podrá regular, crear y mantener su propia televisión, radio y prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines."*. Galicia, Comunidad Valenciana y Navarra han seguido el mismo modelo. Como ejemplo de las Comunidades de segundo grado, una vez promulgada la L.O 9/92 de transferencia de competencias, puede citarse el art. 27.13 del Estatuto de Madrid (reformado por la L.O 10/1994): *"Corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, incluida la potestad reglamentaria y ejecución de las*

En realidad, el Estado ha regulado profusamente el medio radiodifusión y en menor medida los de cinematografía y prensa, pero, fuera de la L. O 2/1997 de la cláusula de conciencia y de las normas reguladoras de la propaganda electoral[518], se ha abstenido de realizar un verdadero desarrollo del derecho a la información del art. 20. Pienso que se ha perdido la oportunidad de promulgar una Ley Orgánica de la Información estableciendo un régimen común (para todos los medios) de las relaciones jurídico-informativas, en el que se precisaran los derechos y deberes de los distintos sujetos informativos y que sirviera de norma básica, a desarrollar y aplicar por el legislador autonómico[519].

Al Poder Judicial corresponde amparar el derecho a la información en cuanto derecho fundamental y si, hasta ahora, los tribunales ordinarios han ponderado -y el Constitucional controlado esta operación cuando se ha solicitado el amparo- el derecho a la información con otros derechos, resultaría imprescindible extender estas técnicas (delimitación del ámbito propio de cada derecho, ponderación en su caso) a las diversas facultades derivadas del derecho a la información, invocadas por distintos sujetos. En la medida en que el derecho fundamental tenga un mayor desarrollo, en menos supuestos se verán los tribunales o el Tribunal Constitucional en su caso en la necesidad de amparar el ejercicio de unas facultades que -como ocurrió en el caso de la televisión local por cable- derivan ineludiblemente del derecho a la información, pero que, cuando menos, sería conveniente su ordenación. Y, por supuesto, el Poder Judicial ha de ser garante de este derecho controlando el ejercicio de las competencias administrativas relacionadas con la información.

Y llegamos al papel del Gobierno y la Administración. Por supuesto al Gobierno corresponde la iniciativa legislativa en el sentido expuesto. Martín-Retortillo y Baquer[520] ha subrayado lo que denomina *paradójico protagonismo* de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales. Si toda la historia de los derechos fundamentales es un proceso de conquista de ámbitos de autonomía frente al poder ejecutivo y si estos derechos exigen la *contención* de la Administración, aspecto éste exigido, como no podía ser menos, por nuestra Constitución, no es menos cierto que:

> *"El hecho real, objetivo y fácilmente verificable, es el de que, en efecto, la actual problemática de los derechos fundamentales reclama con insistencia, en relación con alguno de ellos, una consistente labor administrativa que podemos denominar como*

siguientes materias en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca: ... Prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social, en el marco de las normas básicas que el Estado establezca, de acuerdo con el número 27 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución".

[518] L.O 5/1985, de Régimen Electoral General (arts.58 y 60 a 68); L. O 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de Referéndum (art.14); L. O 2/1988, reguladora de la Publicidad Electoral en Emisoras de Televisión Privada; L.O. 10/1991, de Publicidad Electoral en Emisoras Municipales de Radiodifusión Sonora; L.O. 14/1995, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres.

[519] En general, los parlamentos autonómicos se han polarizado en la creación de sus propias instituciones de radio y televisión, pero hay que señalar la labor legislativa del Parlamento de Cataluña, con la creación del Colegio de Periodistas (ley de 8 de noviembre de 1985, modificada por la de 26 de febrero de 1988) o el establecimiento de un Consejo Audiovisual (en la Ley 8/1996, de 5 de julio, de regulación de la programación audiovisual transmitida por cable) que van en la línea de dotarse de instituciones protectoras del ejercicio del derecho a la información.

[520] **Martín Retortillo y Baquer, Lorenzo**, *"El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales"* , Revista Aragonesa de Administración Pública, 4, 1994, pp. 11-32.

mediadora, de intermediación o de soporte. Y no deja de ser paradójico que esa función administrativa halla cabida también en el propio texto de la Constitución, ya de forma directa y patente, ya de forma indirecta"[521]

Así, y en primer lugar la Administración debe respetar en todas sus instancias y manifestaciones lo derechos fundamentales, como se desprende de la Constitución y de las leyes específicas, cuyas disposiciones el autor repasa... Pero lo novedoso es que la Administración debe asumir un compromiso activo con los derechos fundamentales, como ordena la propia Constitución de modo específico en determinados derechos[522] y, sobre todo, como se desprende de forma genérica de la cláusula transformadora del art. 9.2, de forma que la Administración asume el papel de *asegurar la efectividad de los derechos*[523]*.* Ni que decir tiene que esta función corresponde a todas las Administraciones públicas, central, autonómica o local.

Examinaremos como puede concretarse este papel respecto al derecho fundamental a la información en las tres actuaciones administrativas clásicas: de policía, fomento y servicio público.

Actividad de policía

Ya vimos como la interdicción de la censura equivale a descartar cualquier medida administrativa de carácter preventivo sobre el mensaje, cuya difusión no puede interrumpirse más que por orden judicial -el secuestro judicial. Igualmente, la exigencia de responsabilidad por la difusión de mensajes compete, exclusivamente, al poder judicial. Queda, por tanto, a la actividad de policía el control de la ordenación de los medios. Y este control, llamémosle *técnico,* puede conllevar someter la actividad de los particulares a autorizaciones, regladas en todo lo que sea posible, dejando reducido el ámbito discrecional al mínimo. Lógicamente, tal actividad de policía conllevará la imposición de sanciones cuando se vulnere esa ordenación. El problema reside en que la Administración pueda, bien negando la autorización, bien sancionando con la suspensión o el cierre, eliminar arbitrariamente a una empresa informativa. Ciertamente, hubiera sido deseable que la Constitución incluyera alguna garantía institucional a este respecto, pero a falta de tal previsión constitucional pueden perfectamente los tribunales declarar en los procedimientos de amparo como límite injustificado cualquier norma que permita una actuación ampliamente discrecional respecto a autorizaciones, suspensiones o cierres.

Actividad de fomento.

La función pública de la información justifica que la Administración utilice todas las técnicas de fomento para cooperar con los particulares en la constitución de relaciones jurídico-informativas. Hoy, sin embargo, las corrientes liberalizadoras ponen en cuestión la

[521] Ibídem, p. 17.

[522] El autor cita (pp. 18-21) el derecho a la educación, las previsiones sobre los medios de comunicación de titularidad pública, el derecho de asociación en relación con el fomento de las asociaciones de consumidores, la libertad religiosa en relación con la cooperación con la Iglesia Católica, la obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales.

[523] Ibídem p. 21.

mayor parte de estas medidas. Nos ocuparemos de este asunto y especialmente de su planteamiento en el ámbito de la Unión Europea al tratar del servicio público y de las empresas públicas de radio y televisión, y estudiaremos el régimen de fomento de las obras audiovisuales en el capítulo 4º. Ahora pueden avanzarse algunos criterios generales para que la actividad de fomento redunde en beneficio de la efectividad del desarrollo del derecho fundamental y no en una forma subrepticia de control. Pues, si bien es cierto que el fomento excluye por definición la coacción, no deja de convertirse, mediante el apoyo que se presta, en una forma de control administrativo condicional, en el que al momento de la aceptación voluntaria de una ventaja, sigue inmediatamente una determinada carga. Por tanto:

a) En cuanto que entraña posibilidades de control, los deberes del beneficiario han de hallarse perfectamente previstos[524];
b) La concesión de ayudas y la condiciones de los solicitantes han de ser regladas, eliminándose o reduciéndose al mínimo los elementos discrecionales y de oportunidad, que si en otros sectores pueden ser legítimos, en el campo de las relaciones informativas equivaldría al establecimiento indirecto de controles políticos de acuerdo con los intereses gubernamentales. Si la discrecionalidad fuera inevitable, como ocurre en la actividad premial, que ha tenido una cierta importancia en la cinematografía, entonces, los encargados de aplicar tales criterios habrán de ser órganos independientes (por ejemplo, tribunales de profesionales).
c) Las medidas de fomento deben de estar dirigidas a corregir los efectos del mercado. Si la información se convierte en una mercancía, los mensajes se hacen homogéneos y las voces minoritarias son eliminadas. La dificultad reside en encontrar criterios objetivos que discriminen entre empresas y obras en función de la cobertura de determinados objetivos. En nuestro derecho las medidas de fomento han sido escasamente discriminatorias (en el sentido expuesto)[525]. En materia de prensa, durante muchos años las ayudas fueron en realidad una subvención al consumo de papel nacional[526]; también las ayudas a la reconversión beneficiaron a todas las publicaciones; en cinematografía, bien mediante la ayuda directa, bien mediante el sistema de cuotas, se ha tratado de fomentar la obra nacional o comunitaria... Como establecer unos criterios de calidad de las obras unitarias puede resultar sesgado políticamente, resulta

[524] La Ley 29/1984, de 2 de agosto, la última norma de fomento de la prensa, derogada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1988, exigía una serie de obligaciones relacionadas con la garantía de la transparencia editorial (publicación anual de cuentas, determinación de la estructura de capital hasta el segundo grado, declaración de los accionistas que ostenten más del 10% del capital) que podrían perfectamente ser exigibles sin necesidad de acudir a la técnica de fomento. Para **Bastida, F.**, *El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit. pp. 31-32, este régimen pretendía favorecer el pluralismo externo y no el interno, pues no prescribía ninguna obligación como la de imponer un derecho de acceso a la constitución de Consejos de Información. Por **STC 63/1989** se declaró esta normativa como de exclusiva competencia del Estado.

[525] Cuando la discriminación se produjo por la vía de hecho de no insertar publicidad institucional o cancelar suscripciones oficiales a una empresa informativa con una línea editorial contraria a los principios constitucionales, la Sala III del Tribunal Supremo condenó en dos ocasiones, en 1994 y 1997, a la Administración a una indemnización que asciende a 2.958 m. de pts.

[526] La Ley 29/1984 fue considerada discriminatoria por la Comisión Europea y contraria al art. 93 de Tratado de Roma, justamente porque favorecía el consumo de papel nacional (además de exigir la nacionalidad española para acogerse a las ayudas). Ver **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. p. 267

más oportuno crear estructuras de fomento de los nuevos creadores. En cuanto a los medios, su fomento debe estar en relación inversa con el grado de financiación publicitaria de que dispongan. En definitiva, las medidas de fomento deberían de servir como modo no coactivo de extender un régimen de servicio público o de interés general (en sentido material, como se expondrá más adelante). A este respecto resulta interesante la idea de Curran y Seaton[527], que propusieron la creación de una *Media Enterprise Board*, dedicada a promover los medios minoritarios y financiada parcialmente con un recargo sobre la publicidad.

Terminemos recordando como el Tribunal Constitucional declaró que no existe un derecho, directamente derivado del art. 20 ni de la cláusula del 9.2, a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados fondos privados (**STC 6/1981,** FJ 5º). Es decir, sólo previa creación normativa se tendrá derecho a exigir la aplicación de medidas de fomento. Otra cosa es su impugnación por vía de recurso de inconstitucionalidad o por vía de amparo si tales normas son discriminatorias o se aplican de este modo (recurso de amparo ante el acto denegatorio).

Actividad de servicio público

Puesto que las relaciones jurídico-informativas presentan una eminente función pública ¿por qué no ha de asumir como servicio público el Estado la prestación de los medios materiales necesario para su constitución?.

Históricamente, la prensa se desarrolló antes de que el Estado asumiera servicios económicos considerados esenciales para el funcionamiento de la comunidad. Por contra, después de iniciales vacilaciones, los países europeos aplican un modelo de servicio público a la radiodifusión, extendiendo la enérgica intervención característica de los servicios de telecomunicaciones, prestados en régimen de monopolio por organismos de la Administración desde su nacimiento como telegrafía[528]. Como veremos, tal intervención se ha justificado en la utilización del dominio público radioeléctrico, la tendencia al monopolio u oligopolio y el poder de penetración del medio, es decir, en las características peculiares del medio, antes que en la propia función pública de la información. No se trata en este apartado de examinar si la radiodifusión debe seguir siendo considerada un servicio público, si no de establecer si la función pública de la información exige la prestación de servicios por parte de los poderes públicos, bien en forma de servicio público clásico, bien en alguna de las formas actuales de esta técnica de intervención[529].

[527] Op. cit. pp. 341-343.

[528] A este respecto es significativa la consideración del incipiente telégrafo óptico como un medio de transmitir órdenes políticas y militares en el Decreto de la Revolución francesa de 30 de julio de 1793. Será la ley de 6 de mayo de 1837 la que consagre el monopolio estatal de comunicación de signos a distancia mediante la telegrafía o cualquier procedimiento futuro.

[529] Además de las tratado generales de Derecho Administrativo se ha seguido en este apartado preferentemente la obra de **Muñoz Machado, Santiago**, *El servicio público y mercado. I Los fundamentos. II Las Telecomunicaciones. III La televisión. IV El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998. Se trata de una revisión sistemática del concepto de servicio público y su realidad en una economía de mercado liberalizada. Sobre la evolución de la noción de servicio público y sus modalidades puede verse también **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 66-70

El Derecho Administrativo se ha ocupado más de determinar en que casos una intervención administrativa puede calificarse de servicio público, que de dilucidar qué características debe presentar la función social para ser asumida por el Estado. No sin razón suele decirse que tal cuestión es esencialmente política y si se repasa que se entiende por *fin de utilidad pública*, *necesidad general* o *servicio esencial* se suele incurrir en imprecisiones, lo que pone de manifiesto el carácter indeterminado de estos conceptos.

En la teoría clásica el monopolio, el *monopolio natural*, era uno de los indicadores del servicio público: si una actividad, por su propia naturaleza o por el modo de prestación en el que históricamente cristalizó, se produce en régimen de monopolio, ese es un índice de que debe ser declarada servicio público. Otras veces se señalaba el criterio del *beneficio indivisible*, esto es, que el servicio beneficiara no sólo a los usuarios sino a la sociedad en su conjunto... Pero ninguno de estos criterios se consideraban decisivos, sino simples indicadores de la necesidad de establecer un régimen jurídico especial en el que la función social o el interés público se concrete en formas características: continuidad y uniformidad en la prestación del servicio; imparcialidad ante los usuarios; seguridad y garantía de calidad de la prestación; extensión de los beneficiarios (gratuidad o precios políticos); confianza, en definitiva, de los usuarios en el servicio...

En cualquier caso, lo característico del servicio público clásico es la *publicatio* o reserva de la actividad al Estado, que presta el servicio, bien directamente, bien delegando en los particulares, a los que otorga la correspondiente concesión. Para Chinchilla[530] los elementos inmutables o esenciales del servicio público son la titularidad estatal de la actividad objeto de la reserva y su naturaleza de prestación que satisface los intereses generales de la comunidad.

Entre nosotros Carmen Chinchilla[531] ha sido una de las principales defensoras de la técnica del servicio público como medio para la realización igualitaria y efectiva de los derechos fundamentales en el Estado social:

> *"Disfrutar en condiciones de igualdad de todos estos bienes, materiales o espirituales, es lo que hace digna y libre a toda persona. Los poderes públicos han recibido el mandato constitucional de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean realmente efectivas. El servicio público es, por eso, una obligación que se impone a los gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de aquellas actividades que satisfacen las necesidades de la comunidad. Cuando esas necesidades se corresponden con derechos fundamentales el servicio público opera como una técnica de realización de los mismos"* [532].

No es ésta la opinión de los defensores del nuevo liberalismo, para las que toda intervención del Estado en la economía es un amenaza a las libertades, pues -sostienen- el Estado usará su capacidad de dispensar servicios para coaccionar a los individuos[533].

---

[530] Op. cit. p. 72.

[531] Op. cit. pp. 74-82.

[532] Op. cit. p. 77.

[533] Véase el resumen de estas posiciones (empezando por Hayek) y su crítica en **Muñoz Machado, S.**, *El servicio público. I Los fundamentos*, op. cit. p. 24, nota 11.

Conocida es también la polémica en Francia[534] entre Devolvé y Regourd sobre la compatibilidad entre servicio público y derechos fundamentales. Mientras que para el primero el servicio público es intrínsecamente una amenaza para las libertades, para el segundo tal posición supone sacralizar la libertad de empresa y sustituir la democracia política de los ciudadanos por la democracia del mercado. En España quizá el autor con una posición más radical en contra de la compatibilidad de derechos fundamentales y servicio público (y en general sobre el porvenir de los mismos) es Ariño Ortiz[535], pero, en general, hasta en los autores que podríamos calificar de revisionistas, como Muñoz Machado, se admite el papel de los servicios públicos como medios de realización de los derechos fundamentales[536].

Nuestra jurisprudencia constitucional considera que lo que justamente legitima la publificación de un sector informativo es el convencimiento por parte del legislador de que con esta técnica se sirve a la realización efectiva e igualitaria de los derechos del art. 20. Citaremos, por todas, la **STC 206/1990**, en las que se insiste en que bajo esta justificación no puede servir para anular los derechos que se dice querer garantizar. En concreto, la calificación de la televisión como servicio público...

> *"... es constitucionalmente legítima desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad, pero no es, en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la 'publicatio' limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no se puede en modo alguno eliminar..."* (FJ. 6º).

Personalmente, parto del principio de que hacer efectiva la libertad para todos, función que nuestra Constitución (art. 9.2) atribuye a los poderes públicos, es al tiempo finalidad y fundamento del servicio público. Se trata en definitiva de garantizar unas base materiales mínimas para que todos puedan ejercer el derecho, elementos materiales que no pueden quedar a las reglas del mercado. Pero han de realizarse las siguientes matizaciones:

- La intervención que supone el servicio público en cualquiera de sus modalidades entraña restricciones a la libertad de empresa. Tales restricciones estarán justificadas siempre que el derecho que se pretenda satisfacer resulte más imprescindible para la dignidad humana[537] que la propia libertad de empresa y que estas limitaciones sean proporcionadas al objeto que se persigue;

---

[534] Véase **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 77-78.

[535] Véase *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

[536] *"...el servicio público actúa también como una técnica de protección de derechos y libertades constitucionales. En esta medida, su permanencia o transformación no dependen sólo de su compatibilidad con el mercado, la libre competencia y la igualdad entre las empresas. La libre competencia no puede imponerse en perjuicio de otros valores constitucionales preferentes" Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 132.

[537] Para ello habría de ponderarse la relación de la libertad de empresa con el derecho en cuestión: por ejemplo, como ya se avanzó al tratarse de los *medios* en el art. 20 y como se hará al fundamentar la libertad de programación, juzgar si la libre constitución de empresas informativas es una concreción inexcusable del derecho fundamental o si tiene carácter puramente instrumental... Lo que no resulta de recibo es subordinar la libertad de empresa, como encuadrada en la sección 2ª del capítulo II, a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1ª . La sistemática de nuestra

- La publificación de la actividad supone someter el ejercicio del derecho a un régimen que puede resultar incompatible con su propia esencia. Así, los derechos con una trascendencia política pueden entrar en conflicto con un régimen de selección discrecional... De esta manera, el derecho sería *capacidad*, pero desaparecería su dimensión de *autonomía...* La alternativa en estos casos son aquellas modalidades de intervención en las que la actividad se presta en libertad por los particulares, pero bajo un régimen que garantiza los principios característicos del servicio público.

Examinemos ahora la cuestión en la Constitución española. Muñoz Machado realiza un repaso de los artículos en los que se manifiesta la noción de servicio público y concluye que ésta inspira la actuación de los poderes públicos en la idea de prestación, que obliga a asumir la responsabilidad de facilitar un sistema de servicios[538]. En concreto, el art. 128.2 legitima la iniciativa pública en la actividad pública, mientras que el 128.1 relativiza los derechos de propiedad y libertad de empresa al declarar toda la riqueza en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad al interés general. En cuanto a la reserva de una actividad o recursos al sector público se podrá hacer por ley siempre que sean *esenciales*, especialmente en caso de monopolio. Además, se podrán intervenir empresas por razones de interés general.

Para Chinchilla[539], la potestad discrecional del legislador para publificar una actividad o servicio viene delimitada por dos principios, la esencialidad del servicio y el interés general; por un plus que refuerza la situación, el monopolio; y, por último, por el límite del respeto a los derechos fundamentales.

¿Qué debe entenderse por servicio esencial?. No es el art. 128.2 CE el único que maneja este concepto indeterminado. Así, en el art. 28, el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad es límite del derecho de huelga. La jurisprudencia constitucional, como es de necesidad tratándose de una limitación, hace una interpretación restrictiva del concepto. El carácter esencial no vendría dado por la propia naturaleza de la actividad, sino por la naturaleza de los intereses que con ella se satisfacen. Y éstos han de ser los derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, con la misma

---

Constitución, con sus tres círculos concéntricos (derechos fundamentales y libertades públicas, derechos y deberes y principios rectores) no indica tanto mayor o menor esencialidad, como distinta naturaleza y, sobre todo, distinta aptitud para ser protegidos por la vía del amparo.

[538] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 106-107 *"La recepción del concepto en la Constitución de 1978 es expresa en algunos de sus preceptos. Por ejemplo, el artículo 27.4 se refiere a la enseñanza básica que impone como 'obligatoria y gratuita', añadiendo en el párrafo 5º que 'los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes',. El artículo 28.2 alude a los 'servicios esenciales' que deben mantenerse en caso de huelga. El artículo 37.2 también menciona los 'servicios esenciales' que deben tenerse en cuenta en la negociación colectiva. El artículo 41 prescribe un 'régimen público de la seguridad social' , y el 43 cifra la organización y tutela de la salud pública en el mantenimiento de 'medidas preventivas y de las prestaciones servicios necesarios'. El artículo 50 establece que los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos mediante un sistema de 'servicios sociales'. El artículo 128.2 utiliza el concepto de 'servicios esenciales' refiriéndose a los de carácter económico que pueden reservarse al sector público. El artículo 145.2 recoge los convenios para la prestación de 'servicios propios' de las Comunidades Autónomas. El artículo 158.1 utiliza la idea de que el volumen de servicios que debe prestarse en todo el territorio debe ser uniforme y menciona la garantía necesaria para la existencia de un nivel mínimo en la prestación de los 'servicios públicos fundamentales' ".*

[539] Op. cit. p. 93.

relevancia que el derecho de huelga (**STC 26/1981**, FJ. 10º). Tiene razón Chinchilla[540] cuando subraya que una cosa es el límite a un derecho fundamental y otra es ser presupuesto habilitante para la intervención administrativa que es el servicio público. Sostiene la autora que el grado de esencialidad en el caso del art. 128.2 es mínimo: podrán reservarse al sector público servicios que sean útiles y convenientes para la comunidad. Y lo que sea útil y conveniente -y seguimos con la cita- es un concepto contingente cuya determinación se hará a la luz de las circunstancias y datos que concurran en cada momento. Con lo cual volvemos al punto de partida: la discrecionalidad política[541]. Para Muñoz Machado[542], en cambio, la esencialidad reclama una fuerte incidencia sobre los intereses generales cuya representación puede ser muy variada (necesidad de extender el servicio a todo el territorio, costes no recomendables para empresa privada, razones de solidaridad). Pero, en cualquier caso, el concepto sigue siendo indeterminado.

Pero, con estos presupuestos, antes de dar una respuesta a la pregunta de si la función pública de las relaciones jurídico-informativas es condición suficiente para la declaración de servicio público, debemos repasar los nuevos desafíos que han exigido la revisión del concepto clásico de servicio público.

La contrarrevolución conservadora que desde Estados Unidos y Gran Bretaña irradia en los años 80 a los países de la Europa occidental (notablemente a los de la entonces Comunidad Europea) ha supuesto un total cuestionamiento de la técnica del servicio público. El ataque es, en primer lugar, de carácter ideológico: si lo que se pretende es desmontar el Estado del Bienestar o dejarlo reducido a su mínima expresión, lógicamente la técnica del servicio público, que se presenta como reequilibradora de las desigualdades, es objetivo preferente para el ataque de los defensores de las ideas neoliberales[543]. Pero ha de reconocerse que los propios gestores de los servicios públicos han dado frecuentemente argumentos a sus enemigos: con una gestión prepotente, corporativista, despilfarradora... las élites político-funcionariales han deslegitimado el servicio público. Como vamos a ver esta técnica de intervención pública sigue siendo válida para la realización de los fines del Estado Social, pero sus presupuestos han de ser revisados para actuar con eficacia en un nuevo contexto.

---

[540] Op. cit. p. 97

[541] Nadie puede obligar al legislador a crear un servicio público (único recurso, no votar a esos legisladores), pero esta exigencia opera, al menos, como límite negativo de su potestad legislativa (control de constitucionalidad si la ley obstaculiza o no facilita la puesta en marcha de un servicio público necesario para la comunidad. En el caso del servicio ya implantado, el administrado podrá acudir al contencioso-administrativo contra aquellos actos y disposiciones de rango inferior a la ley que infrinjan el derecho a acceder al servicio o a gozar de sus prestaciones. En el caso de los derechos fundamentales de la sección 1ª la protección es más intensa: procedimiento sumario y amparo ante el Tribunal Constitucional. **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 88. En cuanto a la instrumentación de la reserva, asumimos con **Esteve, J.**, op. cit. p. 94 y ss, que debe hacerse mediante ley formal específica para cada sector.

[542] *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 116.

[543] Así, **Ariño Ortiz, Gaspar**, *"Servicio público y servicio universal en las Telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 758, afirma: *"... hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficacia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos."*

Uno de los ámbitos en los que sus enemigos han combatido al servicio público ha sido en el de los llamados *monopolios naturales*, hasta hace bien poco coto indiscutible del servicio público. Las ideas neoliberales han acusado a estos monopolios de ineficiencia económica y han impuesto su ruptura y reparto entre distintas entidades económicas compitiendo entre sí con el objetivo de promover el desarrollo tecnológico y la mejora de los servicios y la reducción de su precio[544]. Así, se da entrada a la iniciativa privada en este terreno, de modo que el Estado se libera de la carga financiera de desarrollar infraestructuras crecientemente complejas, una de las ideas directrices del informe Bagemann sobre Europa y la sociedad de la información (1994)[545]. Ello ha conllevado tres políticas complementarias: la privatización de empresas públicas, la liberalización económica (desrregulación)[546] y la igualdad entre todos los operadores y la aplicación de las reglas de la competencia al sector público en los sectores liberalizados[547].

Una de las actividades liberalizadas de forma paradigmática ha sido el sector de las telecomunicaciones[548], siempre íntimamente relacionado con la información[549]. El proceso pasa por dos fases[550]. Primero, el monopolio de los operadores vinculados a las administraciones públicas debe renunciar a la exclusividad sobre los servicios de valor añadido (especialmente rentables, pero no básicos). Después, la competencia se extiende a los servicios de telefonía básica y a la infraestructura de las redes, evitando atribuir a los antiguos gestores del monopolio nuevos derechos especiales o exclusivos y estableciendo la separación entre operadores y organismos de regulación. La actividad de los operadores se ordena a través de autorizaciones generales y licencias específicas, se establecen obligaciones de interconexión y aparecen nociones nuevas como las del *servicio universal* [551].

---

[544] Que tales objetivos se logre está por ver. Por el momento, los operadores dominantes siguen imponiendo sus políticas tarifarias.

[545] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 18.

[546] *"Postula este movimiento que, con independencia de la propiedad pública o privada de las empresas, es necesario reducir las intervenciones públicas que perjudican el libre juego de los mecanismos del mercado. La liberalización afecta, desde luego, a la relación entre las empresas privadas y la Administración. Se postula la eliminación de todas las regulaciones prolijas y confusas y su sustitución por reglas escasas, de aplicación en espacios territoriales lo más amplios posible, y con los contenidos más claros que puedan idealmente imaginarse".* **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 21.

[547] Ibídem p. 20.

[548] En España, el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia titulado *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, fue la punta de lanza el movimiento liberalizador. De la liberalización propuesta esperaba: a) la superación de los estrangulamientos de las infraestructuras de alta capacidad; b) el estímulo de las inversiones públicas y privadas; c) aproximación de las tarifas a los costes; d) prestación innovadora de servicios liberalizados y de capacidad de transmisión, e) fomentar el uso de redes alternativas; f) creación de un entorno que favorezca las alianzas estratégicas; g) crecimiento general del sector. Véase **Cremades, J.**, *"Las telecomunicaciones en Europa y en España"*, op. cit., p. 85.

[549] Sobre las primeras rupturas del monopolio y los orígenes de la liberalización en Francia, véase **Chamoux, J.-P.**, op. cit. pp. 85-88.

[550] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, pp. 178-180.

[551] Sobre el proceso de liberalización de las telecomunicaciones y la conformidad de la nueva legislación española con el derecho comunitario, véase **Llaneza González, Paloma**, *Telecomunicaciones: régimen general y evolución normativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Ariño[552] sistematiza los principios intersectoriales, comunes a todas las actividades, de este nuevo concepto de servicios prestados en régimen de concurrencia:

- Desintegración vertical y separación de actividades, que termina por distinguir entre las infraestructuras comunes y los servicios singularizados, prestados por los distintos operadores en competencia;

- Gestión autónoma de las redes, abiertas a todos los operadores y cuyo propiedad privada se afecta al uso público;

- La actividad o el sector ya no se define como servicio público y, en consecuencia no se reserva al Estado, sino que se abre de modo reglamentado a todos los operadores, pero, a cambio, se definen tareas, obligaciones que no pueden ser satisfechas por el mercado y que deben ser prestadas obligatoriamente por los operadores (aunque normalmente serán prestados por el operador dominante).

Todas estas realidades e ideas llevan a una reinterpretación del derecho comunitario de la competencia. Si el Tribunal de Justicia había expresamente admitido la compatibilidad de los monopolios nacionales con el Tratado (*caso Sacchi*) la situación ha cambiado en los sectores liberalizados. Muñoz Machado[553] resume así esta incidencia:

- Los servicios de autoridad o solidaridad quedan fuera de las normas de competencia;
- Las reglas de competencia del art. 85 y ss. del Tratado fundacional se aplican a las empresas públicas y a los servicios públicos de carácter económico;
- Estos servicios pueden ser gestionados por empresas o establecimientos públicos y por empresas privadas a las que se imponen obligaciones de servicio público;
- El Derecho comunitario no excluye que las empresas encargadas de interés económico general actúen en el mercado dotadas de prerrogativas, pero el art. 90.2, en relación con el 92, exige que esas ventajas en forma de ayudas económicas[554] o ventajas financieras singulares resulten imprescindibles[555] para las misiones de interés general confiadas y que estén controladas por los tribunales y los nuevos organismos reguladores del mercado.

Todo ello lleva a la aparición de una serie de nuevas técnicas de intervención[556] para preservar el interés general en un mercado liberalizado: separación jurídica de

---

[552] **Ariño, G.**, *"Servicio público y servicio universal..."* , op. cit., pp. 759-767

[553] *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 119 y ss.

[554] Todo el sistema de fomento queda en estos sectores sometido, por tanto, a las normas de la libre competencia, con las excepciones indicadas. Así, el art. 92 prohibe, con carácter general, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. El mismo art. 92 recoge, sin embargo, algunos tipos de ayudas que pueden ser compatibles con el mercado común y otras que pueden compatibilizarse, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 93.

[555] Estas situaciones vienen revestidas de una serie de cautelas exigidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien en algunas sentencias, como las de los casos *Corbeau* (19 de mayor de 1993) y *Almelo* (27 de abril de 1994) se acepte la financiación privilegiada de un servicio público cuando está justificada por la necesidad de que sus prestaciones lleguen al conjunto de los usuarios. **Muñoz Machado, S.**, ibídem p. 37.

[556] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos,* op. cit., pp. 225-234.

actividades de los antiguas entidades gestoras del monopolio, control de la concentraciones, separación de reguladores y operadores, establecimiento de organismos reguladores independientes, diferenciación de contabilidad de las actividades propias de misiones de interés general. En cambio, la especial relación entre la Administración y los prestatarios del servicio que supone la concesión, estaría, según Muñoz Machado[557], contraindicada en estos sectores liberalizados, en cuanto que ruptura de la norma de separación entre reguladores y operadores.

Aunque el derecho comunitario no obliga a la privatización, de acuerdo con el principio de neutralidad respecto a la titularidad de las empresas (art. 222), en la práctica, poner en pie de igualdad en el mercado a empresas públicas y privadas y exigir a las primeras, forzadas a unas serie de obligaciones específicas y con una organización menos flexible, un comportamiento equiparable al de un inversor privado -como hace frecuentemente la jurisprudencia comunitaria- equivale a promover una privatización funcional de las empresas públicas[558].

En esta situación, la pervivencia de los servicios públicos se halla en cuestión, hasta el punto de que haya sido necesario plantearse el coste social y económica que implicaría su total abandono[559]. Y ha tenido que ser la propia Comisión, tan celosa de combatir la posición de dominio de las empresas prestadoras de servicios públicos, la que ha tenido que reformular su propia noción. Así, en su proyecto de Carta Europea de los Servicios de Interés Económico General (14 de febrero de 1994)[560] se acepta que es imposible satisfacer con el exclusivo juego de las fuerzas del mercado los objetivos de solidaridad, cohesión o equidad, propios de las sociedades europeas[561] y se recuperan los clásicos principios del servicio público (estabilidad, continuidad, igualdad, fiabilidad etc.) La reformulación comunitaria pasa por el abandono de un concepto orgánico del servicio público para adoptar otro material o funcional[562]: se trata de identificar misiones de interés general, concretadas en prestaciones específicas, pudiendo atribuirlas tanto a empresas públicas como privadas, que podrán disfrutar de derogaciones de las reglas de la competencia, en la medida que resulte imprescindible para el cumplimiento de tales misiones. Además, el derecho comunitario ha aportado la noción de *servicio universal* en el ámbito de las telecomunicaciones, que supone toda una redefinición de la idea de servicio público.

---

[557] Ibídem, p. 313.

[558] Ibídem p. 179.

[559] **Muñoz Machado, S.**, ibídem, p. 341cita a Stoffaes (*L'Europe à l'épreuve l'intéret général*) para el que entrañaría consecuencias negativas en el propio mercado (concentraciones excesivas; riesgos de abuso de posición dominante por parte de los monopolios privados que tienden a sustituir a los públicos; penalización de las inversiones a largo plazo, desarmonía de las normas de interoperatividad, que daña la libre circulación), atentados al medio ambiente y al desarrollo estable, desigualdades territoriales...

[560] Ibídem p. 31.

[561] *"Los europeos esperan servicios de calidad a precios asequibles* -puede leerse en el Informe de la Comisión sobre servicios de interés general en Europa (Diario Oficial de las Comunidades de 26 de septiembre de 1996)- ... *los servicios de interés general están en la base del modelo europeo de sociedad..."* citado por **Muñoz Machado, S.**, ibídem. pp. 38-39

[562] Ibídem p. 122.

Puesto que el concepto ha sido recibido en nuestro Derecho mediante la reciente Ley 11/1988, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones a ella nos remitimos. En este ámbito liberalizado, definido como de interés general (art. 2), en el que ya el Estado no se reserva más que los servicios esenciales para la defensa nacional y la protección civil (art. 5) y los operadores se encuentran habilitados bien por una autorización general, bien por un licencia individual[563], la Exposición de Motivos declara que una de las finalidades esenciales de la Ley es *"garantizar a todos un servicio básico a un precio asequible, el denominado servicio universal"*. Ya en la parte dispositiva, el art. 37 define el servicio universal como *"el conjunto definido de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los ciudadanos con independencia de su localización geográfica y aun precio asequible".* Y a continuación se precisan los servicios que ha de incluir el servicio universal, remitiendo al reglamento los términos de su prestación[564]. En principio, será el operador dominante en una zona el encargado de prestar el servicio universal (o, para ser más exactos cualquiera de los servicios incluidos en el concepto), conforme el procedimiento que reglamentariamente se determine (art. 38)[565]. Si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determina que la prestación del servicio universal implica una desventaja competitiva para el prestatario, su coste neto se repartirá entre todos los operadores que exploten redes públicas de telecomunicaciones (art. 39). Además, el Gobierno, mediante Reglamento, podrá encomendar a alguna Administración Pública la prestación de determinados servicios obligatorios y ésta podrá prestarlos por sí o licitarlos entre los distintos operadores (art. 41).

En definitiva, después de esta síntesis normativa, puede concluirse que la técnica de la reserva estatal como modo de satisfacer necesidades sociales esenciales[566] ha sido sustituida por la de fijar el Estado unos servicios mínimos, prestaciones a las que tienen

[563] Según el art. 15 se requerirá licencia individual para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones; para la prestación de servicios telefónicos disponibles al público y para la prestación de servicios o establecimiento de redes que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico. Para el resto de los servicios o para el establecimiento o explotación de otras redes será suficiente una autorización general (art. 10). La autorización general se otorga de forma reglada y automática previa asunción que por Orden ministerial establezca el Ministerio de Fomento para la categoría en cuestión (art. 11). La licencia, en cambio se concede de forma reglada, previa acreditación por el solicitante de los requisitos exigibles para su concesión y la asunción de las condiciones generales establecidas por Orden del Ministerio de Fomento (art. 16). Sobre autorizaciones generales y licencias individuales, véase el comentario al proyecto de la ley citada de **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y Mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit., pp. 219-220.

[564] En virtud de lo dispuesto en el art. 37.1 *"inicialmente... se deberá garantizar, en los términos que reglamentariamente se determinen"* : a) la conexión a la red telefónica básica (llamadas nacionales e internacionales, transmisión de voz, fax y datos; b) guía telefónica impresa gratuita y unificada de su ámbito territorial; c) oferta suficiente de teléfonos públicos; d) acceso específico a discapacitados o ciudadanos con necesidades especiales en condiciones equiparables al resto de los ciudadanos. Aunque la propia redacción (*inicialmente*) indica el carácter modificable de esta enumeración, es una lástimas que se haya perdido la oportunidad de incluir entre estas prestaciones del servicio universal el acceso a Internet, con el consiguiente riesgo de dualización social en aquellas zonas de un menor atractivo comercial. Más aún, nadie garantiza que los nuevos servicios que se anuncian, como Internet a alta velocidad, sean ofrecidos a todos los ciudadanos en las mismas condiciones, esto es, al coste de una llamada local. No obstante, parece existir voluntad de rectificar y así el Ministro de Fomento, Rafael Arias Salgado, ha anunciado un acuerdo con Francia para proponer a la Unión Europea que el acceso a Internet se considere dentro de las prestaciones del servicio universal (El País, 4/2/99).

[565] También reglamentariamente se determinarán las condiciones para que un operador no dominante preste el servicio universal en una determinada zona, siempre y cuando los estándares de calidad y precio sean iguales o más beneficiosos que los del operador dominante (art. 38.2).

[566] Compárese esta Ley General con la de Ordenación (Ley 31/1987, de 18 de diciembre) que definía en su art. 2 a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público.

derecho todos los ciudadanos, que serán facilitadas por los operadores dominantes y financiadas por todos los operadores, si es que supone desventaja competitiva para el prestatario. El Estado traslada a los operadores el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, que habrán de ser satisfechas, como en los servicios públicos clásicos, con respeto a los principios de igualdad, trasparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen. De este modo, se pretende lograr la continuidad entre la vieja y nueva noción de servicio público, de modo que para el usuario no exista diferencia, al tiempo que pueda beneficiarse de las ventajas de la competencia. Retendremos esta noción de servicio universal, que puede ser de utilidad al construir el concepto de libertad de programación y proponer modos para su ejercicio.

En esta transmutación, los servicios públicos europeos se aproximan a nociones clásicas, como la del *servicio público impropio*[567] o a instituciones como las de las *public utilities* norteamericanas[568]. De positivo tiene este movimiento romper el estéril enfrentamiento público-privado y poner de manifiesto que ya sea uno u otro el titular del servicio, éste debe prestarse en unas mínimas condiciones de calidad, continuidad y fiabilidad en beneficio de los usuarios y el público en general; además, sólo el cumplimiento de estas obligaciones justifica un régimen privilegiado... Pero en el saldo negativo está en el desmenuzamiento de la globalidad del servicio público, que deja de tener un carácter universal (aunque así se denomine lo que en realidad es un servicio de mínimos) para convertirse en una suma heterogénea de prestaciones, asumidas por una pluralidad de sujetos prestadores. Se gana, sí, en transparencia, pero se pierde, seguramente, amplitud y ambición de servicio. Entiendo, en consecuencia, que, sin perjuicio de una mayor trasparencia en la gestión de concretas misiones de interés general, la existencia de organismos de servicio público con una función general puede estar justificada en los sectores no plenamente liberalizados, aunque su subsistencia resulte de facto muy difícil compitiendo en condiciones de igualdad con empresas privadas, que, además, pueden beneficiarse de ventajas económicas en la medida en que ofrezcan prestaciones de interés general.

---

[567] Según Valles (*I servici publici*, citado por **Conesa, F.**, op. cit. p. 1023, nota 264) las características del servicio público impropio son las siguientes: a) la actividad está dirigida a todo el público y a nadie se le puede negar, mientras que en una actividad verdaderamente privada puede haber una negativa a satisfacer la demanda de algún particular; b) Existe una tarifa fijada previamente o, al menos, aprobada por la autoridad administrativa; c) En ambas actividades hay una autorización, pero mientras que en la actividad privada la autorización se funda en principios de policía, y tiene por tanto un sentido negativo -*ne facias*- en la actividad considerada como servicio público impropio se manifiesta como canal a través del cual debe discurrir dicho servicio, es decir, con una intencionalidad positiva, *ut facias*; d) La actividad privada está sometida a una vigilancia de carácter negativo para que no se infrinjan determinados principios operativos que se opondrían al bien común, mientras que en la actividad sometida a servicio público es objeto de una vigilancia positiva, de *propulsión*. Como indica **Esteve, J.**, op. cit. p. 108, en estos casos la libertad de empresa se mantiene, aunque su ejercicio se someta a condiciones, pero nunca hasta el punto de vulnerar su contenido esencial. Para **González Navarro, F.**, op. cit., p. 225, los *servicios públicos impropios* constituyen un supuesto de reglamentación intensiva de la actividad, que queda sometida a una autorización administrativa previa, que supera la simple autorización de policía.

[568] Según la sentencia *Munn versus Illinois* (1877) *"cuando una persona privada consagra su bien a un uso en el que el público tiene interés, confiere por este hecho al público un interés particular en la continuidad de este uso: En estas condiciones, debe someterse a un control público, por el bien común".* Estas *public utilities* se regulan por comisiones independientes con funciones de vigilancia, informe, reglamentación, control y arbitraje. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 28-29.

Con la vista puesta en este contexto europeo, Muñoz Machado propone una relectura de las relaciones entre servicio público y libertad de empresa en la Constitución española. Para este autor[569], la actividad económica pública debe ser subsidiaria de la desarrollada en ejercicio de la libertad de empresa, salvo en los casos de reserva de recursos y servicios esenciales, supuesto en los que la relación se invierte, quedando circunscrita la actividad de los particulares a lo que acuerde el legislador o, por su encargo, la Administración. Un componente esencial de la libertad de empresa es la igualdad entre empresas públicas y privadas concurrentes en el mercado y la ruptura de esta igualdad, colocando a la empresa pública en una posición exorbitante, sólo estará justificada cuando resulte ineludible para la satisfacción de los servicios esenciales atribuidos a la empresa pública.

Estamos ya en condiciones de responder a la pregunta sobre el papel del Estado respecto a la prestación de los medios materiales necesarios para desarrollar las relaciones jurídico-informativas estableciendo una batería de conclusiones, como siempre provisionales:

- La eminente función pública de las relaciones jurídico-informativas habilita al legislador para declarar la necesidad de que sean convertidas en una prestación al servicio de todos;
- Ello no significa una declaración general de servicio público de todas las relaciones jurídico-informativas, sino sólo de aquellas que no puedan ser ofrecidas por el mercado de modo asequible e igual para todos;
- En tal caso, empresas informativas públicas o privadas tendrían un régimen común, sea cual fuera el medio, dirigidos a garantizar el derecho de todos de recibir información veraz y servir de plataforma para que los que pretendan difundir mensajes y acrediten determinadas condiciones puedan hacerlo a través de estas organizaciones;
- Las técnicas de fomento pueden resultar apropiadas para extender este régimen de servicio público (o de asunción de misiones de servicio público) a empresas informativas de titularidad privada;
- Circunstancias especiales puede exigir intervenciones más enérgicas de la Administración en algunos medios; no obstante, la técnica concesional no parece la más apropiada, por el grado de discrecionalidad que comporta y la relación estrecha con la Administración que supone, para articular esta intervención;
- La publificación de la actividad informativa con carácter general entra en conflicto con el derecho fundamental a la información, del que son titulares todos los hombres. Como vimos en el ap. 1.5.4 del anterior capítulo, el reconocimiento del derecho a la información en el art. 20 comporta la facultad (con limitaciones) de organizar medios para la difusión de ideas, opiniones e informaciones y, por tanto, las formas orgánicas clásicas del servicio público resultan inadecuadas, siendo aconsejables modalidades de servicio público impropio o la adaptación de las nuevas figuras impuestas por el derecho comunitario, como la del servicio universal;
- En este marco resulta legítimo constitucionalmente la existencia de empresas informativas de titularidad pública, que habrán de estar organizadas, cuando menos, conforme al régimen exigido por el art. 20. 3: control parlamentario y derecho de acceso

[569] *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 116-118.

de los grupos significativos. Pero tales condiciones parecen mínimas: tales empresas estarán más legitimadas en la medida en que su organización garantice un pluralismo interno y, en cuanto tal, la independencia del poder político[570].

Terminaremos distinguiendo las empresas públicas informativas con una misión de servicio público, de las administraciones públicas como instituciones comunicantes. Cuando una empresa informativa de titularidad pública informa no es -no debe ser- el gobierno o la administración pública de que dependa la que informa, sino unos profesionales en el ejercicio de su derecho y en el cumplimiento de la misión de servicio público o de servicio de interés público, atribuida por la ley y dentro de un marco de principios editoriales neutrales, sólo comprometidos con los valores constitucionales. En cambio, resulta legítimo que las administraciones públicas, sujetos colectivos, sujetos organizados, puedan informar y en este sentido estas empresas informativas tendrán carácter gubernamental o, en términos generales, carecerán de independencia. Afirmamos que los poderes públicos nunca podrán gestionar como sujeto organizado o institución comunicante empresas con un objeto de información general. Su derecho a informar a la ciudadanía puede realizarse a través de los más diversos medios: desde los gabinetes de comunicación de las distintas instancias de poder y centros administrativos hasta las publicaciones especializadas en el respectivo ámbito de competencias. Para ello debe quedar muy claro que se trata de medios informativos orgánicamente dependientes y vinculados como un instrumento más a la acción administrativa y de gobierno. Pero no por ello su creación puede ser libre y exenta de criterios objetivos. Como pone de manifiesto Martín-Retortillo Baquer[571] este sector ha proliferado a lo largo de las distintas administraciones y hoy día consume muchos millones de pesetas. Por tanto, su actuación debe requerir una habilitación previa, servir con objetividad a la satisfacción de los intereses generales y estar plenamente sometida a la ley y el Derecho, como exige el art. 103.1 de la Constitución.

1.2.3. Principios del régimen de la relación jurídico-informativa. El pluralismo informativo

En el anterior apartado hemos tratado de delimitar la actitud que el Estado debe mantener ante las relaciones informativas teniendo en cuenta su función pública. Ahora

[570] Para el profesor **Desantes**, *La formación del informador*, op .cit. pp. 71-72, la independencia es condición para que la información cumpla su función garantizadora de otras libertades. En consecuencia, rechaza radicalmente las empresas de titularidad pública, cuya independencia institucional considera imposible: *"La orientación del medio o de los medios de titularidad oficial no se basa en el cumplimiento del deber jurídico de informar, sino en una finalidad política de base movible. Los criterios informativas oficiales no se asientan en la solidez pétrea de los derechos, sino en la movediza arena del interés político"*. No podemos estar de acuerdo con una posición tan radical. Los ejemplos de derechos comparado nos demuestran que esta independencia institucional es posible; será imperfecta y conflictiva, pero puede lograrse con instituciones adecuadas y, sobre todo, con una cultura democrática; ambas cosas nos han faltado en nuestro país... Pese a las dificultades la independencia es posible y las empresas públicas, reorientadas en una nueva situación de concurrencia, han de jugar un papel de referencia y de plataforma para el ejercicio por parte del público de derechos que pueden tener más difícil encaje en empresas privadas. Para **García Llovet, E.**, op. cit. p. 276 el servicio público -se refiere al de televisión- ha de estar presidido por los principios de neutralidad y pluralismo: *"Neutralidad que se concreta en una específica estructura organizativa... y en una obligación de objetividad. Pluralismo que se concreta en el derecho de acceso de todos los grupos sociales significativos y en el respeto a ese mismo pluralismo en la actividad de los profesionales."*

[571] Op. cit. p. 22-23.

corresponde establecer los principios que deben regir estas relaciones y cuya consecución debe presidir la actuación de los poderes legislativos y ejecutivos.

Sintéticamente, con base al concepto de derecho de la información desarrollado en el primer capítulo, y siguiendo el esquema sujetos-mensajes-medio, proponemos los siguientes principios:

Sujeto universal

- Libre recepción de una información plural sobre las cuestiones de relevancia social que le afectan;
- Libre acceso a las fuentes informativas;
- Acceso no discriminatorio, personal y de los grupos sociales, a los medios para difundir esporádicamente ideas, opiniones e informaciones;
- Disposición no discriminatoria por los individuos y los grupos de bases materiales públicas para constituir empresas informativas que asuman misiones de servicio público.

Sujeto cualificado (profesionales)

- Libertad de cualificación profesional (lo que no excluye la regulación de unos requisitos objetivos de acceso profesional);
- Independencia profesional;
- Libre acceso a las fuentes informativas;
- Libertad de elaboración y difusión de informaciones.

Sujeto organizado (empresas informativas e instituciones comunicantes)

- Libertad de constitución de empresas informativas en el marco de la ordenación de los medios;
- Independencia editorial;
- Libertad de difusión de ideas, opiniones, informaciones.

Mensajes

- Generalidad: todas las ideas, opiniones e informaciones (veraces) pueden difundirse, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse;
- Pluralidad de mensajes diferenciados;

Medios

- Universalidad: ningún medio puede ser proscrito ni ordenado discriminatoriamente;
- Ordenación que garantice el más amplio pluralismo de sujetos difusores y diversidad de los mensajes.

Como se ve, todos estos principios casi pueden englobarse en una sola idea: **pluralismo**. La literatura y la jurisprudencia constitucional sobre pluralismo es

abundantísima. Aquí nos proponemos clarificar las distintas manifestaciones del principio y su trascendencia, pero sin hacer todavía referencia a un medio en concreto.

Comencemos por revisar la manifestación de este principio en nuestro ordenamiento. Es justamente el pluralismo, pero calificado de político, uno de los valores de este ordenamiento, o, en otros términos, unos de los fines del Estado que compromete a todos los poderes públicos[572] e informa el conjunto de las normas jurídicas. Ahora bien, aunque entre el pluralismo político como valor superior del ordenamiento y el pluralismo como principio de ordenación de las relaciones jurídico-informativas hay una conexión íntima, a veces, cuando el principio se invoca genéricamente -como ocurre en nuestra legislación y jurisprudencia- no termina de ponerse de manifiesto esa vinculación y las relaciones informativas, más que ordenarse de forma plural, se conciben como simple vehículo del pluralismo político, que se institucionaliza en la *opinión pública libre*.

Por de pronto, con el espíritu constitucional todavía fresco, la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, justifica su necesidad en la Constitución y el pluralismo político (Exposición de Motivos). La radiodifusión y la televisión, como servicio público esencial, se conciben como vehículo de participación política y formación de la opinión pública. El respeto al pluralismo político, pero también religioso, social, cultural y lingüístico[573] inspirará la actividad de los medios de comunicación social del Estado (art. 4 c). Es decir, estos medios se conciben al servicio del pluralismo, pero sin embargo no se declara expresamente el pluralismo como principio ordenador del servicio público esencial. No obstante, el pluralismo informativo tiene su manifestación en cuanto a los mensajes en la exigencia de objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones (art. 4 a) y en la separación entre informaciones y opiniones y la identificación de los que sustentan éstas (art. 4 b). Organizativamente, el pluralismo (interno) se pretende lograr mediante un Consejo de Administración elegido por el Congreso y el Senado, que se ha revelado como un órgano inoperante, que repite miméticamente pugnas y tensiones parlamentarias. Bajo el epígrafe *Pluralismo democrático y acceso a los medios de comunicación* se ordena (art. 24) al Consejo de Administración y al Director General se pongan de acuerdo para regular este derecho, expresamente reconocido por el art. 20.3 CE; pero también éste es un *pluralismo de servicio* más que un *pluralismo interno*. Por último, se confía el control externo a una Comisión del Congreso. Resumiendo, que el servicio público ha de estar al servicio del pluralismo, pero, en la práctica, el propio servicio no se configura bajo tal principio de pluralismo más que de un modo muy deficiente.

El Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse sobre el pluralismo con ocasión del *caso Antena 3* (**STC 12/1982**), razonamientos luego reproducidos parcialmente por las **SSTC 106/1986, 206/1990, 31/1994**, entre otras. Vale la pena reproducir buena parte de su Fundamento Jurídico 6º. La televisión privada no viene

[572] **Rubio Llorente, F.** , op. cit. p. X.

[573] **García Llovet, E.**, *"El Estatuto de RTVE y la ley de la televisión privada"*, op. cit., p. 436, subraya que el pluralismo no puede reducirse al político, *"aunque* -dice- *éste puede considerarse su proyección más significativa"*. El autor califica de *pluralismo positivo* este servicio de fomento de la pluralidad de la sociedad frente a un *pluralismo negativo* consistente en una pura neutralidad ideológica. En apoyo de esta lectura positiva del pluralismo invoca la STS (Sala 3ª), de 16 de febrero de 1993, que legitima una programación de RTVE específica en lengua catalana dentro de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

constitucionalmente exigida ni impedida y es una legítima decisión política del legislador, que puede adoptarse, en su caso, mediante Ley Orgánica...

> *"... y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el artículo primero de la Constitución sea como resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, ya que la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que preservar el pluralismo."*

El Tribunal, por tanto, señala al legislador como pauta de ordenación el pluralismo y le ofrece la opción[574] entre el pluralismo externo (*"...sea como resultante de las relaciones de conjunto..."*) o el pluralismo interno (*"... sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio...")* y subraya la necesidad de independencia frente al poder como la función institucional de los propios medios, *"... porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como ... desde los propios medios de difusión".* Pero, finalmente, entiendo que no se lleva el razonamiento a sus últimas consecuencias, pues se termina por concluir que los medios deben preservar el pluralismo, lo cual es cierto, pero no suficiente, porque para ser garantía del pluralismo social y político debe de existir pluralidad de medios ordenados, a su vez, de modo pluralista, afirmación que fundamentaremos después de examinar el derecho comparado. Y es que -recordemos- no sólo se pretende proteger el ejercicio de los derechos individuales, sino también *"la garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo democrático"* (**STC 240/1992**, FJ. 3º, **STC 20/1990**, FJ 4º).

La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada, retoma estas ideas y así en su Preámbulo se remite expresamente a esta jurisprudencia constitucional y reitera que la finalidad del servicio público debe ser, entre otras, contribuir al pluralismo informativo. En cuanto a la gestión indirecta por parte de la Sociedades concesionarias se inspirará en los mismos principios señalados en el art. 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, entre ellos el pluralismo (art. 2)[575]. La garantía de una expresión libre y pluralista de ideas y corrientes de opinión será uno de los criterios a atender por el Gobierno para adjudicar las concesiones (art. 9.1) y el que, por cierto, primero se cita, aunque para su interpretación no se precise ningún criterio objetivo. Ningún requisito de pluralismo interno se exige a las

[574] En este sentido **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 46

[575] Los principios del art. 4 del Estatuto vuelven a reiterarse en el art. 6 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres. Además, la Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres, impone (art. 1.3) a estas emisoras y a los operadores de telecomunicaciones por cable el respeto al pluralismo y a los valores de igualdad en los programas difundidos durante los períodos electorales, que serán garantizados por las Juntas Electorales.

concesionarias, aunque la Ley establece un sistema de transparencia y anti-concentración, que como veremos, es concreción práctica del principio de pluralismo externo.

Más radical es la interpretación de la libertad de cátedra como garantía institucional del pluralismo interno de los centros escolares[576], que se convierte en principio ordenador del proceso educativo, como se desprende de la **STC 5/1981**, en la que el Tribunal Constitucional armoniza la manifestación del pluralismo externo (el ideario del centro) con la manifestación del pluralismo interno (la libertad de cátedra).

En resumen, en nuestro ordenamiento el principio del pluralismo tiene una manifestación como pluralismo externo y en cuanto a las invocaciones de pluralismo interno son más retóricas que reales. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional habrá seguramente de ocuparse en el futuro del pluralismo informativo, pues, como afirma Rodríguez-Bereijo *"... el control que corresponde al Tribunal Constitucional respecto de la libertad de información se desplazará en el futuro, cada vez más, hacia la garantía del pluralismo de la información como expectativa de libertad frente al monopolio por los poderes económicos o políticos".*

Repasemos, ahora, la manifestaciones y el papel del pluralismo en el derecho comparado, para lo que nos remitimos a la sección 4ª del primer capítulo.

En Estados Unidos, la idea básica del *libre mercado de ideas*, que informa todo el sistema, exige de modo ineludible el más amplio pluralismo externo. Pero tampoco han faltado oportunidades para que el Tribunal Supremo exija a los licenciatarios de emisoras de radiodifusión que admitan manifestaciones del pluralismo interno (casos *Red Lion,*1969, *Metro Broadcasting,* 1990).

En el caso del Reino Unido, el servicio público encarnado por la BBC ha apostado por un pluralismo de mensajes, antes que por un pluralismo organizativo interno, completado por el pluralismo externo de la televisión comercial. Como alternativa a este sistema, el informe Annan propuso una conjunción de pluralismo interno-externo, en el que el servicio público se hubiera puesto al servicio de cualquier grupo que tuviera algo que comunicar, propuesta que fue arrumbada por las ideas inspiradas en la doctrina conservadora de la *public choice*[577].

En Francia, a partir de 1982, las decisiones del Consejo Constitucional controlando el nuevo derecho audiovisual en sus sucesivas versiones legislativas han subrayado también el principio del pluralismo, que es en sí mismo un objetivo de valor constitucional (sentencia de 18 de septiembre de 1986). La sentencia citada considera que el art. 11 de la Declaración de 1789 no sería efectiva si el público al que se dirigen los medios de comunicación no pudiera disponer, tanto en el sector público como en el privado de programas que garanticen la expresión de tendencias en el respeto a la verdad de la información y en consecuencia la libertad de explotación de los servicios de telecomunicaciones podía ser limitada para garantizar esta expresión pluralista de las

[576] **Fernández-Miranda y García Sanz**, op. cit. p. 548 y ss.

[577] **Curran y Seaton**, op. cit. p. 302.

corrientes de opinión[578]. Es decir, es la libertad de recepción la que exige el pluralismo de los mensajes.

El Tribunal Constitucional italiano también ha declarado el valor central del pluralismo en el sistema democrático. En su sentencia 148/1981indica al legislador la necesidad de instaurar un sistema de pluralismo, con carácter previo a la liberalización del medio, para así evitar situaciones de monopolio u oligopolio. Por su parte, la sentencia 826/1988 indicaba la necesidad del pluralismo interno y externo como garantía del derecho a recibir información[579].

Pero es sin duda la jurisprudencia constitucional alemana la que más ha profundizado en el sentido del pluralismo informativo. Como desarrollamos en su lugar (cap. 1, 4.4, al que nos remitimos y a la bibliografía allí citada) el Tribunal Constitucional interpretó la libertad de los medios como una libertad institucional, que exige la independencia frente al poder político y los poderes sociales y económicos. En el caso de la radio y la televisión comenzó por exigir pluralismo interno en los medios públicos, que habría de manifestarse en una organización democrática en la que estuvieran presentes las fuerzas sociales y políticas significativas y en la programación (oportunidad para todas las fuerzas relevantes, equilibrio, imparcialidad, respeto mutuo). Desde un principio se vinculó el pluralismo con la independencia-libertad del medio y se dejó claro que estos requerimientos eran exigibles tanto a las empresas públicas como a las privadas, si es que éstas llegaban a desempeñar el servicio. Pero es a partir de 1981, cuando se declara constitucional la ley de la televisión privada del Sarre, cuando al sistema se le añade el elemento de pluralismo externo. Pero ¡atención!, el pluralismo externo no excluye al pluralismo interno: no sólo los organismos públicos siguen regidos por las mismas instituciones, manifestación del pluralismo interno; las propias empresas de titularidad privada han de aceptar la presencia de las fuerzas relevantes en su organización cuando ese pluralismo externo desaparece o se reduce por debajo de un determinado nivel en su zona de cobertura.

La Constitución portuguesa, por su parte, recoge distintas manifestaciones del pluralismo: transparencia en la titularidad (art. 38.3); constitucionalización de las normas anticoncentración (art. 38.4); pluralismo interno en los medios públicos (art. 38.6); genéricamente, como confrontación de las corrientes de opinión (art. 39); derecho de acceso (art. 40).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el pluralismo es un objetivo que, con arreglo al art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puede limitar la libertad de expresión con vistas a garantizar al público la diversidad de informaciones, siempre que las medidas estatales que se adopten para su garantía sean necesarias en una sociedad democrática, proporcionadas al objetivo perseguido y estar contempladas en la ley[580]. El principio del pluralismo se encuentra también incorporado a los principios generales del derecho comunitario, en cuanto que desarrollado por las

[578] Véase **Gay, C.** , op. cit., pp. 249-250; **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. pp. 105-106.

[579] **Gay, C.**, op. cit. p. 252.

[580] *Caso Groppera*, 28 de marzo de 1990. Ver **Gay, C.**, op. cit. p. 254.

constituciones, legislaciones y jurisprudencia de los distintos países. Concretamente, el Tribunal de Justicia en el *caso Veronica* (13 de febrero de 1993) ha fallado que una norma nacional para garantizar el pluralismo puede prevalecer sobre las libertades comunitarias de circulación de capitales y prestación de servicios[581]. Además, en el derecho comunitario, el pluralismo informativo se entrecruza con las normas para garantizar la libre competencia, de lo que nos ocuparemos al tratar de las garantías contra la concentración informativa[582].

Después de esta revisión estamos en condiciones de profundizar en la naturaleza, alcance y modalidades del pluralismo. Empecemos por la naturaleza. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le ha dado consideración de límite a la libre expresión, lo que tiene la ventaja de que su aplicación puede controlarse de acuerdo con los principios sentados por el Tribunal en la interpretación de la clúsula limitativa del 10.2. El Libro Verde sobre Concentración y Pluralismo[583], después de examinar las constituciones y la jurisprudencia de los distintos países llega a la conclusión de que el pluralismo es una limitación, que no puede considerarse contenido esencial del derecho fundamental a la información. En cambio, para Gay[584] -siguiendo el razonamiento de la ley francesa de 27 de septiembre de 1986- se trata de una garantía a las libertades de expresión e información, que puede conllevar restricciones, entre otras, a la libre explotación de los servicios de telecomunicaciones. Que la aplicación del principio puede conllevar restricciones es indudable; la cuestión es determinar si estas afectan sólo a la libertad de empresa o también a la libertad de creación de empresas informativas, derivada esta última del derecho a la información.

La respuesta reside en considerar el pluralismo como principio ordenador de las relaciones jurídico-informativas; de este modo, las restricciones a la libertad de empresa informativa no son tanto límites externos como exigencias internas del derecho a la información, o si se quiere límites internos. El pluralismo será límite externo a la libertad de empresa, en general, pero será límite interno, exigencia ordenadora de la libertad de empresa informativa, si consideramos a ésta como una emanación del derecho fundamental a la información[585]. Y este principio ordenador opera tanto en las relaciones entre empresas informativas (pluralismo externo) como en el propio seno de la empresa informativa (pluralismo interno). Para la concepción liberal basta dejar en libertad a las fuerzas del mercado; los consumidores decidirán que voces deben permanecer para

---

[581] Véase **Jimena, L.**, op. cit. pp. 13132-3; **Gay, C**, op. cit. p. 110.

[582] *"En más de una ocasión se ha dicho que el Derecho de la Competencia en el ámbito de los medios de información debe ceder ante las exigencias del pluralismo (Gómez-Reino, García Llovet, Bastida), pero también podría decirse en justo título que la aplicación de las normas de competencia puede reforzar la garantía constitucional de la libertad de expresión. Ambas proposiciones no son, bien miradas, contradictorias. "* **Baños León, José María**, *" La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia"* en Derecho Europeo del Audiovisual., op. cit. p. 747

[583] *Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior,* COM (92) 480 final, 23 dic. 92, pp. 15-18.

[584] op. cit. p. 256.

[585] Para **Desantes, J. M.**, *La formación del informador*, op. cit. p. 72, el pluralismo es condición positiva para que el derecho a la información garantice el desarrollo pleno de las libertades:*" La primaria de estas condiciones, pues de ellas se deducen las demás, es el pluralismo informativo. Si existe un ejercicio libre del derecho a la información, existe también la libertad de creación de medios y, para que esta libertad sea efectiva, ha de existir igualmente la libertad de constitución de empresas informativas. El reconocimiento -no concesión- de tales libertades depende del Poder."*

mediante su confrontación alcanzar la Verdad. Pero desde una perspectiva institucional, si se desea la presencia del mayor número posible de voces, habrá de actuarse sobre el mercado para que la libertad de empresa informativa no desemboque en monopolio, o, más probable, en oligopolio. Aparecen así las normas sobre transparencia[586] y limitadoras de la concentración, que no pueden considerarse limitaciones a la libertad de empresa informativa, sino a la libertad de empresa, o, más exactamente, ordenación del mercado. El pluralismo externo es condición de la libertad del medio.

La pluralidad de empresas informativas no garantiza la facultad de difundir mensajes más que a sus titulares. Garantizar la independencia y participación de los profesionales y abrir cauces a la expresión del sujeto universal exige establecer formas de pluralismo interno en el seno de la propia empresa informativa.

Quisiera insistir en la complementariedad de las medidas de pluralismo interno o pluralismo externo, o, dicho en otros términos, de libertad externa y libertad interna de los medios. Está bastante generalizada la posición de quienes piensan que el objetivo en una sociedad democrática es lograr el máximo pluralismo externo y que las medidas de pluralismo interno sólo tienen sentido en situación donde el externo no existe o se halla muy limitado[587]. O, que el pluralismo interno ha de exigirse a las empresas públicas, pero no a las privadas, que con su propia existencia ya garantizan el pluralismo externo. Vimos, sin embargo, como en Alemania, en ciertos supuestos, se exige a las empresas privadas de radiodifusión medidas de pluralismo interno, que les asemeja a las públicas. Y es que el pluralismo interno multiplica el pluralismo externo y si en las empresas públicas viene obligado por su propia neutralidad ideológica, en las empresas privadas su introducción sirve a su función pública, pero con una doble condición: que no anule su independencia editorial y que no imponga insoportables cargas económicas a empresas que tienen entre sus finalidades la legítima obtención de beneficios.

Además, la pluralidad de empresas informativas no garantiza la diversidad de los mensajes; como señala Sartori[588] la competencia entre medios de comunicación no

---

[586] Autores (por ejemplo, **Lange, Bernd-Peter,** *"The adoption of transparency measures in relation to the ownership of media enterprises"* en Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit., p. 772) y algunos ordenamientos jurídicos conciben las exigencias sobre transparencia de la titularidad como un medio para evitar la concentración. Sin embargo, el poder precisar la identidad de quien determina o influye en la naturaleza de los mensajes es básico para la elección consciente y la interpretación de estos mensajes; es, en definitiva, una exigencia de la libertad de recepción.

[587] Así creo que puede interpretarse la defensa de la que Bastida (**Bastida, F.**, *El régimen jurídico de la comunicación social*, op. cit. p 12), denomina concepción o perspectiva democrático-procedimental, según la cual la garantía preferente de las libertades de expresión e información *"... debe recaer en todos aquellos aspectos subjetivos y objetivos de esas y otras libertades que redunden en la creación real y efectiva de pluralismo, o sea, del mercado abierto de ideas y opiniones. La garantía de las condiciones de producción de ese mercado traerá como consecuencia el que la opinión pública se forme de manera libre y plural".* Y de modo más expreso en el debate incluido en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 115: *"La intervención estatal no está legitimada en la búsqueda de un óptimo pluralismo, sino cuando el pluralismo cae por debajo de un mínimo intolerable o cuando no surge de manera espontánea ese mínimo pluralismo. y si ese mínimo pluralismo externo no es posible, deben arbitrarse medidas para propiciar un pluralismo interno en cada cadena de televisión".* En el mismo sentido, **Sáinz Moreno, F.**, op. cit., p. 210 y **González Navarro, F.**, op. cit., pp. 268-270.

[588] *"Siempre he sostenido* -dice **Sartori, G.**, op. cit. p. 140- *que la analogía entre mercado económico y mercado político, entre competencia de productores de bienes y competencia de partidos, es una analogía débil. Pero se diría que la competencia entre los medios de comunicación funciona aún peor que la competencia política -en cuanto a la autocorrección-. Las grandes cadenas de televisión americanas se imitan de un modo excesivo. Graher observa sarcásticamente (1984, pág. 80) que 'los medios de comunicación rivalizan en conformismo'. De hecho, ocho de cada*

produce beneficios concurrentes, sino más bien un deterioro de ese producto que son los mensajes. En este sentido, los mensajes no sólo deben respetar los límites internos (veracidad y por extensión imparcialidad) y los límites externos, sino deben tener un carácter plural, de modo que los intereses de las minorías también queden atendidos[589]. Cuanto mayor sea el pluralismo externo y éste se encuentre complementado por medidas de pluralismo interno, mayores serán las posibilidades de que los mensajes sean plurales, pero eso no impide establecer medidas específicas para garantizar el pluralismo de los mensajes como un fin autónomo. En el medio de radiodifusión ello dará lugar a lo que se ha dado en llamar programaciones de servicio público.

Hasta ahora hemos tratado del pluralismo de manera general, pero el pluralismo, en cualquiera de sus manifestaciones, se produce en relaciones jurídico-informativas con un ámbito territorial determinado, o, por mejor decir, que afectan a un público o audiencia específico. El público, el ámbito de difusión, puede ser local, comarcal, regional o de comunidad autónoma, nacional, europeo, global... En cada ámbito hay una agenda informativa en función de las prioridades de la comunidad y determinando éstas en un proceso interactivo en el que participan los distintos agentes comunitarios. La atención viene fijándose en el ámbito nacional, ligado a la soberanía; pero las comunidades políticas se estructuran cada vez más en una red y el concepto soberanía va perdiendo importancia. Por tanto, el pluralismo, tanto externo como interno debe darse en esos distintos ámbitos, o respecto a esas audiencias específicas. En el ámbito universal o global, por el momento, la información se dirige a las élites nacionales, pero acontecimientos mediáticos como los oscars, la muerte de lady Di, los viajes del Papa... etc. concitan un interés universal, amplificado por los medios nacionales.

Resumiendo, el pluralismo es **principio ordenador** de las relaciones jurídico-informativas y puede manifestarse como:

- **Pluralismo externo**. Libre concurrencia de empresas informativas en un medio ordenado para lograr el mayor número de voces diversas. Exige medidas de transparencia y anticoncentración. Pero este pluralismo externo no tendría ningún sentido si estas empresas no pudieran acceder libremente a todas las fuentes, ya directas, ya indirectas, como, por ejemplo, las agencias informativas. Por tanto, el pluralismo externo exige *pluralismo de fuentes*.
- **Pluralismo interno**. Manifestación del pluralismo social en el seno de las empresas informativas. Es complementario al pluralismo externo y exige garantizar la independencia profesional y establecer cauces para la influencia social sobre la orientación

diez noticias son las mismas, en todas las cadenas. Como ya he tenido ocasión de destacar (Sartori, 1995, pág. 41) , los supuestos competidores juegan sobre seguro: en lugar de diferenciarse se superponen». Evidentemente, no todas las competencias son iguales en sus resultados 'virtuosos'. En este sentido, sólo podemos tomar nota del hecho de que la competencia entre los medios de comunicación no produce beneficios concurrentes, sino más bien un deterioro de los productos."

[589] Según **Saavedra, Modesto,** en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado sobre contenidos televisivos (BOCG, Senado, 11 de abril de 1995, p. 31) *"... El público tiene derecho a recibir información por cualquier medio de difusión como reverso de la libertad de expresión. Pero también el derecho a la información libre y veraz se basa en el pluralismo que garantiza el contraste informativo y, por ende, la posible objetividad de la información. No obstante, el pluralismo exige el respeto de las minorías culturales, lo cual está reñido con las leyes del mercado. Es así como los medios de comunicación traicionan o incumplen sus funciones informativa, cultural y educativa"*

editorial de la empresa informativa (*pluralismo organizativo*) y, sobre todo, como posibilidad real de difundir esporádicamente y en determinados supuestos mensajes por parte de los grupos sociales significativos y aun por los individuos (*derecho de acceso*).

• **Pluralismo de los mensajes**. Si existe pluralismo externo e interno hay muchas posibilidades de que los mensajes sean plurales, pero, además de exigir el respeto a los límites externos e internos, puede ser necesario ordenar los medios de forma que las empresas informativas tengan frente a su audiencia el deber de difundir unos mensajes plurales.

• **Pluralismo de los medios**. El pluralismo interno, externo y de los mensajes debe de manifestarse en todos los medios y exigirse y evaluarse en los diversos ámbitos informativos.

El pluralismo se convierte, así, en la clave de la ordenación de las relaciones jurídico-informativas y pone en conexión los derechos subjetivos de los distintos sujetos con su dimensión institucional, las llamadas libertad interna y externa de los medios. Por tanto, respondiendo de nuevo (ahora sintéticamente) a la pregunta sobre cuál debe ser la actitud del Estado respecto a las relaciones juridico-informativas la respuesta es *garantizar el pluralismo informativo*[590] *y los derechos de los sujetos informativos.*

Pluralismo informativo y derechos individuales están íntimamente relacionados. Las libertades de los distintos sujetos que confluyen en la relaciones jurídico informativas, tanto las derivadas del derecho a la información, como las que tienen su origen en otro título (como el derecho de propiedad o la libertad de empresa), pueden hacerlo armónicamente o puede producirse un conflicto entre estas libertades. El principio ordenador del pluralismo servirá de pauta para resolver el conflicto.

En el supuesto de la confluencia armónica, el ejercicio de unas libertades sirve a la realización de otras. Y esto será así precisamente en la medida en que se reconozca por todos que las respectivas libertades no son absolutas, que son formas de ejercicio de un derecho, a los cuales su naturaleza impone unos límites objetivos intrínsecos o que, dicho de otra manera, deben de ejercerse conforme su función pública. Además, la actuación de cada sujeto debe responder a su posición en la relación. Más concretamente, de la posición mediadora del sujeto organizado y del sujeto cualificado resulta su deber de informar. En este supuesto de confluencia armónica de las distintas libertades, quien tiene la información debe informar; al deber de informar del profesional y la empresa

[590] Vale la pena recordar aquí una de tantas recomendaciones de compromiso con el pluralismo, nunca seguidas, en cuanto que entrañan un régimen de excepción desde la óptica de la libertad de empresa para las empresas informativas, Se trata del **Informe Lindon** (*"Informe sobre los problemas planteados por las sociedades de redactores en Francia"* en Textos y Documentos: temas políticos y sociales, Servicio Informativo Documental Español, nº 0, Madrid, 1971) que tuvo en los años 70 bastante repercusión en Francia e incluso en España. Ante el problema de la legitimidad de las sociedades de redactores, el informe llegaba a las siguientes conclusiones: El Estado no puede garantizar un medio informativo para cada ciudadano, ni siquiera para cada una de las familias de pensamientos (expresión característica de la doctrina francesa para referirse a los grupos político-ideológico significativos, sobre todo con una referencia histórica en las familias ideológicas que colaboraron en la Resistencia). Pero el Estado puede y debe a) asegurar una calidad informativa (reprimir los abusos de la libertad y elevar el nivel cultural y profesional de los periodistas); b) asegurar la independencia (frente al poder político mediante la ley; frente al poder económico, distinguiendo entre la publicación y la sociedad editora); c) asegurar la plural expresión de las opiniones (mediante la vigilancia de los procesos de concentración y mediante un organismo público que facilite a los grupos de pensamiento los medios técnicos para la edición de periódicos. La Comisión concluía que los redactores debían participar en la designación del director de la publicación e influir sobre las modificaciones de propiedad que pudieran incidir sobre el equipo editorial..

corresponde una facultad de exigir información por parte de la persona y el público. Y no cualquier información, sino, precisamente, la necesaria, la que da cuenta de los hechos relevantes sin cuyo conocimiento el individuo no puede convertirse en ciudadano.

En la confluencia armónica todas las libertades pueden ejercerse plenamente, con tal de que se respeten los límites internos[591] y externos. En cambio, en la confluencia conflictiva es imposible la realización absoluta e irrestricta de todas las libertades en presencia. Así, por ejemplo, cuando una persona, un grupo social o unos profesionales requieran a una empresa informativa para expresarse o informar mediante ella, supuesto en el que ni la pretensión de difundir por los que no son titulares de la empresa puede realizarse de modo incondicionado, ni puede satisfacerse sin sacrificar en alguna medida los derechos del titular. La confluencia conflictiva se resuelve, por tanto, en una colisión de derechos[592].

La ley debe ordenar las relaciones jurídico-informativas, intentando lograr el mayor grado de pluralismo, mediante la modalización o armonización de estos derechos[593]. Esto es, establecer modos de ejercer las distintas facultades que permitan el mayor grado posible de satisfacción de todas ellas, con el menor grado posible de sacrificio para cada una. Para ello, el legislador puede guiarse por las distintas manifestaciones del criterio del pluralismo, de modo que se logre un equilibrio armonioso (que no igualitario) de los poderes de los distintos sujetos, al tiempo que se satisfaga la función pública de la relación[594].

Pero claro es, el legislador no puede prever todos los supuestos de conflicto. Surge entonces la verdadera colisión de derechos. La técnica habitualmente se utiliza para resolver la colisión entre dos derechos distintos, pero es perfectamente aplicable cuando estamos ante sujetos que pretende ejercer facultades distintas, pero pertenecientes al contenido esencial del mismo derecho fundamental, en nuestro caso del derecho a la información. El aplicador del derecho deberá, primero, delimitar si cada una de las facultades invocadas pertenece al ámbito constitucional del derecho a la información; esto es, si estas facultades se encuentran comprendidas en la declaración constitucional, interpretada conforme su dimensión institucional y el criterio del pluralismo informativo. Si la respuesta es afirmativa, habrán, entonces de ponderarse, aplicando el principio de proporcionalidad, de modo que la restricción en el ejercicio de una facultad resulte

---

[591] Podríamos distinguir entre límites internos objetivos y subjetivos. Límites internos objetivos son aquellos requeridos por la propia naturaleza del derecho (por ejemplo, la veracidad de las informaciones), mientras que los límites internos subjetivos se refieren a la actitud del sujeto (buena fe).

[592] Sobre colisión y armonización nos remitimos con carácter general al capítulo 1º , 5.5.

[593] Según **Garrido Gómez, Mª Isabel**, *"Datos personales y protección del ciudadano"*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 87, 1997, p. 80, *"Es necesario.... , buscar criterios para la coordinación de los derechos fundamentales. Cuando concurren ha de compaginarse su ejercicio teniendo en cuenta la elasticidad, dos derechos concurrentes son susceptibles de comprimirse recíprocamente, sin llegar nunca a anularse, si uno de ellos desaparece porque no se ejercita, o por otra causa objetiva, el otro recupera toda su dimensión."*

[594] Entiendo que están en la misma línea observaciones como las de **Gómez-Reino, E.**, op. cit., p. 30 cuando refiriéndose a la legislación española afirma: *"Se echa en falta también un reparto del poder en el seno de las empresas privadas de comunicación. Esto es, la determinación en una ley de los derechos constitucionales que le corresponden en el seno de esas empresas a los propietarios, directores y periodistas, para evitar mutuas interferencias y condicionamientos en el ejercicio de los derechos y, también, obligaciones constitucionales."*

imprescindible, apropiada al fin buscado y proporcionada a la satisfacción de la otra u otras facultades. En cuanto a criterios[595], nos remitimos, una vez más al del pluralismo, en sus distintas modalidades.

Examinaremos a partir de ahora todos estos principios en las relaciones jurídico-informativas que se producen en los medios audiovisuales.

[595] **González Encinar, J.J.**, op. cit. pp. 24-25, pedía al legislador criterios para la ponderación en el caso de la televisión: *"...Los bienes constitucionales no entran en colisión en abstracto, sino en concreto, en un determinado caso, y es en relación con el caso y con las circunstancias relevantes del mismo como ha de producirse la ponderación. Es obvio que no se puede ponderar lo que no se conoce, y de ahí la necesidad... de una previa definición de las funciones de la televisión (y, a través de ellas, de los bienes constitucionales que con su actividad se quiere proteger), y de una previa delimitación de los derechos fundamentales afectados. Y también decíamos que la ley no puede prever todas las hipótesis de colisión entre derechos fundamentales, o entre uno o varios derechos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Pero lo que sí se puede hacer, y además se debe de hacer y con urgencia, es desarrollar en la dogmática los adecuados criterios para la solución de dichas colisiones. "*

2. Los medios audiovisuales

Hasta este punto todo nuestra reflexión se ha referido a la información en general, sin concretar ningún medio en particular. En lo que resta de este segundo capítulo estudiaremos las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales que difunden sus mensajes por transmisión. Estableceremos, así, el contexto en el que construir en el siguiente capítulo el concepto de libertad de programación.

2.1. De la radiodifusión al multimedia: la convergencia de los medios

Como se expuso en la introducción, esta tesis se circunscribía originariamente a la radiodifusión (radio y televisión), pero los desarrollos tecnológicos y la convergencia de los medios aconsejan ampliar el objeto a los medios audiovisuales. Y es que los mensajes audiovisuales, por encima de las peculiaridades técnicas del medio radiodifusión, más allá de la innegable capacidad de influencia de la imagen, suponen -como veremos- una forma de comunicación radicalmente distinta de la verbal o escrita, de la comunicación discursiva. Pero, en cambio, nuestro objeto no serán todos los medios audiovisuales, sino sólo aquellos en los que la difusión procede mediante la emisión -lo que nos remite a la radiodifusión, pero a *algo más* que a la radiodifusión clásica. Pero comencemos por clarificar los conceptos más clásicos.

Nuestra primera referencia son las disposiciones de derecho internacional. Veamos las definiciones del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Málaga-Torremolinos de 1973 (ratificado por España el 29 de abril de 1976)[596]:

> ***Telecomunicaciones:*** *"toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos".*
>
> ***Radiocomunicación:*** *"toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radioeléctricas".*
>
> ***Radiodifusión:*** *"servicios de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género".*
>
> ***Ondas radioeléctricas u ondas hertzianas:*** *"Ondas electromagnéticas, cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 Gigahertzios, que se propagan por el espacio sin guía artificial".*
>
> ***Espectro de frecuencias radioeléctricas:*** *"Es el conjunto de ondas radioeléctricas cuya frecuencia está comprendida entre 3 kilohertzios y 3.000 Gigahertzios...".*

[596] Las definiciones de telecomunicación, radiocomunicación y dominio público radioeléctrico (que no proviene del Convenio de Telecomunicaciones) se reiteran actualmente en el Anexo de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, como anteriormente lo hiciera la Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones, que recogía también las nociones de ondas radioeléctricas y espectro de frecuencias radioeléctricas.

> ***Dominio público radioeléctrico:*** *"Es el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas".*

Por tanto, en el marco internacional el concepto de radiodifusión implica la difusión a un público general mediante la transmisión por el espacio a través de ondas radioeléctricas e incluye tanto a la radio y a la televisión[597]. Es el concepto clásico de radiodifusión, que, sin embargo, en nuestro derecho ha sido adaptado frecuentemente a las necesidades legislativas de cada momento. Así, la Ley 4/1980 del Estatuto de la Radio y la Televisión no respeta los términos aceptados internacionalmente y opera una notable ampliación del ámbito, tanto de la radio como de la televisión:

> *"Se entiende por radiodifusión la producción y difusión de sonidos mediante emisiones radioeléctricas a través de ondas o mediante cables, destinadas mediata o inmediatamente al público en general o bien a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artístico, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios."* (art. 1.3).

> *"Se entiende por televisión la producción y transmisión de imágenes y sonidos simultáneamente, a través de ondas o mediante cables destinados mediata o inmediatamente al público en general o a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios."* (art. 1.4).

A mi modo de ver lo más censurable -por la confusión que introduce- es el empleo del término radiodifusión para la radio. La confrontación de estas nociones con las del Convenio Internacional plantea ya algunos de los problemas que habremos de resolver en este apartado:

- **Medio de difusión**. Si según la definición internacional sólo es radiodifusión la que se difunde por emisión, esto es, por las ondas radioeléctricas a través del espacio, el Estatuto incluye también la transmisión mediante cable;
- **Difusión pública**. Si para la definición internacional la difusión va destinada al publico en general, la ley española matiza que el destinatario puede ser el público en general o un sector del mismo, precisión obligada al incluir la difusión mediante cable;
- **Producción**. El legislador español incluye en el concepto de radiodifusión (radio) y televisión la producción de los respectivos sonidos e imágenes.

Y es que una cosa es la regulación internacional de una modalidad de telecomunicaciones y otra la ordenación (nacional) de un medio de comunicación, o, para ser más exactos, su reserva estatal como servicio esencial[598]. Las definiciones del

[597] Reiteramos, una vez más, que cuando utilizamos el término radiodifusión nos referimos genéricamente a la radio y la televisión.

[598] **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 112, no considera técnicamente correcto extender la denominación de radiodifusión a la radio y la televisión por cable, aunque termina por afirmar que el cable es una modalidad avanzada de radiodifusión. Por su parte, **Esteve, J.**, op. cit. p. 101 y ss. cuestiona que en esta definición, que comporta la declaración de servicio público, se incluya el cable, la actividad de producción y se equiparen las emisiones destinadas a un público general y las destinadas a un público específico. Para él la televisión declarada servicio público debiera ser exclusivamente la transmisión simultánea por ondas hertzianas de imágenes y sonidos (o el cable si a través de este medio se emite también la imagen al público en general).

Estatuto, luego seguidas en parecidos términos por las normas posteriores, no hacen sino considerar globalmente el fenómeno social de la transmisión de sonidos e imágenes con carácter público. Por eso se incluye la producción y por eso se hace una consideración general de la difusión al público -elemento distintivo de la comunicación social y diferenciador de los puros servicios de telecomunicaciones[599]- que no tiene porque ser *masivo e indeterminado*, pero sí *general*, esto es, que aunque sólo sea una parte del público (los que han concluido el correspondiente contrato de suministro a través del cable) a la que vaya destinado el mensaje, el acceso a la recepción no puede ser discriminatorio. Ciertamente, no dejará de tener consecuencias que la audiencia sea general o específica y que en este último caso, además, se haya adoptado una actitud activa como receptor, pero no por ello la difusión deja de ser pública.

La definición correspondiente a la televisión fue derogada por la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, que en su art. 25. 2 declaraba a la televisión como servicio de difusión e incluía esta nueva definición:

> *"Se entiende por televisión la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio".*

Como se ve, desaparece la mención a la producción -pues la finalidad de la norma es ordenar las telecomunicaciones- pero se avanza en cuanto a la ampliación de los sistemas de transmisión: se considera televisión la transmitida por ondas electromagnéticas propagadas por cable, satélite, por el espacio o por cualquier otro medio. Es decir, lo característico de la televisión es incorporar un mensaje audiovisual al soporte de las ondas radioeléctricas, que podrán luego ser difundidas por medios diversos.

El derecho comunitario, a la hora de plantearse la armonización de los derechos nacionales para posibilitar una televisión transnacional, realiza también una definición extensiva de televisión. Según el art. 1 de la Directiva 89/552/CEE, se entenderá por televisión:

> *"...la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público. Este concepto comprenderá la comunicación de programas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por finalidad la emisión de televisión destinada al público. Por el contrario, no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones, prestados previa petición individual, cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares."* [600]

---

[599] En éstos, la comunicación se produce entre dos puntos (a lo sumo, entre varios, pero limitados puntos, como en los sistemas de múltiplex) y suele producirse de modo interactivo; en la comunicación social desde un solo punto se transmite a un pluralidad de puntos y no existe interactividad o ésta es muy limitada. Como se verá la distinción es cada vez menos nítida.

[600] Definición recogida en el art. 3 a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al derecho español la citada directiva. El proyecto de ley de modificación de la Ley 25/1994 (BOCG, Congreso, serie A, nº 104-1, de 24 de febrero de 1998) respeta esta definición y añade la de operador de televisión: *"La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo al apartado a) y la transmita o la haga transmitir por un tercero."*

Los medios de transmisión van ensanchándose, mientras que se excluye expresamente los servicios de telecomunicaciones de valor añadido previa petición, lo que plantea la duda de si la televisión o el vídeo a la demanda (técnicamente todavía en fase muy elemental, y más en 1989) estarían incluidos o no el ámbito de la armonización.

La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de la televisión por satélite, remitiéndose a la definición de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, distingue, una vez más, lo que son servicios de telecomunicaciones y lo que son transmisiones al servicio de un medio de comunicación social. Así, su art. 1 excluye de su ámbito la distribución, contribución e intercambio vía satélite de señales de televisión no susceptibles de ser recibidas por los usuarios mediante antenas receptoras domésticas[601].

Por su parte, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable[602] define como servicio de telecomunicaciones por cable *"el conjunto de servicios de telecomunicación consistentes en el suministro, o en el intercambio, de información en forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada mediante redes de cables."* Es decir, este servicio de telecomunicaciones puede difundir mensajes audiovisuales (el art. 12 se refiere específicamente al contenido de la programación audiovisual), aunque no exclusivamente.

A la vista de este repaso por las definiciones normativas podemos establecer una noción amplia de radiodifusión sobre la base de los siguientes elementos:

- Radiodifusión es equivalente a radio y televisión;
- Radiodifusión es transmisión pública[603] de mensajes audiovisuales;
- La difusión pública supone un destinatario público, ya sea general, ya sea específico;
- Los mensajes audiovisuales se incorporan a un soporte (señal) eléctrico;
- Este soporte se transmite mediante emisión terrestre, por satélite[604] o por cable[605];

[601] Nada aporta en nuestra actual búsqueda la Ley 37/1995, que liberaliza los servicios de telecomunicaciones por satélite, que si bien excluye de su ámbito (art. 4) los servicios de radiodifusión sonora terrenal, los servicios de difusión de RTVE y las concesionarias del servicio público y el servicio portador de estos servicios es, no porque sean o dejen de ser radiodifusión o telecomunicaciones, sino porque se mantiene su carácter de servicio público, que para las demás transmisiones vía satélite desaparece. Tampoco la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres, cuyo objeto *"es la emisión o transmisión de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora terrenal"* en el ámbito municipal (art. 1). Para liberalizar el régimen de la televisión local por ondas terrestres está en tramitación parlamentaria un proyecto de ley (BOCG, Congreso, seria A, nº 30-1, de 17 de febrero de 1997).

[602] Modificada por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que no modifica esta definición.

[603] La vigente ley de Propiedad Intelectual (R.D. Legislativo 1/1996, 12 de abril) engloba bajo el concepto de *comunicación pública* tanto las formas de emisión como las de exhibición o representación: *"Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo"* (art. 20.1) (redacción dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo).

[604] La Ley de Propiedad Intelectual se detiene a definir (siempre a sus efectos) la emisión terrestre y la emisión a través de satélite. Se considera comunicación pública (art. 20.2) *"c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión*

- La transmisión puede ser *analógica* o *digital* [606];
- La recepción puede ser libre (*abierta)* o condicionada;
- Los mensajes audiovisuales se ordenan en programas y éstos en un Programa.

Una primera consecuencia jurídica puede ya avanzarse a partir de esta noción amplia: la emisión de ondas radioléctricas no es el único modo de transmisión de la radiodifusión y ello tiene consecuencias para su régimen y de modo muy especial para la declaración de servicio público.

Con este alcance utilizaremos a partir de ahora el término radiodifusión. Pero la radiodifusión, aun ampliamente considerada, no agota los medios audiovisuales. Intentaremos ahora establecer algunos de los rasgos característicos de los mensajes y el lenguaje audiovisual, deslindar y establecer las relaciones de la radiodifusión de otros medios audiovisuales, al tiempo que iremos trazando las diferencias entre radio y televisión.

Como pórtico a esta parte de la exposición nos referiremos a un caso judicial en el que se evidencian bien las dificultades de aplicar los criterios abstractos del lenguaje discursivo a los mensajes audiovisuales y a su lenguaje peculiar.

Nos referimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), de 8 de marzo de 1993 en una demanda publicitaria[607]. Coca Cola demanda a Pepsi Cola por publicidad comparativa, denigrante y engañosa, supuestos incluidos en el concepto general de ilicitud que recogen los arts. 3 y 6 de la Ley General de Publicidad. En un anuncio televisivo, un cantante de *rap* deja de interpretar su característica música cuando le suministran un vaso de cola de una marca sin identificar y empieza a cantar una balada en la que se escucha la palabra *feeling*; luego vuele a su anterior y enloquecido ritmo cuando, los jóvenes que le escuchan, que desaprueban el cambio, le lanzan una lata de Pepsi, que bebe de un trago. Para Coca-Cola el primer refresco no puede ser más que el suyo, pues la marca domina un 80% del mercado y, además, *feeling* es palabra característica utilizada en sus campañas para identificar el producto. La Audiencia desestima estos argumentos, realizando un análisis racional y no de las sensaciones e

comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sin a través de entidad distinta de la de origen. d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación...".

[605] Si hasta aquí nos hemos referido al cable como sistema de telecomunicaciones de alta capacidad, gracias a la utilización de la fibra óptica, hoy podemos hacer extensivo a las redes telefónicas este concepto de cable como medio de transmisión de mensajes audiovisuales, redes que comienzan a ser capaces de trasmitir vídeo, gracias a las nuevas técnicas de compresión de la imagen, sobre todo en el marco de Internet. La Ley de Propiedad Intelectual entiende por retransmisión por cable *"la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público"* (art. 20. 2 f9)).

[606] Las normas para la transmisión digital y el acceso condicionado vienen reguladas por la Ley 17/1997, de 3 de mayo, que incorpora la Directiva 95/47/CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y aprueba normas adicionales para la liberalización del sector (convalida el D.L 1/1997), a su vez modificada por el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, que modifica el último párrafo del art. 7 a) de la Ley 17/1997.

[607] Citado en **Llamas Pombo, Eugenio(coord.)** , *Libertad de expresión. Estudio jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997.

imágenes suscitadas por los anuncios. Por ejemplo, es cierto que la palabra *feeling* -como afirma la sentencia- puede que no tenga ningún significado para el público español, pero la imagen tranquila, apacible, que se quiere asociar con Coca Cola parece perjudicar a ésta entre el público más joven. El problema es de códigos audiovisuales. Y aunque se plantea también aquí el carácter transnacional de los mensajes y una cultural universal que se quiere imponer a través de los medios audiovisuales, lo que nos interesa aquí resalta es como los instrumentos tradicionales de análisis -y por supuesto los jurídicos- resultan poco afinados para enjuiciar los mensajes audiovisuales[608].

¿Qué es lo que caracteriza a esa forma de comunicación que se denomina audiovisual?. En primer lugar, que se trata de comunicación social: cuando hablamos cara a cara con alguien comunicamos con nuestra palabra, nuestros gestos, nuestra apariencia física, nuestro énfasis y en definitiva con todo nuestra corporeidad... Comunicamos con imágenes y sonidos, pero a nadie se le ocurre calificar a esta comunicación de audiovisual. Por tanto, cuando hablamos de comunicación audiovisual hablamos de la difusión pública de imágenes y sonidos. La primera comunicación audiovisual es la teatral: es difusión pública; es difusión de imágenes y sonidos ante un público que aunque mantiene su presencia física en el lugar de la representación mantiene una *distancia* frente a la misma; y es una difusión de imágenes y sonidos que pretende representar la realidad, con vistas a la identificación y la participación del público en la misma, de manera que viviendo una realidad distinta depure la propia mediante la *catarsis.* La ópera, el concierto, la interpretación musical, que intentan hacer participar al auditorio de una realidad distinta y sensitiva, participan de la misma naturaleza.

Así, pues, podemos decir que la comunicación audiovisual es la difusión pública de imágenes, palabras y sonidos con vistas a la *recreación* de la realidad y la *participación simbólica* del público en la misma. A estas finalidades cabe añadir la *informativa*, propia de la comunicación discursiva y capaz de producirse en la comunicación audiovisual, en cuanto que transmisora de la palabra.

Así, en el origen de los medios audiovisuales está el teatro y las diversas manifestaciones de los que podríamos denominar espectáculos de feria, versión popular del fenómeno profundo del teatro, espectáculos que, ante todo, pretenden sorprender. El cinematógrafo nacerá de la experimentación, pero se manifestará en un primer momento como una atracción más, en la que el público entra en la barraca oscura para maravillarse de que esa sombra cambiante, ese tren en movimiento, no termine por arrollarlos. Progresivamente, el cine ira vampirizando al teatro (y a la literatura de ficción, en general). El cine, y por extensión los medios audiovisuales, siguen presentando un componente de sorpresa, de lograr el asombro y la fascinación de la audiencia. La *fábrica de sueños* se convierte en gran industria y sus productos adquieren naturaleza propia.

[608] La dificultad de abordar el lenguaje audiovisual con los elementos tradicionales de análisis no puede llevar a usar otros más sofisticados que nieguen la evidencia de lo que muestran las imágenes. Así estima el Tribunal Supremo (STS 2/1997, de 29/11/97) que ocurrió con el la prueba pericial semiótico comunicativa propuesta por la defensa de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna.

La radio nace como medio de comunicación interpersonal, pero pronto se convierte en medio de comunicación social[609]. Si en un primer momento el reto es trasmitir a mayor distancia, luego de lo que se trata es de transmitir el mayor tiempo posible contenidos -sonidos- que atraigan la atención del público[610]. La música y la palabra llenan aquellas caóticas ondas de los años 20: el concierto interpretado ante los micrófonos, la lectura de la obra literaria y, muy pronto, la charla, la obra teatral y la obra dramática escrita ya ex-profeso... La radio es musical, dramática e informativa. Pero muy pronto se va a demostrar su capacidad de representación y reproducción de la realidad. Se trata de la célebre emisión dramática de *La Guerra de los Mundos*, en la que Orson Welles, utilizando técnicas de la radio informativa para dramatizar la novela de H.G. Wells, logra la movilización social de una población aterrada[611]. La realidad (la información) y la ficción se confunden. En su evolución, la radio, como el cine, se convierten en gran industria[612], que supera en importancia a la hasta entonces principal industria del conocimiento, la prensa.

Para Faus, si la radio nace de auténticas necesidades sociales, la televisión es fruto de la industria (electrónica) y el marketing[613]. Aunque esta afirmación es demasiado radical, si parece más ajustado afirmar que la televisión nació con una vocación de sorprender, que culmina en la propia simbiosis de televisión y espectáculo. El citado autor caracteriza a la televisión -al menos en un primer periodo, entre 1941 y 1962- como un sistema secundario de comunicación, que descansa en otros de estructura diferente (el cine, la radio, el espectáculo)[614]. Personalmente, considero que tanto el cine, la radio, como la televisión se alimentan en su origen de otros medios, pero en su madurez transmutan los materiales ajenos en algo propio -y éste será uno de los efectos de la programación en radio y televisión. Faus[615] sostiene también que en el periodo del establecimiento de servicios regulares de televisión se ignoran los programas informativos por las dificultades técnicas que plantean, pero sobre todo porque el medio nace como medio espectáculo y en aquel momento la información en televisión sólo podía moverse entre dos polos, ambos poco espectaculares: la lectura de noticias (modelo radiofónico) o la difusión de imágenes informativas sin actualidad (modelo noticiarios cinematográficos). ¿Para qué informar si las audiencias crecían constantemente?. Desde que las grandes cadenas norteamericanas desarrollaron los programas informativos el factor espectáculo ha estado siempre presente y hoy es más acusado que nunca. Y es que la *espectacularidad* es seña de identidad del medio, que hasta para informar tiene que ganar la atención del espectador sorprendiéndole.

---

[609] En este proceso el papel de los radioaficionados es decisivo, véase **Faus Belau, Ángel**, *La era audiovisual. Historia de los primeros 100 años de la radio y la televisión*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1995, p. 19. Seguiremos la obra del profesor Faus en las referencias a la historia comparada de la radio y la televisión.

[610] Ibídem p. 29.

[611] Ibídem pp. 38-39.

[612] La posibilidad surgida a partir de 1933 de grabar el sonido en discos es un factor determinante para establecer una estructura industrial, **Faus, A.**, op. cit. p. 40.

[613] Ibídem, p.20.

[614] ibídem, p. 244

[615] Op. cit., pp. 224-225.

En la recreación de la realidad, los medios audiovisuales nos presentan un universo en el que las estructuras temporales son diferentes de nuestra percepción cotidiana. En primer lugar, rompen el principio de la irreversibilidad del tiempo, recreando épocas pasadas y hasta futuras. Además, *"... los medios de comunicación audiovisuales niegan la divergencia del tiempo. Nos cuentan historias cuyo encauzamiento está predeterminado. El telespectador puede conocer o no el final de la historia, pero sabe que esta historia ya está escrita, y que la aparente libertad de los personajes es ilusoria."* [616]. Ello introduce un factor de distancia en la capacidad de representar y recrear la realidad de los mensajes audiovisuales. Y esa misma distancia se aplica al acontecimiento trasmitido en directo, simultáneamente a su acontecer, que vivimos con la sensación de que participamos en él, pero con el convencimiento íntimo de que este *espectáculo* no nos compromete más que cualquier acontecimiento de ficción.

La capacidad de recreación de la realidad y la tendencia al espectáculo es mayor en el cine y en la televisión[617], por la fuerza de representación de la imagen, y menor en la radio, que tiene mayor poder de informar con un lenguaje discursivo, mientras que la televisión informa mostrando la realidad desde alguna de sus múltiples dimensiones. Pero, en todo caso, los mensajes audiovisuales tienen en común servir de medio para la participación simbólica en la realidad. Desde este punto de vista, los medios audiovisuales tienen una naturaleza y un lenguaje común, con especificidades importantes en cada caso que permiten hablar de lenguaje radiofónico, televisivo o cinematográfico.

Pero lo que introduce diferencias sustanciales entre unos y otros medios audiovisuales es el modo de difusión. La difusión es el momento central de todo el proceso informativo y en el que se enlazan las derechos y obligaciones de las relaciones jurídico-informativas. Técnicamente, la difusión puede hacerse por *edición, exhibición y emisión* [618]. En la edición, el mensaje, con carácter de obra unitaria, se incorpora a múltiples soportes, que serán posteriormente *distribuidos* físicamente para su adquisición por el público o, en su caso, reparto gratuito. Es el caso de la prensa, pero también del vídeo. También en la exhibición el mensaje se incorpora a múltiples soportes físicos, pero estas copias no se adquieren por el público, sino que son distribuidas entre los exhibidores que proceden a su *proyección*. Es el modo característico de la obra cinematográfica. Por último, en la emisión el mensaje se incorpora una sola vez al soporte, en este caso las señales radioléctricas, que se transmiten por ondas (mediante sistemas terrenos o por satélite) y cable. Por emisión se difunden la radio y la televisión.

Nuestro objeto preferente son los medios que se difunden por emisión, pero la naturaleza común de todos los medios audiovisuales y, en particular, el carácter de suministrador de productos del cine con respecto a la televisión invitan a un tratamiento

---

[616] **Durand, Jacques**, *"La répresentation du temps dans les médias audiovisuels"*, Communication et Langes nº 108, 2 trimestre 1996, traducido por Juan López Rubiá en Documentos RTVE nº 531, pp. 32-44.

[617] Cabe citar a este respecto la obra clásica de **Colombo, Furio**, *Televisión: la realidad como espetáculo*, Gustavo Gili, Barcelona, 1977. Del mismo autor y con las mismas tesis actualizadas, *"Últimas noticias sobre el periodismo"*, Anagrama, Barcelona, 1997.

[618] Véase **Corredoira y Alfonso, Loreto**, *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, Colex, Madrid, 1992, p. 358. Esta autora añade un cuarto modo, la *multidifusión*, que sería el propio de Internet. Véase ponencia en *Informe Comisión Especial del Senado sobre redes informáticas*, BOCG, Senado, Serie I, nº 812, 27 de diciembre de 1999, p. 20

global. Así lo viene haciendo la legislación francesa desde la ley de 29 de julio de 1982, que declaraba libre la comunicación audiovisual y el derecho de los ciudadanos a una comunicación libre y pluralista. El art. 2 de la ley de 30 de septiembre de 1986 define, en términos muy amplios, la comunicación audiovisual como *"la puesta a disposición del público... por un procedimiento de telecomunicaciones, de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o mensajes de cualquier de toda naturaleza que no tengan el carácter de correspondencia privada".* Este planteamiento supone, en principio, centrar la atención antes en los mensajes que en los medios, aunque luego esta ley y las que le han seguido se dedican a ordenar prolijamente los medios, tanto la cinematografía, como la radio y la televisión[619]. Por nuestra parte, en cuanto la libertad de programación afecta a las fases de creación y producción nos ocuparemos no sólo de la radio y la televisión, sino también de las obras cinematográficas, en cuanto que susceptibles de programarse por televisión. Ha de precisarse que cualquier afirmación realizada ha de entenderse válida tanto para la radio como la televisión -seguiremos refiriéndonos, así, a menudo, a radiodifusión- pero en gran medida nuestra estudio se centrará más frecuentemente en el medio televisión, por ser comunicativa y organizativamente más complejo y socialmente más influyente. Y también atenderemos a Internet, medio de medios, caracterizado por la multidifusión, en la medida en que es capaz de difundir mensajes audiovisuales programados.

Y para terminar este apartado es necesario referirse al fenómeno de la convergencia de los medios, que está difuminando las fronteras entre los medios de comunicación social y las telecomunicaciones.

Ramonet[620] describe en estos términos el fenómeno de la convergencia, que viene marcado tecnológicamente por la revolución digital:

> *"Finalmente, otro aspecto que se ha modificado es el de la especificidad de cada media. Durante mucho tiempo se podían oponer prensa escrita, radio y televisión. Ahora es cada vez más difícil contrastarlas, porque los media hablan de los media, los media repiten a los media, los media dicen todo y su contrario. Por eso constituyen cada vez más, una esfera informacional y un sistema que es difícil distinguir. Se podría decir igualmente que este conjunto se complica aún más a causa de la revolución tecnológica, esencialmente de la revolución digital. Hasta el momento tenemos tres sistemas de signos en materia de comunicación: el texto escrito, el sonido de la radio y la imagen. Cada uno de estos elementos ha sido inductor de todo un sistema tecnológico. El texto ha dado la edición, la imprenta, el libro, el diario, la linotipia, la tipografía, la máquina de escribir, etcétera. El texto se encuentra pues en el origen de un verdadero sistema, lo mismo que el sonido ha dado la radio, el magnetófono y el disco. La imagen, por su parte, ha producido los dibujos animados, el cine mudo, el cine sonoro, la televisión, el magnetoscopio, etcétera. La revolución digital hace que converjan de nuevo los sistemas de signos hacia un sistema único: texto, sonido e imagen pueden ahora expresarse en bytes. Es lo que se llama multimedia. El mismo vehículo permite transportar los tres géneros a la velocidad de la luz."*

La digitalización, la aplicación de la codificación numérica a la reproducción y transporte de imágenes constituye, según Richeri[621], el punto de ruptura con la televisión tradicional:

---

[619] Véase **Derieux, E.**, op.cit, p. 166 y ss.

[620] Op. cit. p. 51.

"... Esto significa el fin definitivo de las barreras técnicas que han mantenido a la televisión separada de la informática. Con la técnica digital se realiza la convergencia de las funciones de la televisión, del cine, de la fotografía, de la prensa, del diseño gráfico computerizado, de la elaboración electrónica de los datos y de las telecomunicaciones... La televisión, de sector autónomo e independiente, desde el punto de vista de las reglas y de los recursos, podría así convertirse en un simple segmento de un sector de la información mucho más vasto y complejo con un desplazamiento de las lógicas y de los puntos de referencia de los que dependen las reglas, las orientaciones y las estrategias."

Surge, así, el concepto de multimedia, un concepto todavía difuso que se aplica, sobre todo comercialmente, con no demasiado rigor. Dos características son, sin embargo, necesarias, para calificar a un mensaje como multimedia[622]: a) la combinación de texto, sonido, imagen (fija y en movimiento) en un mismo soporte; b) que su proceso de transmisión y recepción sea interactivo, de manera que el sujeto receptor pueda interactuar y cuando menos recuperar la información de una forma personalizada. Esta recuperación personalizada es el estadio mínimo de la interactividad, técnicamente ya limitadamente posible en algunas modalidades de transmisión[623]; en su plenitud, la interactividad supondría la comunicación en un doble sentido, de modo que emisor y receptor jugaran simultáneamente ambos papeles. Si ello es posible a nivel de comunicación interindividual (por ejemplo mediante correo electrónico interactivo o los grupos de diálogo de Internet) su realización en lo que se refiere a la comunicación social de mensajes audiovisuales no ha hecho más empezar tímidamente[624].

Para que los mensajes de esta nueva naturaleza puedan transmitir su enorme cantidad de información[625] se requieren nuevos sistemas de alta capacidad, o, mejor, la adaptación e interconexión de los existentes. Las llamadas *autopistas de la información*[626], una realidad cada vez más cercana, representan una red integrada (red de redes) de banda ancha, de alta velocidad y capacidad. Permitirán la comunicación de datos, texto, vídeo, audio, imágenes a alta velocidad y con alta fidelidad.

En realidad, como pone de manifiesto Francis Balle[627], el fenómeno no es nuevo. Entre 1975 y 1985 se produjo la alianza de la televisión con el cable y el satélite; en la misma época las tecnologías de tratamiento de la información y las telecomunicaciones

---

[621] **Richeri, Giuseppe**, *La transición de la televisión*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 215.

[622] **Hugenholtz, P. Berndt**, *"Copyright and multimedia. Licensing in the digital era"* en Derecho Europeo del Audiovisual, Madrid, 1997, pp. 1394-1395.

[623] **Corredoira, L.**, *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, op. cit. p. 456, citando a Desantes, que clasifica a los nuevos medios por su capacidad de autoprogramarse (organizar su uso, contenido etc.) en *autoprogramados y heteroprogramados,* considera que esta distinción coincide con la de medios unitarios o medios exhibidos o emitidos. En realidad, en este momento la transmisión digital hace posible formas de autoprogramación, que todavía no alcanzan el video a la carta.

[624] Sobre este tema volveremos en el 2.4.1 de este capítulo al tratar de los sujetos en los medios audiovisuales.

[625] Como ya se indicó la técnica de la compresión de datos facilita la transmisión de los mensajes multimedia por la redes de telecomunicación.

[626] **Hugenholtz, P. B.**, op. cit. p. 1395.

[627] *Cultural and sociopolitical effects of convergence with reference to media regulation at the national and Community levels" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austríaca UE, Viena, 1998, pp. 10-15.

convergieron en la telemática; a partir de 1985 una interactividad todavía incipiente abrió nuevas perspectivas a la televisión. A partir de 1992/1993 dos tendencias se desarrollan rápidamente: por un lado la digitalización de toda clase de señales abre la vía a los mensajes multimedia; por otro, el desarrollo de la capacidad de transmisión de las redes. Ambas convergen en un medio universal capaz de suministrar mensajes multimedia accesibles vía una red universal.

La Unión Europea se ha planteado en un Libro Verde el fenómeno de la convergencia[628] desde la perspectiva de lograr la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos de Europa, integrar sus regiones y conseguir una mayor competitividad de las empresas en los mercados nacionales y mundiales. El Libro Verde abre un debate sobre los modos de aprovechar las ventajas de la convergencia para hacer realidad esos objetivos. El documento apunta hacia la consecución de un mercado abierto de los servicios de información en línea y plantea la conveniencia de una reglamentación global para todos los medios que convergen. El Libro Verde recoge las opiniones de la industria de la telecomunicación y los conglomerados, favorables a una regulación global mínima (común para las telecomunicaciones y la radiodifusión), en contraposición con la de sectores sociales y políticos que sostienen la necesidad de mantener la especificidad de las regulaciones de los contenidos para preservar intereses culturales y sociales. El Libro Verde sobre la convergencia es en realidad el último capítulo de un conjunto de estudios y documentos oficiales con, según critica Bustamente[629], una óptica determinista: la tecnología como motor del cambio social, determinismo económico centrado en las fuerzas del mercado.

En este nuevo contexto, aquí, por el momento[630] nos plantearemos exclusivamente las consecuencias sobre la propia definición jurídica de los medios audiovisuales. La principal cuestión planteada es que al difuminarse las fronteras entre la formas de comunicación interindividual y social se corre el riesgo de que estos incipientes nuevos

---

[628] *Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997.

[629] **Bustamante, Enrique**, *"Contenidos de la televisión digital y retos de la política audiovisual europea"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio 1999, p. 25. El autor sintetiza las líneas básicas de estos documentos en relación a las principales disyuntivas de la política audiovisual europea de cara a la sociedad de la información (op. cit., pp. 27-29). A lo largo de los años 90, y sobre todo a partir del informe Bangemann, la Comisión ha adoptado una visión mitológica que todo lo fía a la innovación tecnológica. Ha prestado su atención preferente al desarrollo de las redes, dejando en una consideración secundaria los contenidos. Las consideraciones económicas priman sobre las culturales y la oferta sobre la demanda. Bajo el título genérico de audiovisual digital se siguen proponiendo soluciones propias del audiovisual analógico, mientras que apenas se analizan las nuevas televisiones de pago. La regulación del mercado prima sobre la del Estado y los servicios de pago sobre los servicios públicos. Se apuesta por los grandes grupos multimedia como representantes europeos en la competencia globalizada, pero se utiliza una retórica de apoyo a las medianas y pequeñas empresas. Todo desemboca en un optimismo de futuro, que ignora la degradación de los servicios actuales y rechaza el establecimiento de una autoridad europea de regulación.

[630] El debate planteado por el Libro Verde sobre la Convergencia sigue abierto a lo largo de 1999. Véase el Informe del diputado Reino Kalervo Paasilinna, aprobado por el Parlamento Europeo el 22 de octubre de 1998. En el se define la convergencia como *"el proceso que aproxima o hace intercambiables las plataformas o los medios de transmisión técnica de las comunicaciones electrónicas".* El Parlamento se pronuncia por una reglamentación única de todas las formas de transmisión, excluyendo la gestión del espectro radioeléctrico u otros recursos escasos. El Parlamento invita también a la Comisión a presentar un proyecto de Directiva sobre la propiedad de los medios y el pluralismo, que tome en cuenta todas las formas de comunicación electrónica que afecten a la opinión y que reconozca como una de las cuestiones claves el acceso de los espectadores y el acceso a los derechos sobre los programas.

medios queden fuera del régimen de la radiodifusión y de los medios audiovisuales, concebido para garantizar el derecho a la información y con alto grado de intervención pública, aplicándoseles, en cambio, el régimen desrregulado de las telecomunicaciones. Telecomunicaciones y medios audiovisuales parten de distintas tradiciones en cuanto a su marco jurídico: más contingente en el caso de las telecomunicaciones, dirigido fundamentalmente a conseguir una situación de competencia; más estable el de los medios audiovisuales, con el objetivo de garantizar el interés público, la protección de los receptores y el pluralismo informativo[631]. Aun a riesgo de adelantar un tema que podría ser objeto de estudio al tratar del régimen de los medios audiovisuales (2.3 de este capítulo) profundizaremos mínimamente en la distinción entre medios audiovisuales y nuevos medios.

Hemos visto como la legislación francesa considera comunicación audiovisual todo lo que no sea pura correspondencia privada. Con tal definición, el problema se planteó ya hace una decena de años, a raíz del éxito del servicio videotexto denominado Minitel[632]. Así, pequeños anuncios, bancos de datos, cotizaciones de bolsa, titulares de agencias de noticias, catálogos de venta... fueron sometidos al régimen de los medios audiovisuales, mientras que el correo electrónico, la *banca a domicilio*, la reserva de billetes... eran consideradas como servicios de correspondencia y regidos simplemente por la normativa de las telecomunicaciones.

El mayor problema lo plantea el llamado *vídeo a la carta*, sistema en el que un abonado puede solicitar la recepción de un programa en el momento en que desee. En este caso, la existencia de una difusión pública es cuestionable. Castendyk[633] ha dedicado un trabajo a este tema en el que propone una nueva regulación de los nuevos servicios[634], pues la adaptación de la normativa europea (Directiva Televisión sin Fronteras) resulta imposible en ese nuevo servicio, en el que no tienen sentido las limitaciones de publicidad, protección de los menores y sistema de cuotas. Como vimos, la definición de la Directiva incluye todos los servicios que suponen difusión pública y excluye los servicios de telecomunicaciones punto-a-punto, solución en la que concuerda con el Tratado interländer alemán, aunque en este último caso será el consejo de las Autoridades de los Medios los que decidan si un nuevo servicio debe ser considerado o no radiodifusión. El Parlamento Europeo ha intentado ampliar la definición de televisión, lo que no ha sido aceptado por la Comisión[635]. Como el autor sugiere, el criterio puede estar en la existencia de un contenido

---

[631] **Redley, M.**, *"New challenges to audiovisual regulatory authorities" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 24

[632] Véase **Chamoux, J.-P.**, op. cit. pp. 108-109.

[633] **Castendyk, Oliver**, *"The need to adapt the present broadacasting regulation to the new realities: cable, satellite and new inteactive services as alternatives to traditional broadcasting"* en Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit. pp. 1049-1071.

[634] Según este autor, op. cit. p. 1055 , los nuevos servicios aparecen y desaparecen y son difíciles de catalogar. Desde un punto de vista tecnológico se caracterizan por incluir acceso condicional, digitalización de los programas audiovisuales y servicios informáticos.

[635] El Parlamento (14 de octubre de 1996) proponía matizar en la definición de televisión que la difusión pública podría hacer mediante la difusión a una audiencia masiva o por la transmisión por un emisor a petición individual, ya simultánea o secuencialmente. En cuanto a programa de televisión lo definía en estos amplios términos: *"Un programa de televisión implica una secuencia animada o no animada de imágenes acompañadas o no acompañadas de sonido".* **Castendyk, O.**, op. cit. p. 1057.

editorial, pero éste tampoco resulta sencillo de aplicar. Por ejemplo, ¿cuál es el contenido editorial de la televenta, incluida en la regulación de la Directiva de la Televisión sin Frontera[636].

El problema se plantea también en Internet, medio de transmisión que se ha convertido en sí mismo en medio de comunicación (hojear, *navegar* por esa inmensa biblioteca siempre abierta, por esa interminable sucesión de foros de discusión...)[637]. En cuanto que transmisor potencial de programas de radio y televisión es un modo más de difusión pública a tener en cuenta[638]. Pero el problema sigue siendo el mismo ¿cuándo podemos considerar que la conjunción de sonidos y/o imágenes tiene contenido editorial?.

No parece factible dar una respuesta general y a priori a esta pregunta. Prácticamente, cualquier imagen o sonido difundido públicamente tiene una trascendencia pública. Pongamos un ejemplo con aparentemente ningún contenido editorial, un lugar de Internet dedicado a mostrar permanente la imagen de una plaza o lugar público concurrido. La difusión de esas imágenes pueden entrar en colisión con el derecho a la intimidad, o ser requeridas por la policía o los tribunales en relación a la comisión de un determinado delito... O, y esto interesa aquí más, puede ser utilizadas junto con otras semejantes para rellenar un canal de cable o de alguna plataforma digital; en tal caso, su difusión impide la de otros contenidos audiovisuales... Habrá de estarse al caso concreto, pero, proponemos atender a la finalidad de su emisión: si se pretende informar, divertir, entretener, formar, promocionar o publicitar compañías o productos, proponer la venta de los mismo o hacer propaganda de una idea, interés, campaña, candidato etc. estaremos, en principio ante un programa audiovisual, por pobre que sea formalmente. En cambio, si lo que se pretende es facilitar la comunicación interindividual o facilitar servicios personales (excluidos los de información general y entretenimiento) como servicios bancarios, compra electrónica, acceso a bases de datos etc. estaremos ante un servicio que no puede ser catalogado de programa audiovisual.

Recapitulando, a los efectos de esta tesis consideramos la **radiodifusión (radio y televisión) como la producción y emisión pública de mensajes audiovisuales con contenido editorial transmitidos por cualquier medio**. Pero como nuestro centro de atención son los programas audiovisuales y cualquier contenido producido por el resto de los medios audiovisuales es susceptible de ser programado nos referiremos genéricamente a los medios audiovisuales y atenderemos a su conexión con la radiodifusión. Ahora bien, los medios de transmisión y los modos de recepción van a

---

[636] La Directiva 89/552/CEE ha sido modificada por la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, lo que ha dado lugar la envío por el gobierno a las Cortes de un proyecto de ley (BOCG, Serie A, nº 104-1, de 24 de febrero de 1998) de modificación de la ley 25/1994.

[637] **Escobar, L.** , *El Derecho de la Información*, op. cit., p. 518, sostiene que *"... Internet no puede ser considerada simplemente como un medio para lo difusión de mensajes personales en el área de lo estrictamente privado, sino que, en virtud precisamente del sistema de interconexión de la red en todo el mundo, favorece la transmisión de mensajes del más diverso carácter, lo que la convierte en un medio de comunicación de masas. Es decir, que la comunicación, al exceder el exclusivo ámbito de la comunicación interpersonal de carácter privado, que es el propio de la libertad personal y política, pasa de ser privada a convertirse en pública, lo que reclama inexcusablemente la aplicación de una norma legal como la que se destina a los medios de comunicación de carácter convencional. "*

[638] Cualquier conclusión que afecte a Internet debe ser sometida a especial examen, por las características peculiares y cambiantes de este medio.

condicionar la comunicación audiovisual, de forma que nuestras conclusiones intentarán ser lo más específicas posibles. De hecho, la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina se refieren preferentemente a la televisión, medio que imanta la atención social y la polémica y también nosotros estudiaremos con mayor atención las distintas formas de televisión, advirtiendo específicamente cuando nos referimos a otros medios.

2.2. La función de los medios audiovisuales. La sociedad de la información

Estudiamos anteriormente con detalle la función pública de las relaciones jurídico-informativas. Nos corresponde, ahora, concretar esta función pública en los medios audiovisuales. Una vez más la bibliografía es inabarcable, bien entendido, que la mayoría de los estudios se centran en las disfunciones o *perversiones de la televisión*[639].

Estas son las características fundamentales de los medios audiovisuales a tener en cuenta a la hora de especificar su función pública o sus disfunciones:

- Su capacidad de representar la realidad y permitir la participación simbólica;
- El poder de penetración y sugestión de la imagen;
- Ser la principal referencia simbólica e informativa para una mayoría de la población[640].

Sin ánimo de exhaustividad realizaremos un repaso de algunas de las disfunciones más comúnmente denunciadas por los distintos estudiosos desde disciplinas que van de la sociología, la ética, la psicología social al derecho. A alguna de estas disfunciones no referiremos de modo más específico en el capítulo 4º al tratar del ejercicio y responsabilidad de la libertad de programación.

Todos los estudios subrayan, ante todo, la capacidad de sugestión de la imagen y deducen de ella un mayor riesgo de manipulación, en comparación, por ejemplo con la prensa[641]. Admitiendo en principio ese poder de sugestión, debe matizarse que: a) el mensaje audiovisual no es más ni menos manipulable que cualquier otro; b) la manipulación es fruto de un sistema de competencia comercial, posible porque las relaciones jurídico-informativas no se hallan ordenadas a la realización del derecho a la información; c) la audiencia ha desarrollado sus propias defensas, al menos frente a las más burdas de estas manipulaciones.

---

[639] Véase **Rodríguez Pastoriza, Francisco**, *Perversiones televisivas*, Instituto Oficial de Radio y Televisión, Madrid, 1998.

[640] Por ejemplo, **J.J. González Encinar**, en el debate incluido en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 93 cita las encuestas que aseguran que sólo el 10% de la población compra en España periódicos, mientras que en los países de la Unión Europea la media es el 23%, lo que significa que en España se informa mediante la prensa el 30% de la población, mientras que en el resto de Europa lo hace un 30%. Por su parte, **Salvador Coderch. P.**, *El derecho de la libertad*, op. cit. pp. 141-147, glosando las críticas norteamericanas a la cultura de la comunicación mercantil y sus efectos negativos sobre la libertad de expresión matiza como todos estos efectos vienen paliados en la culturas con historia, por ejemplo en Europa o Asia, por la pervivencia de la cultura tradicional, que incluía sus propios elementos audiovisuales en las grandes construcciones simbólicas.

[641] **Skouris, Wassilios**, *"Advertising regulations depending on the different mass media: a critical study of the different treatment of commercial communication throught press and broadacasting"* en Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit. p. 1287.

Hechas estas salvedades podemos mencionar otro factor que aumenta el riesgo de manipulación, el modo de recibir los mensajes audiovisuales en la radio y la televisión de forma casi involuntaria o al menos no premeditada. Frente a la prensa e incluso el cine, los mensajes se reciben en la radio y la televisión de forma en gran medida casual, sin una previa decisión consciente. Más aún, a mayor oferta audiovisual, menos coherente y organizada es la recepción. Si ante una oferta limitada podía optarse por la programación general de un canal favorito, con la proliferación de canales y el mando a distancia aparecen nuevos hábitos de recepción. El continuo cambio de canal (*zapping*) y la visión simultánea de lo sustancial de varios canales (*grazing*)[642] fragmenta la comprensión de un mensaje de por sí ya fragmentado. La evolución hacia formas de recepción por abono no modificará esta situación, porque lo que se compra es un paquete de programas, que, a lo sumo, se han escogido frente a otros competidores, o de los que se ha excluido alguno, por ejemplo por considerarlo nocivo para la audiencia infantil, pero dentro de ese paquete la abundancia y diversidad exigirán lo que ya se ha llamado sistemas de navegación para orientar la recepción.

Decíamos que el mensaje de la radio y la televisión se encuentra ya de origen fragmentado. Enlazamos de este modo con la fuente de la mayor parte de las disfunciones: la puesta al servicio de objetivos exclusivamente comerciales. Desde su orígenes en Estados Unidos y progresivamente en Europa, las distintas formas de publicidad son la principal o muy importante fuente de ingresos para las emisoras de radio y televisión. Faus ha explicado la aparición de los microespacios en la radio norteamericana de los cincuenta[643] como un intento de las radios locales de competir con los costosos programas de las cadenas, en un proceso que desemboca en la conversión de toda la programación en un permanente patrocinio. Es ésta la forma más burda de convertir los mensajes audiovisuales en pura comunicación comercial. La más depurada es la del sistema de audiencias; los mensajes audiovisuales son un mero soporte para la publicidad: lo que en realidad se vende son audiencias, espectadores que se supone dispuestos a seguir un determinado espacio y, por tanto, objetivo potencial de los mensajes publicitario que acompañan y fraccionan el programa. En la medida en que la saturación resta gran parte de eficacia a este sistema, el mismo programa se convierte en mensaje publicitario, mediante la introducción de nuevas formas más sofisticadas de patrocinio.

La fragmentación de los mensajes y su recepción desorganizada dan lugar a lo que se ha llamado una *cultura mosaico* y a la exacerbación del carácter de espectáculo, sobre todo en el caso de la televisión[644]. El estilo del anuncio publicitario impone su ritmo a los

---

[642] **Serrano Vélez, Manuel**, *La televisión y la protección de los derechos del menor*, Ciencia Policial, nº 34, enero-febrero 1996, p. 85, sostiene que los estudios demuestran que el *grazing* es el modo habitual de recepción de las audiencias infantiles y juveniles.

[643] Op. cit. p. 78.

[644] José **Saramago** (*"A quoi sert la communication?, Le Monde Diplomatique*, diciembre de 1998) disecciona las imágenes de la caída del ciclista Abdoujaparov en el Tour de Francia. Los distintos ángulos, ralentizados etc. nos dan distintas visiones de la realidad y hemos tenido la ilusión de participar en ella: *"... Hemos visto esta escena como la hubiéramos visto en la calle. Con la diferencia de que el coche no hubiera podido derribar a la persona más que una sola vez. Y que, en cuanto testigo, no hubiera podido - a menos de ser un sádico- hace dar marcha atrás al coche para repetir la escena del accidente. En la televisión hemos podido ver treinta veces la caída accidental... En cada toma comprendíamos mejor las circunstancias de la caída... Pero, cada vez, nuestra sensibilidad se embotaba un poco más. Se convertía en una cosa fría, no relevante para la vida, sino espectáculo, cine. Poco a poco, veíamos cada caída con una distancia de*

medios audiovisuales, incluido el cine. El propio discurso político se contamina. En palabras de Salvador Coderch[645] *"ya no es que la publicidad se intercale en el discurso, público o de otro género; es que los modos de hacer el discurso comercial dominan el ámbito del discurso público y, en definitiva, el de todo discurso".*

La competencia despiadada lleva a la exaltación de la hiper-emotividad, un fenómeno que desde los medios audiovisuales irradia también a la prensa. Ramonet[646] sintetiza el proceso actual en unos términos, que no por *apocalípticos*, dejan de reflejar una tendencia imparable:

> *"La hiper-emoción ha existido siempre en los media, pero se reducía al ámbito especializado de ciertos medios, a una cierta prensa popular que jugaba fácilmente con lo sensacional, lo espectacular, el choque emocional. Por definición, los medios de referencia apostaban por el rigor y la frialdad conceptual, alejándose lo más posible del 'pathos' para atenerse estrictamente a los hechos, a los datos, a las pruebas. Todo esto se ha ido modificando poco a poco, bajo la influencia del media de información dominante que es la televisión. El telediario, en su fascinación por el 'espectáculo del acontecimiento' ha desconceptualizado la información y la ha ido sumergiendo progresivamente en la ciénaga de lo patético. Insidiosamente ha establecido una especie de nueva ecuación informacional que podría formularse así: si la emoción que usted siente viendo el telediario es verdadera, la información es verdadera. Este 'chantaje por la emoción' se ha unido a la otra idea extendida por la información televisada: basta ver para comprender. Y todo esto ha venido a acreditar la idea de que la información, no importa de qué información se trate... siempre es simplificable, reductible, convertible en espectáculo de masas, divisible en un cierto número de segmentos-emociones. Sobre la base de la idea, muy de moda, de que existiría una ' inteligencia emocional', esta concepción de la información rechaza cada vez más el análisis (factor de aburrimiento) y favorece la producción de sensaciones."*

Otro de las clásicas disfunciones citadas es el factor de aprendizaje de la violencia que para los espectadores infantiles puede suponer la visión de imágenes que recrean actos violentos y que llenan todas las programaciones televisivas. Los estudios presentan a veces conclusiones diversas[647], pero ni pueden exagerarse ni ignorarse estos efectos. Que los dibujos animados, que presentan a la audiencia infantil modelos de comportamiento en forma de héroes con los que identificarse, transmitan de manera generalizada valores de competitividad, violencia, sexismo, intolerancia y xenofobia -valores todos ellos en franco conflicto con los que conforman nuestro régimen político- no puede dejar de tener consecuencias...[648]. Podemos concluir con Robertson y Andrew [649]

---

cinéfilo disecando una secuencia de una película de acción. Las repeticions habían terminado por matar nuestra emoción". Como indica **Cebrián Herreros, Mariano**, *La información audiovisual como servicio democrático*, Forja, Madrid, 1983, p. 75, las imágenes de violencia real o ficiticia se artificializan en la televisión: *"el hecho televisivo, por su reiteración de noticias similares, en lugar de concienciar, insensibiliza, embota el recuerdo".*

[645] *El derecho de libertad*, op. cit. p. 139. Este autor cita el dato de la reducción progresiva de las propias declaraciones políticas: si en la campaña de las presidenciales norteamericanas de 1968 era 42'3 s., en las de 1988 no llegaba a 10 s.

[646] Op. cit. p. 20. Para este autor, este dispositivo emocional es terreno abonado para la aparición de un *mesías mediático, "una mezcla de Diana y de la Madre Teresa, de Juan Pablo II y Gandhi, de Clinton y Ronaldo..."*

[647] Véase el reciente estudio de **Sanmartín, José, Grisolía, James S., Grisolía, Santiago**, *Violencia, televisión y cine*, Ariel, Barcelona, 1998.

[648] Véase el estudio de la **Confederación de Amas de Casa, Consumidores y Usuario**, *Televisión y derechos de los usuarios. Contenidos infantiles. Publicidad*, Madrid, 1988.

que esta exaltación de la violencia puede favorecer la emulación juvenil y que la constante exposición a la violencia puede debilitar la inhibiciones morales contra el recurso a la violencia como medio de resolver los problemas.

No quisiera terminar este repaso a las disfunciones sin referirme a la crítica radical del universo audiovisual, realizada recientemente por Giovanni Sartori[650]. Como el propio título indica, para el profesor italiano la aparición de la televisión y las sucesivas formas de *vídeo-ver* están produciendo una mutación antropológica: el *homo sapiens* se está convirtiendo en *homo videns*. El razonamiento es que la televisión destruye la capacidad de abstracción, *"... la televisión invierte la evolución de lo sensible en inteligible y lo convierte en el ictu oculo, en un regreso al puro y simple acto de ver... produce imágenes y anula los conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella toda nuestra capacidad de entender"* [651]. Pero lo más importante es que la *"... la televisión no sólo es un instrumento de comunicación; es también, a la vez, 'paidía', un instrumento 'antropogenético', un medium que genera un nuevo ánthropos, un nuevo tipo de ser humano"* [652]. Este nuevo ser humano es el *vídeo-niño*, educado en y por la televisión, que ha perdido su capacidad de razonamiento, un ser reblandecido por la televisión, adicto de por vida a los video-juegos[653]. Ninguna evidencia empírica fundamenta tal radical crítica.

Me parece que esta tesis es una de esas intuiciones unilaterales, que quizá no resistan la crítica científica, pero que abren caminos de reflexión, de manera que, pasado un tiempo, la tesis es abandonada, pero muchas de sus afirmaciones fructifican en verdades plenamente aceptadas. Que la televisión no sea un medio discursivo no quiere decir que su influencia haga perder a las nuevas generaciones -ciertamente muy influenciadas desde la niñez por el medio- su capacidad de abstracción y pensamiento racional. El lenguaje audiovisual aporta otra dimensión de la realidad y una de las consecuencias que puede obtenerse de la crítica de Sartori es la necesidad de educar en la lectura crítica de los mensajes audiovisuales.

Donde las críticas parecen más centradas en la realidad es en los efectos de los medios audiovisuales sobre las instituciones democráticas[654]. La televisión altera los mecanismos de la opinión pública[655], desplaza el voto indeciso, personaliza las campañas

---

[649] Op. cit. p. 374.

[650] **Sartori, Giovanni**, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998.

[651] Op. cit. p. 47.

[652] Op. cit. p. 38.

[653] Op. cit. p. 37.

[654] En parecido sentido **González Encinar** en el debate del Régimen jurídico de la televisión, op. cit. p. 93: *"...Cuando la formación de la voluntad política de una abrumadora mayoría de ciudadanos tiene lugar exclusivamente a través del medio audiovisual, la sinergia entre la lógica del mercado político y la del mercado de la comunicación produce inevitablemente una consecuencia nefasta: la formación de la voluntad política de la mayoría de los ciudadanos se apoya en mayor medida en elementos irracionales que en las auténticas razones o argumentas de un mensaje, y como eso es algo que saben perfectamente quienes necesitan el voto de la ciudadanía para sobrevivir, se abre así el camino - para decirlo con el título de un libro a punto de ser publicado en los Estados Unidos- de 'la muerte del discurso racional'.. Es decir, el camino opuesto al que señala la Constitucion".*

[655] *"La televisión es explosiva porque destrona a los llamados líderes intermedios de opinión, y porque se lleva por delante la multiplicidad de 'autoridades cognitivas', que establecen de forma diferente, para cada uno de nosotros, en quién debemos creer, quién es digno de crédito y quién no lo es s. Con la televisión, la autoridad es la visión en sí misma, es la*

políticas y desgasta el sistema de partidos[656] y refuerza con su atención por lo local la dependencia del juego parlamentario de los intereses localismos, con pérdida de la visión del interés general y dependencia de los políticos de los acontecimientos mediáticos[657]. A este respecto su diagnóstico sobre la hiper-emotividad es certero[658]:

> *"Apasionarse es implicarse, hacer participar, crear sinergias 'simpáticas' (en el significado etimológico del término: sympàtheia, conformidad del pathos) . Apasionarse está bien cuando se hace en su momento y en su lugar, pero fuera de lugar es malo. El saber es logos, no es pathos, y para administrar la ciudad política es necesario el logos. La cultura escrita no alcanza este grado de 'agitación' y aun cuando la palabra también puede inflamar los ánimos (en la radio, por ejemplo), la palabra produce siempre menos conmoción que la imagen. Así pues, la cultura de la imagen rompe el delicado equilibrio entre pasión y racionalidad. La racionalidad del homo sapiens está retrocediendo, y la política emotivizada, provocada por la imagen, solivianta y agrava los problemas sin proporcionar absolutamente ninguna solución. Y así los agrava."*

Otra de las características del lenguaje audiovisual es su universalidad. Si la radio produce estilos nacionales e incluso regionales propios, que no se rompen hasta la puesta al servicio de la industria discográfica, la televisión explota desde sus inicios la universalidad de la imagen y usa como base en todos los países los productos de la potente industria norteamericana[659].

Todas estas disfunciones se producen en lo que se ha llamado *sociedad de la información*[660], *"concepto que viene a definir el actual modelo de audiencia de los medios caracterizado por la universalización de las audiencias, incremento de la oferta y del consumo, homogeneización de los contenidos, desarrollo tecnológico y 'desreglamentación' jurídica. La audiencia se contempla como 'mercado'. Pero, a la vez, se desarrollan las posibilidades del individuo receptor para interactuar con el sistema, a través de las nuevas tecnologías"* [661].

---

autoridad de la imagen. No importa que la imagen pueda engañar aún más que las palabras... Lo esencial es... la que más se cree es lo que se ve. Lo que se ve parece 'real', lo que implica que parece verdadero" . Op. cit. p. 71.

[656] *"No se trata sólo de que la televisión sea un instrumento de y para los candidatos antes que un medio de y para los partidos.... además el rastreo de votos ya no requiere una organización de sedes y activistas..."* Op. cit. p. 109 y ss.

[657] Op. cit. pp. 113-114.

[658] Op. cit. p. 115. Sin embargo la propuesta de volver en los informativos al busto parlante (p. 99) es ignorar la nula eficacia de este recurso comunicativa.

[659] **Faus, A.**, op. cit. pp. 88-90.

[660] Los estudios de las distintas instancias de la Unión Europea han consagrado este término. Cabe citar: *Hacia la Sociedad de la Información en Europa: plan de acción*, COM(94) 347 final de 19 de julio de 1994; Informe Bagemann:*Europa y la Sociedad Global de la Información*, Informe del Grupo de Alto Nivel al Consejo de Corfú de 26 de mayo 1994; Libro Verde sobre la *Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997; Libro Verde sobre *Los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, COM(95) 382 final, de 19 de julio de 1995.

[661] **Quintana, Y.**, op. cit. p. 26.

El fenómeno multimedia y las llamadas autopistas de la información se presentan como una mutación comparable a la revolución industrial[662].

¿Cuál puede ser la función de estos medios audiovisuales en este contexto?.

Una lectura individualista[663] afirma que la proliferación de canales y las posibilidades interactivas rompe la masificación de la televisión comercial en favor de un nuevo individualismo cultural, que posibilita la vertebración de una miríada de grupos de practicantes de actividades diferentes; la nueva televisión ya no masifica, sino que multiplica la individualidad. Pero aunque tal tesis parece demasiado optimista, de hacerse realidad desaparecería la función de socialización y puede que estuviéramos ante sistemas de telecomunicación, al servicio de la comunicación interindividual.

La Comisión Especial del Senado para el estudio de los contenido televisivos insiste en sus conclusiones[664] en que la televisión es instrumento de socialización, de democratización y de cohesión social. Ahí están, todavía, los fines[665] que el Estatuto de la Radio y la Televisión asigna en su Preámbulo a la radio y la televisión en cuanto que servicios esenciales y que vale la pena recordar, por mucho que su enumeración resulte incompleta y su valor puramente declarativo:

- Vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos;
- Vehículo de formación de la opinión pública;
- Medio de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones;
- Medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer.

Como se ve, son estos fines esencialmente políticos, aunque se apuntan también finalidades sociales. Por mucha influencia política que ejerza la televisión plantear su función exclusivamente desde esta óptica desenfoca el problema. Justamente, a diferencia de otros medios, de donde entre todas las funciones parecen primar las de facilitar la participación política, en la radio y la televisión resulta difícil distinguir las funciones de personalización y socialización de las de ciudadanía y participación democrática. En este sentido cabe citar las teoría comunitaristas que subrayan el papel de la radio y la televisión como elemento de identidad comunitaria.

Entre nosotros Salvador Coderch[666] ha popularizado la tesis de Monroe E. Price del *mercado de lealtades*, base del libre mercado de las ideas. En ese mercado se vende

---

[662] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit. p. 14 y ss. realiza un resumen de estas ideas en los Informes Bagemann y Delors y en autores como Negroponte, Fredkin o Rifkin.

[663] Véanse algunas de estas opiniones en **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de libertad*, op. cit. p. 136.

[664] BOCG, Senado, 11 de abril de 1995, p. 76.

[665] **González Encinar, J.J**, en el debate del *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. pp. 21-22, subraya que el art. 4 del Estatuto recoge los principios inspiradores de la actividad del servicio, mientras que en el Preámbulo se menciona sus fines y viene a pedir, como ya se indicó, la definición de las funcione de la radio y la televisión públicas.

[666] Entre otros trabajos en *"Del servicio público al servicio a la comunidad"*, Revista de Administración Pública, nº 136, 1996.

identidad nacional, es decir *"el conjunto de mitos, ideas y narraciones usadas por un grupo dominante o una coalición para conservar el poder"* [667] y se paga un precio muy variable, desde la obediencia ciudadana hasta el pago de impuestos. Los medios audiovisuales juegan un papel sustancial en este mercado: suministran versiones accesibles de esos símbolos de identidad y si se trata de medios nacionales y más si son de carácter público son uno de los elementos delimitadores del propio ámbito geográfico de ese mercado. Para Salvador Coderch[668] la televisión es instrumento de vertebración comunitaria y, más en concreto, la televisión públlica ha de servir de vía de acceso y lugar de encuentro de la comunidad, más allá de la diversidad ideológica, cultural o económica de sus componentes. Asistimos -dice- aun cambio de cultura semejante al del paso de la cultura oral a la cultura escrita, o el que tuvo lugar al entrar en la cultura tipográfica, un cambio que supone la homogeneización cultural, simbolizada en la cultura de las élites que se comunican en inglés a través de Internet, que pone en riesgo la supervivencia de las propias culturas comunitarias. La regulación pública de los medios audiovisuales puede intentar evitar esta reducción de la diversidad cultural.

Desde nuestro punto de vista la función de los medios audiovisuales y más en concreto de la radio y la televisión (pública o privada) es la misma que la del resto de los medios de comunicación. Pero en cuanto que ofrecen un medio de participación simbólica en la realidad en la que vivimos, la radio y sobre todo la televisión (y desde luego también el cine) son elemento identificador de primera magnitud y punto de referencia de una comunidad de ámbito territorial (universal, nacional, regional, local) o cultural (lingüístico, de una diáspora nacional). Cualquier ordenación de las relaciones jurídico-informativas en estos medios no puede ignorar esta peculiaridad de su función pública.

Terminaremos con una cita de Marcelino Oreja[669], Comisario Europeo de Política Audiovisual, que sirva de broche a toda esta reflexión:

> *"No debe pues subestimarse la importancia de la industria audiovisual. Para la gran mayoría de los europeos es la principal fuente de información no sólo de lo que pasa en su mundo, sino también de la naturaleza de ese mundo. Desempeña un papel fundamental en el desarrollo y en la transmisión de los valores sociales e influye no sólo en lo que los ciudadanos ven, sino también en cómo entienden lo que ven. Es la principal fuente de ocio y de cultura"*

2.3. Conceptos básicos del medio radiodifusión

Antes de estudiar qué régimen jurídico exige esta función pública de la radiodifusión, conviene clarificar el conjunto de actividades que constituyen el medio. La delimitación de estos conceptos será de gran utilidad al afrontar en este mismo capítulo el régimen de los distintos elementos de la relación jurídico-informativa en radiodifusión

[667] Citado ibídem p. 113.

[668] *El derecho de libertad*, op. cit. p. 112 y ss.

[669] Mensaje de presentación al informe *L'ere numérique et la politique audiovisuelle européenne (Rapport du Groupe de Réflexion á Haut Niveau sur la politique audiovisuelle)*, Comisión Europea, Bruselas, 1998

(especialmente el del sujeto organizado), así como a la hora de construir el concepto de libertad de programación en el siguiente capítulo.

Corredoira[670] distingue tres fases del proceso informativo: las de creación, producción y difusión. En el medio radiodifusión todas estas fases ha venido siendo asumido por empresas que concentraban todo el proceso y lo desarrollaban a través de diversas secciones de su organización, haciendo difícil su distinción. Pero desde hace más de una década la diferenciación de actividades y su asunción por distintas organizaciones es cada vez mayor, sin perjuicio de que un mismo grupo en un proceso de concentración vertical controle las distintas fases del proceso a través de diversas empresas.

La distinción entre las fases de creación y producción es clara en la edición de libros, donde puede existir una actividad creadora del autor, que dará lugar a unos derechos propios (los derechos de autor), con total independencia de la producción. Aunque también es posible diferenciar ambos momentos en la prensa, lo cierto es que el grueso de la actividad creadora se desarrolla íntimamente vinculada a la producción, en el marco de una misma empresa. Pero en el resto de los medios, la creación no puede separarse de la producción, sino es sus momentos preliminares o de ideación. Así, el guión de una obra cinematográfica o audiovisual es, sin duda, producto de la creación (y como tal origina derechos de autor), pero no es la creación audiovisual, que, como tal, exige la participación de diversos creadores que colaboran en el proceso de producción. Aceptemos provisionalmente que en el medio radiodifusión el primer momento del proceso informativo lo constituye la producción.

Examinemos ahora la difusión[671], momento central de todo el proceso. Difundir, propagar los mensajes es hacerlos llegar al sujeto receptor, un sujeto múltiple[672]. Por tanto, la difusión implica la multiplicación de los actos de recepción. Para ello, en el caso de la edición (periódicos, libros, discos, videos, programas de ordenador), el mensaje se incorpora a un soporte material múltiple que se distribuye a los potenciales receptores: se reproduce, primero, y se publica, después[673]. En la exhibición (cine, publicidad exterior, tablones de anuncios, exposiciones, museos) el mensaje se incorpora a un soporte material único y la multiplicación de los actos de recepción se logra mediante su exposición permanente al público o sucesiva en el tiempo, como ocurre en la cinematografía, que además requiere la proyección (y por tanto una aparamenta técnica) del soporte. En la radiodifusión la difusión se lleva a cabo mediante la emisión: el mensaje audiovisual se incorpora a un soporte único de carácter energético -la señal u oscilación radioeléctrica-

---

[670] **Corredoira, L.**, *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, op. cit., p. 357.

[671] Se siguen en esta exposición las ideas del profesor Desantes, expresadas, entre obras, en *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit., p. 374 y ss.

[672] La Ley de Propiedad Intelectual (texto refundido de 1996) define (art. 4) la *divulgación* de una obra como *"... toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma".*

[673] Por *reproducción* entiende la Ley de Propiedad Intelectual (art. 18) *"... la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y obtención de copias de todo o parte de ella"*. Y *publicación* es (art. 4) *"... la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con naturaleza y finalidad de la misma".* La publicación requiere una última operación, la *distribución: "... la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma".*

que es transmitida simultáneamente en el tiempo mediante ondas hertzianas o cable a una pluralidad de receptores.

Para que el proceso informativo se perfeccione es necesario conectar la producción y la emisión: esta es la función de la programación. Históricamente, como explica Faus[674], en los primeros tiempos de la radio (1920-1923), la programación precede a la producción:

> *"... transcurridos los días en los que el objetivo primero de las emisiones era ser oídas cada vez desde mayor distancia, la radio se encuentra ante la necesidad de ofrecer un contenido interesante para aquellos oyentes esforzados. Ello supone la sustitución del concepto distancia/alcance por el de tiempo de permanencia en el aire; lo cual, a su vez, plantea la obligación de pensar no ya en el hoy, sino sobre todo en la emisión de mañana. Surge, así, el concepto programación, que lleva implícito el planificar y producir lo programado..."*

Consiste la programación, en primer término, en la planificación de los mensajes que han difundirse. Ello comporta su ideación, creación en el proceso de producción y su ordenación para la emisión. En este sentido, la *programación es poner en forma los mensajes audiovisuales para su emisión*. Lógicamente, toda esta actividad no tiene sentido si se carece de la posibilidad de emitir. Mientras que la actividad de producción puede tener una finalidad autónoma -la elaboración de mensajes audiovisuales para su comercialización mediante la adquisición por parte de las empresas emisoras- la de programar sólo se concibe si existe una posibilidad de emitir. La programación, ya sea concebida como una parte del proceso de producción, ya sea una actividad autónoma[675], es el momento creativo por excelencia, pues a través de ella se determinan los contenido audiovisuales, de manera individual e incorporados a una unidad superior. Sobre estos aspectos profundizaremos al construir el concepto de libertad de programación.

En un paso más adelante, podemos decir que el objeto de la actividad de programar son los programas y la Programación. El programa es la puesta en forma de un conjunto de mensajes audiovisuales en una unidad con sentido propio. Programación[676] es la ordenación de un conjunto de programas en una unidad superior, también con su propio sentido. Lo que físicamente da unión a los distintos programas es la actividad de *continuidad*, que a través de microprogramas permite la transición de unos programas a otros[677]. De este modo, programar supone:

---

[674] Op. cit. p. 29. No puede hablarse de producción en el sentido industrial hasta la aparición de los discos blandos en 1933, que ofrecen una posibilidad asequible de registrar el sonido, momento en que la radio comienza a convertirse en industria. Véase **Faus, A.**, op. cit. p. 40.

[675] En el caso de Channel Four los programadores adquieren los programas a productores independientes, en función de la manifestación del pluralismo social y el fomento de las nuevas tendencias creativas.

[676] Es también frecuente referirse a Programa con este significado.

[677] Según **Faus, A.**, op. cit. , p. 58, la continuidad nace en la radio en los años 30 y en los años de la guerra... *"... fue precisamente el crecimiento de los servicios informativos el que obligó, aún más, a ampliar el número de unidades de locutorio y control, de modo que, como característico de esta época, queda el paso de un solo estudio de emisión a una estructura en la que las grandes unidades técnicas anteriores quedan relegadas a determinado tipo de programas, generalmente dramáticos o variedades, y en el que proliferan, por contra, las pequeñas unidades-estudio adaptadas a las más distintas necesidades; lo cual fuerza, a su vez, la creación de un control central de emisión para todos ellos, así como la introducción de un nuevo concepto -continuidad- para dar unión a los distintos programas realizados en los estudios. La continuidad daba así una nota de unidad al total de la emisión, evitando los saltos bruscos de un programa*

- Idear programas;
- Producir programas;
- Encargar la producción de programas;
- Adquirir programas;
- Ordenar los programas en una Programación;
- Dar *continuidad* a los programas;
- Hacer emitir la Programación resultante.

Pero ocupémonos ahora de la fase de emisión. La incorporación del mensaje al soporte radioeléctrico se efectúa ya en la fase de producción. La emisión consiste en poner a disposición del público el mensaje incorporado al soporte. Para ello se hace imprescindible la utilización de un canal, por el que se vehicula el soporte radioeléctrico. Podríamos decir que el canal es el *vector* utilizado para hacer llegar la Programación al público. En la televisión europea (sistema PAL), un canal requiere un ancho de banda de 7 MHZ (6'25 para transmitir la señal de vídeo y 0'75 para la señal de audio), lo que condiciona el número de canales disponibles[678]. Canal es un concepto distinto al de emisora. Emisora es la instalación que transmite las ondas hertzianas a un ámbito geográfico determinado. La emisora puede ser terrena o estar situada en un satélite, pero en cualquier caso utilizará con exclusividad una frecuencia (aunque ésta pueda ser utilizada por otra emisora con distinta cobertura geográfica). Canal es el vehículo para una emisión-recepción diferenciada en un ámbito geográfico (cobertura). Un canal puede estar soportado por una emisora, por un sistema de cable, que une físicamente un centro de emisión o cabecera con una pluralidad de lugares receptores, o por cualquiera de las redes de telecomunicaciones, interconectadas unas con otras. En todos los casos, la emisión se realiza mediante la transmisión de la señal radioeléctrica por el canal. La transmisión engloba también las operaciones de transporte de la señal desde el centro productor al centro emisor, ya sea una emisora terrena, situada en un satélite o en una cabecera de cable. La transmisión es equivalente a la distribución en los medios editados.

Un solo canal puede tener una cobertura nacional (como ocurre en las emisiones de radio en onda larga) o incluso internacional (como ocurre en los satélites de difusión directa). Pero su cobertura, siempre limitada y normalmente de ámbito local o regional, puede ampliarse transmitiendo en cadena; es decir, difundiendo la misma Programación a través de varios canales simultáneamente o sucesivamente (sobre todo en los casos de cambios de huso horario). En rigor, el término cadena debiera reservarse para aquellos supuestos en los que titulares de diversos canales coordinan sus Programaciones, manteniendo cada uno de los canales su personalidad y Programación propia. En cambio, cuando un solo titular emite una misma Programación a través de diversas frecuencias en distintos ámbitos geográficos -como ocurre en el caso de la televisión privada en España- estamos ante un canal y no ante una cadena, aunque en el lenguaje común uno y otro término sean intercambiables.

---

a otro y marcando un estilo de emisora. Por otra parte, esa continuidad exigía de cada espacio un cronometraje exacto, con el fin de no retrasar la programación prevista. Paralelamente, la multiplicidad de estudios y de programas forzó también un estilo mucho más sencillo de la narración radiofónica."

[678] **González Navarro, F.**, op. cit., p. 259.

Canal, frecuencia y Programación han venido identificándose, pero cada vez tienden más a diferenciarse. Históricamente, en Holanda, varios organismos programadores han difundido sus propias Programaciones por un mismo canal. Hoy las nuevas técnicas de transmisión tienden a difuminar estos conceptos[679]. La técnica digital permite desdoblar una sola frecuencia en un número variable de canales (entre 4 y 8) dependiendo de la calidad y la finalidad técnica a la que se destine cada uno de estos canales. Pero también en la transmisión digital una Programación puede *multiplexarse* ofreciéndose en varios canales de forma secuencial. Y si atendemos Internet, un *sitio* puede ser considerado como un canal de radio y televisión, si a través de él accedemos a un servidor que ofrece una Programación de radio o televisión... Profundizaremos en este capítulo (3.7) sobre las transformaciones que introduce la transmisión digital, pero baste ahora dejar constancia de la distinción entre canal, frecuencia y Programación. Así, el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrena, distingue entre canales múltiples y programa, en el sentido de Programación, dando a entender unas veces expresamente (disp. adicional primera) y otras tácitamente que esa Programación o Programa cubrirá las 24 horas.

Y para terminar, una distinción entre *televisión generalista* y *televisión temática*. La televisión generalista, la televisión tradicional propia de un número limitado de canales, ofrece una Programación variada, con todo tipo de programas, que intentan, bien satisfacer una misión de servicio público, bien maximizar una audiencia heterogénea[680]. En cambio, la televisión temática, cuyo presupuesto es la multiplicidad de canales, ofrece una Programación especializada, bien en una categoría genérica de programas (por ejemplo cine o deportes) y entonces su público sigue siendo general, bien por programas centrados en intereses muy específicos (deportes minoritarios, ballet, determinados géneros cinematográficos...) y en tal caso su público también será muy seleccionado. La televisión temática es la televisión de la sociedad de la información.

[679] III Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de los arts. 4 y 5 de la Directiva 889/552/CEE en el período 95-96, incluida una evaluación general del período 91-96, COM (98), Bruselas, pp. 65.

[680] En nuestro derecho encontramos otra definición de *programación generalista* en función de la audiencia a la que va dirigida. El Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite (R. D. 136/1997, de 31 de enero), en su art. 7 b) define como *programación generalista "... la dirigida al público en general con independencia del tipo de programas emitidos"*, a los efectos de exigir a la hora de autorizar estos servicios mediante satélite el cumplimiento de la Ley 25/94, en la medida en que las emisiones vayan dirigidas total o parcialmente a alguno de los países comunitarios.

3. El régimen de los medios audiovisuales

Llegamos a uno de los temas clásicos dentro del derecho de los medios audiovisuales: las peculiaridades del medio radiodifusión y la polémica sobre el servicio público de la radio y la televisión. Advertimos que estas cuestiones son parte importante de nuestro trabajo, en cuanto que delimitan el contexto de la libertad de programación, pero en modo alguno son el núcleo sustancial de la tesis. A la cuestión ya nos hemos aproximado anteriormente al tratar de los medios de ejercicio del derecho a la información (capítulo 1º, 5.4) y al tratar en general de la actitud del Estado ante las relaciones jurídico-informativas y el servicio público (capítulo 2º, 1.2.2). En esta ocasión plantearemos ya específicamente estos temas respecto a la radio y la televisión. Para ello, revisaremos los argumentos clásicos sobre la excepcionalidad del medio; estudiaremos, a continuación la legislación y la jurisprudencia españolas sobre el servicio público de la radio y la televisión, con referencia a las abundantes críticas que han merecido a la doctrina. Todo ese planteamiento clásico se ha visto substancialmente afectado por el proceso de liberalización y globalización, en el que el derecho comunitario ha tenido un papel importante; de aquí que examinemos las nuevas teorías que replantean el servicio público; ello nos llevará, para terminar, a examinar la cuestión de si las empresas públicas de radio y televisión han de estar sometidas al mismo régimen

3.1. ¿Régimen común o específico?. Los argumentos del servicio público

Es afirmación común que el régimen de la radiodifusión es un régimen excepcional, *exorbitante*, se entiende en relación con el de la prensa. Por lo tanto, cabe plantear una primera pregunta ¿existe un régimen común a todos los medios?.

Bastida[681] se pronuncia por un régimen común de libertad, que podrá ser adaptado por el legislador a la características de cada medio, pero no desnaturalizado.

Corredoira[682] afirma que los principios que deben regir la constitución y funcionamiento de los medios son los de:

- **Universalidad**: el derecho a la información exige su ejercicio por cualquier medio;
- **Libertad**: de constitución y funcionamiento;
- **Globalidad**: la actuación del Estado debe ser sobre la globalidad del medio, sin intervenir sobre los contenido, cuyo juicio, caso de sobrepasar los límites corresponde al poder judicial;

[681] **Bastida, J.**, *"La jurisprudencia..."*, op. cit., p. 1042: *"En principio todos los medios de comunicación deben estar sujetos a un mismo régimen jurídico y éste, en virtud de aquella preferencia constitucional, ha de discurrir por las líneas maestras de los derechos de libertad, cuya máxima es la ausencia de injerencias por parte de los poderes públicos."*

[682] *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, op. cit., pp. 368-369.

- **Subsidiaridad**: como en otros sectores, el Estado sólo debe crear medios en el caso de que no lo haga la iniciativa privada;
- **Supranacionalidad**: la actuación de las empresas informativas no puede limitarse en razón de las fronteras.

La propia autora pone de manifiesto la quiebra de estos principios en los distintos medios. Creo que los principios resumidos, se esté más o menos de acuerdo con ellos, se refieren más al estatuto de las empresas informativas que al propio régimen de los medios. Como resulta de la exposición sobre la actitud del Estado (cap. 2º, 1.2.2), los poderes públicos deben ordenar cada una de los medios, de modo que las relaciones jurídico-informativas puedan constituirse al servicio y satisfacción del derecho a la información y para ello debe regular las condiciones técnicas que son soporte de esas relaciones. Y para que todos puedan ejercer en condiciones de igualdad su derecho pueden establecer limitaciones -y aquí está el meollo de la polémica- a la libertad de empresa. Por eso, cuando se dice que el régimen de la radiodifusión es exorbitante no se está diciendo tanto que sea excepcional que el Estado ordene, por ejemplo, frecuencias y potencias de las emisoras, sino que es exorbitante porque, al hacerlo, impone limitaciones a la libertad de empresa. Así, cuando a veces se habla de régimen común de los medios en realidad se está haciendo referencia al régimen de libertad de empresa, dando por supuesto, además, que éste es el régimen de la prensa.

En primer lugar ha de afirmarse que el régimen o estatuto -si se prefiere- de la empresas de prensa no es tampoco el de la pura libertad de empresa. Claro es que el medio no está sometido a la declaración de servicio público, pero sus empresas distan mucho de ser empresas comunes. No lo han sido en España, aunque en este momento el grado de intervención pública es mínimo[683] y no lo son en otros países de nuestro entorno, como Francia.

Derieux[684] sistematiza las obligaciones específicas de estas empresas en el país vecino en las relativas a la transparencia (de los titulares y de las inversiones), relativas a la independencia externa (nacionalidad del propietario, prohibición de recibir fondos de un gobierno extranjero), a la independencia o el pluralismo interno (normas para evitar la participación de capital considerado indeseable, prohibición de las operaciones que supongan controlar el 30% de la difusión nacional de publicaciones de una determinada naturaleza) o anticoncentración multimedia; también en el mismo sentido el régimen de ayudas a la prensa[685].

Entre nosotros, Gómez-Reino[686] ha pedido una nueva y moderna regulación de la prensa, un estatuto específico de estas empresas, con unos elementos mínimos consistentes en: a) garantías de transparencia de la titularidad; b) transparencia de las

[683] **Bastida, F.** , *El régimen jurídico de los medios de comunicación*, op. cit. p. 30, señala desde 1978 cuatro fenómenos en la evolución de la prensa: la desaparición del intervencionismo administrativo, la supresión de la prensa de titularidad estatal, el régimen de ayudas y el proceso de concentración. El hecho -añadimos- que el régimen de ayudas ya no estén en vigor- no quiere decir que este elemento no sea compatible con un régimen democrático.

[684] Op. cit. pp. 53-65.

[685] Ibídem pp. 68-82.

[686] *Prólogo a la Legislación básica*, op. cit. pp. 24-25.

fuentes de financiación; c) medidas antitrust y, d) redefinición de las relaciones propiedad-director-periodistas, además de la consideración de la cláusula de conciencia y el secreto profesional. También Bastida[687] se muestra partidario de un régimen genérico para todos los medios como medios de ejercicio de los derechos fundamentales, régimen que podría regular temas como los de concentración, financiación o medidas antioligopolio.

Por tanto, lo excepcional del régimen de la radio y la televisión es la declaración de servicio público y la consiguiente reserva estatal de la actividad de radiodifusión y, en menor medida, la regulación técnica del medio. Repasemos los argumentos tradicionales que justifican esta situación.

Escasez y régimen internacional de las ondas. Universalmente -aun fuera de Europa, especialmente en América, donde no se ha dado históricamente la declaración de servicio público y el régimen del medio se asemeja al de la prensa- se acepta la necesidad de regular ese recurso escaso que son las ondas radioeléctricas[688], soporte del medio radiodifusión clásico. Pero por su propia naturaleza, puesto que su transmisión desborda las fronteras, esta ordenación no puede ser puramente nacional y así se ha asentado un sistema de reparto internacional del espectro radioeléctrico entre los distintos servicios y zonas geográficas y de responsabilidad nacional, que no puede dejar de tener consecuencias en el orden interno. Por tanto, superadas las situaciones históricas de *caos de las ondas*[689], es principio común admitido el sometimiento de la utilización de las frecuencias a un régimen de autorización, licencia o concesión, no siendo las frecuencias susceptibles de apropiación. A partir de esta naturaleza inapropiable se argumenta su naturaleza de dominio público, el *dominio público radioeléctrico*. Para Sánchez Blanco[690] el dominio público radioeléctrico es el *"espacio físico por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas que forman el Espectro Radioeléctrico".* Chinchilla ha razonado su naturaleza de bien mueble[691] y su carácter demanial, no susceptible de propiedad privada por tratarse de un medio para el ejercicio de derechos fundamentales, un bien escaso y con vocación internacional, afecto -y aquí la argumentación prejuzga el resultado- a un servicio público[692]. Sánchez Blanco[693] entiende que su carácter natural, limitado y destinado a ser utilizado por todos encaja con los principios de inalienabilidad,

---

[687] En el debate del *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 84.

[688] Las ondas hertzianas son energía radioléctrica, definidas por su longitud y frecuencia.

[689] O situaciones excepcionales como las de Italia, para lo que remitimos al capítulo 1º (4.3) sobre el proceso de apropiación privada de las frecuencias.

[690] **Sánchez Blanco, Miguel**, *"La regulación del uso del espectro radioeléctrico" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit. p. 798.

[691] Bienes por sus características de utilidad, individualidad ,susceptibles de apropiación (en el sentido de que pueden ser objeto de sumisión jurídica por el hombre, aunque no sean aprensibles materialmente) y muebles por la analogía con la calificación de la electricidad. Op. cit. p. 121.

[692] Op. cit. p. 140. *"Con el término 'demanio'* -dice la autora- *se alude, pues, a un conjunto de potestades que la Administración ejerce sobre una serie de bienes, lo que como el resto de su actividad, no es más que una manifestación de la función administrativa, entendiendo por tal la actividad por ella desarrollada para satisfacer el interés general, como ordena la Constitución (art. 103).El fin es siempre el mismo: servir a los intereses de los ciudadanos. Lo que distingue al demanio del resto de la actividad administrativa es su conexión con los bienes o cosas cuyo uso y conservación quedan bajo su competencia"*

[693] Op. cit. p. 811.

imprescriptibilidad e inembargabilidad que el art. 132 CE señala como principios del régimen de dominio público. Como veremos este carácter de dominio público atribuido al espectro radioeléctrico se mantiene en nuestro Derecho, pese a la reciente liberalización de las telecomunicaciones y se ha utilizado por la jurisprudencia constitucional para legitimar el servicio público.

Las telecomunicaciones como medio de transmisión de mandatos: el argumento estratégico. Quizá no se invoque de una manera expresa, pero en la ordenación excepcional de la radiodifusión ha pesado su origen como pura telecomunicación, antes de convertirse en medio de comunicación social. Desde la aparición del telégrafo óptico, los gobiernos advirtieron el carácter privilegiado de los sucesivos sistemas de telecomunicación como medio para la transmisión de mandatos políticos y militares y en consecuencia establecieron sistemas de intervención, especialmente rigurosos en situaciones de emergencia. Este argumento, más propio del pasado siglo, se ha visto englobado en el de la influencia política del medio, pero no deja de tener su manifestación en situaciones de excepción.

La tendencia al oligopolio: el argumento económico. Según este razonamiento, el medio en un régimen de libertad tiende al oligopolio como demuestra (o demostraba) la experiencia norteamericana, donde de una pluralidad de emisoras se pasa a tres grandes cadenas nacionales de radio y televisión, que controlan (mediante el sistema de afiliación) a las emisoras locales, que, a su vez, suelen tener carácter de oligopolio en su propio ámbito. Desde la perspectiva europea, las grandes inversiones requeridas para la creación de los servicios de radio y televisión aconsejaron en su origen el monopolio; aún en el momento de la liberalización, la fragmentación de los mercados europeos publicitarios imponía un número limitado de competidores si se deseaba que éstos fueran viables.

La persuasión y la influencia en la opinión pública. Constatada la penetración y carácter persuasivo de la radio y sobre todo de la televisión se teme su influencia social y el poder político que supone su control. En realidad, el argumento se bifurca en una desconfianza social[694] ante sus posibles efectos perniciosos (y, por tanto, se refiere tanto a situaciones de monopolio como de pluralidad de emisoras) y en la necesidad de neutralizar políticamente el medio bajo formas de control democrático en los casos de monopolio. O, en una versión debilitada, buscar formas de expresión del pluralismo social en situaciones de diversidad de emisoras.

La importancia del medio como vertebrador de la comunidad: el argumento comunitarista. Podría considerarse una variación del anterior, pero tiene entidad propia. La existencia de la propia comunidad -se argumenta- depende de la existencia de unos medios de radio y televisión propios de la comunidad, que reflejen su personalidad y en la que ésta se reconozca. Es especialmente invocado en el surgimiento de los nuevos estados nacionales o en el nacionalidades sin estado, para las que la preservación de la lengua y la cultura propia se presenta como cuestión de vida o muerte. Una variedad de

[694] Como ejemplo de esta desconfianza de las élites políticas y culturales ante todo lo audiovisual **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de la libertad*, op. cit. p. 132, presenta la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo que declara conforme a derecho la prohibición del Ayuntamiento rural de Sacramenta, prohibiendo la grabación en audio por parte de los concejales de los plenos municipales.

este argumento comunitario es el **argumento cultural**: la cultura de toda la comunidad se difunde y reproduce en la radio y la televisión y el cine, que se convierten en el acceso preferente a su cultura de la mayoría de la población.

Estos argumentos clásicos, que postulan la excepcionalidad de la radiodifusión y en especial de la televisión han sido criticados en cuanto tales y, sobre todo, se presentan por la mayor parte de la doctrina como desfasados por el progreso tecnológico que promete, si no ofrece ya, la abundancia de canales. Así, Bastida[695], comentando la justificación de la *publicatio* que el Estatuto de la Radio y la Televisión pone en la importancia para el pluralismo político y una opinión pública libre, afirma que las mismas circunstancias se presentan en la prensa, sin que por ello sea declarada servicio público. Para este autor, tras la declaración de servicio público están unas razones más profundas, la concepción patrimonial del espacio radioeléctrico y necesidades estratégicas de defensa del Estado y de control interno de la opinión pública. Para Salvador Coderch[696] estos argumentos se reducen a dos: el de la escasez y el de comunidad. Su tesis es que el primer argumento ha perdido gran parte de su fuerza, mientras que el segundo se encuentra enfrentado a los *"costes y las dificultades crecientes que tienen los Estados para mantener la identidad de las comunidades nacionales en una cultura electrónica"*.

Es un hecho que los mensajes audiovisuales ya no sólo se emiten mediante las ondas radioléctricas, sino también mediante las distintas modalidades de cable. Además las ondas radioeléctricas ya no sólo se trasmiten a partir de emisoras terrenas, sino mediante satélite. Todo ello, sumado a las reciente posibilidades de digitalización multiplican las posibilidades individualizadas de transmitir o canales. Por tanto, es cierto que los canales son un recurso menos escaso, pero, no desde luego, ilimitado. Pero ello no significa que desaparezca la necesidad de una ordenación internacional y nacional de este recurso. Es más, podríamos decir que su multiplicación no se ha producido espontáneamente, sino gracias a una adecuada planificación internacional. Por lo tanto, el argumento de la necesidad de ordenación internacional (con su corolario de responsabilidad estatal) y nacional sigue vigente. Y en cuanto a la escasez propiamente dicha, ha de matizarse de que ámbito y de que sistema de transmisión estamos hablando; pero, aún en el campo más escaso, el de las frecuencias para la transmisión terrestre de ámbito nacional, la técnica digital está a punto de operar una multiplicación, que muy probablemente superará las necesidades reales, como analizaremos al tratar de los sistemas de transmisión.

El argumento económico sigue vigente, pese al abaratamiento de los recursos necesarios. Es cierto que mientras los costes de la prensa se han multiplicado, los de la radio y la televisión han caído... en cuanto a los medios y las infraestructuras técnicas[697], pero no así en cuanto a la producción de programas, que han tenido un crecimiento exponencial. Por tanto, deben de revisarse con precaución argumentos como el de

[695] *El régimen jurídico...,* op. cit., pp. 33-34.

[696] *Del servicio público al servicio de la comunidad*, op. cit. p. 71.

[697] Por ejemplo el lanzamiento de una cadena temática por cable puede ser equivalente al de una revista, en el caso francés entre 60 y 70 millones de francos. Véase **de Tarle, Antoine**, *"Tempeté sur les médias"*, Communication et langages, nº 108, 2º trimestre 1996, pp. 4-10.

Skouris[698] que ven en esa disminución de costes y multiplicación de canales una nueva oportunidad para el pluralismo. Esto puede ser así exclusivamente respecto a emisoras locales o de carácter no comercial vinculadas a asociaciones o movimientos sociales. Pero la realidad de la pasada década ha sido, muy al contrario, una creciente concentración en el sector. Como pone de manifiesto el estudio *Concentración de la comunicación en Europa*[699], el desarrollo tecnológico ha favorecido la concentración tanto en prensa como en la radio y la televisión, pues *"...El progreso tecnológico fomenta la diversificación y la concentración de los grupos de comunicación porque estos nuevos métodos técnicos exigen grandes recursos financieros. Como consecuencia, para poder realizar grandes inversiones, las empresas de comunicación deben desarrollarse por medio de un crecimiento interno (el lanzamiento de nuevos productos) o bien externo (la compra de empresas o de títulos)"*. En conclusión, el argumento resulta válido en cuanto a lo que afirma -la tendencia al oligopolio- pero no en cuanto a que resulte elemento diferenciador con la prensa, aquejada del mismo fenómeno.

No parece que el resto de los argumentos se hayan visto afectados por los cambios tecnológicos más recientes. Si acaso se argumenta que el carácter intrusivo de la televisión no se da en la televisión de pago o en cualquier modalidad de servicio audiovisual de abono o de acceso condicionado. Ya razonamos anteriormente que lo consciente y querido en estos casos es la suscripción de un determinado servicio que ofrece un conjunto de canales, pero que, en cambio, la recepción propiamente dicha sigue sin ser un acto previamente planificado y la prueba es que estos servicios intentan desarrollar dispositivos técnico (el famoso *chip anti violencia*) que limite las posibilidades de visión de los miembros menores de la familia. Si acaso respecto a este grupo de argumentos habrá que matizar que el poder de la televisión como conformadora de la opinión pública dista mucho de ser omnímodo; su influencia está en relación con los otros medios[700] y con la red de relaciones sociales en las que cada individuo se encuentre inserto.

Remitiéndonos a la caracterización realizada al delimitar la función de los medios audiovisuales consideramos de especial relevancia el argumento comunitario, sobre todo su variante, el que hemos llamado argumento cultural. Veremos a continuación como esta excepcionalidad del medio se ha plasmado en nuestros país en la declaración de servicio público y sus avatares a través de la legislación y la jurisprudencia.

---

[698] Op. cit. pp. 1289-1290.

[699] **Sánchez Tabernero, Alfonso y otros**, *Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público*, Centre d'Investigació de la Comunicació-European Institute for the Media, Barcelona, 1993, p. 146.

[700] A este respecto cada medio tiene su propio papel. Por hablar de nuestro país y medios de ámbito nacional, podríamos decir que la televisión fija la agenda de los grandes temas e impacta la imaginación colectiva con las imágenes especialmente simbólicas; la radio (especialmente con ese fenómeno de las tertulias, reminiscencia de la prensa decimonómica) fija la opinión de los estratos menos cultivados; la prensa profundiza, denuncia y establece los términos de las alternativas sociales de más alcance. Pero todos ellos se interrelacionan, en una permanente remisión de unos a otros (las televisiones citan las investigaciones-denuncia, las entrevistas o las encuestas de opinión publicadas por la prensa, la radio comenta las imágenes de la televisión, la prensa cita las declaraciones hechas en la radio o en la televisión...).

A favor y en contra del servicio público se alinean los autores[701]; a favor y en contra polemizan los medios, se enfrentan los partidos y se divide la opinión pública. Por empezar de algún modo, cabe refutar la afirmación habitual de que nos encontramos en un sistema mixto de gestión del servicio público de televisión, con una televisión pública, mediante gestión directa por el Estado y las comunidades autónomas (previa concesión) y una televisión privada (gestión indirecta mediante compañías comerciales)[702]. Tal afirmación, que es incuestionable jurídicamente, no responde sin embargo a la verdadera realidad de las cosas: en virtud de la cortedad de miras que ha impuesto a la televisión pública la financiación publicitaria, nuestro sistema no puede si no catalogarse como de televisión comercial, con operadores públicos y privados en competencia. O, si se quiere decir con un exabrupto, como González Encinar[703], lo que tenemos es un servicio público de emisión de basura.

La *publicatio* de la actividad por el Estatuto de la Radio y la Televisión marcará toda la evolución legislativa, reiteradamente confirmada jurisprudencialmente. *"La radiodifusión y la televisión son servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado"* declara en su art. 1.2, sin que exista en esta ley más justificación que las funciones o finalidades (anteriormente indicadas) mencionadas en su Preámbulo. En este sentido puede decirse que el Estatuto, fruto del consenso, no hace sino dar estado legal a la situación existente; ni considera especialmente necesario justificar la reserva estatal[704] (equivalente a monopolio público en aquel momento[705]), acudiendo a los argumentos clásicos, ni distingue entre medios de transmisión y contenidos[706], ni establece un conjunto claro obligaciones públicas a las que está obligado el servicio[707] y se contenta con establecer los principios generales que deben inspirar su funcionamiento[708]. Es más, la Ley 4/80 es, ante todo, el Estatuto de RTVE, cuyo monopolio viene a legitimarse con la declaración de servicio público[709]. La polémica, primero, monopolio público-televisión

---

[701] **Fernández Farreres, G.**, op. cit. p. 25, nota 10 hace un resumen de autores a favor y en contra de la declaración de servicio público. En términos generales consideran constitucionalmente legítima la *publicatio* Chinchilla, Cuadra Salcedo, Varela, García Roca. Han cuestionado esta declaración Sainz Moreno, González Navarro, Ariño Ortiz, Bastida, Solozábal, Gimeno Feliu.

[702] Por ejemplo, **Bastida, F.**, *El régimen jurídico...*, op. cit. p. 38.

[703] En el debate del *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 13.

[704] **Chinchilla, C.**, op. cit. p. 64.

[705] La disposición adicional 1ª viene a convalidar el régimen de gestión indirecta de la radio. Salvando esta disposición y los que se refiere a las sociedades de RTVE, el Estatuto es, ante todo, una ley de la televisión.

[706] **González Encinar, JoséJuan**, *"La televisión pública en España" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 210.

[707] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 30.

[708] **González Encinar, J.J.**, *"La televisión pública en España"*, op. cit., pp. 210-211, estima que el art. 4 del Estatuto más que determinar las funciones de la radiotelevisión pública, establece lo que no debe hacer la televisión pública. Para este autor las funciones no están reguladas, sino simplemente mencionadas en el Preámbulo (vehícuo esencial de la información pública y participación de los ciudadanos....). Para este autor *"que las funciones de la televisión pública no estén establecidas en la Ley no es óbice para que la televisión pueda desarrollar de manera satisfactoria su labor. Pero han de darse entonces dos condiciones: la existencia de una tradición democrática de servicio público y la garantía de una relativa independencia frente al Estado. Ninguna de esas dos condiciones se daban en nuestro país en 1980, ni se dan tampoco en 1995"* (p. 212).

[709] En su momento, antes de la promulgación de la Ley de la Televisión Privada, **González Navarro, F.**, op. cit., p. 238 y ss. insistió en que el Estatuto de RTVE no establecía el monopolio estatal, pues según su interpretación del art. 128. 2 CE,

privada, televisión pública-televisión privada, después, esteriliza toda la reflexión sobre la ordenación jurídica del medio, quedando los derechos del público en un desdibujado segundo término. En cambio, como subraya Chinchilla[710], la declaración de servicio público de la radiodifusión sonora no ha suscitado el mismo debate ni litigiosidad, pues los intereses privados ya encontraban en este medio un cauce a través de la gestión indirecta.

Tendrá que ser el Tribunal Constitucional el que razone la fundamentación de tal declaración, acudiendo a los argumentos clásicos. La **STC 12/1982** (Caso Antena-3) parte -como vimos- de la existencia de un derecho a crear los instrumentos o soportes de comunicación. Un derecho que no es ilimitado y es justamente al desarrollar tales límites (FJ. 3º) cuando se acude a los que venimos denominando argumentos clásicos[711]:

> **Escasez (en relación con el ejercicio efectivo de los derechos):** *"... Cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción pertenecen a esta última categoría* (cuando los bienes de que se sirve ofrecen posibilidades limitadas de utilización)*, su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el 'status quo' jurídico y político del medio y en definitiva el derecho mismo a una difusión e información libres."*
>
> **Utilización del dominio público:** *"... Hay otras circunstancias que conducen a un resultado semejante... el hecho de que la emisión mediante ondas radioléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha."*
>
> **Régimen internacional:** *"... Al mismo tiempo, la actividad de emisión de ondas para radiotelevisión se encuentra sometida a una normativa de Derecho Internacional, dado que los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses nacionales pueden entrar en conflicto con los intereses de otros países. Existe, por ello, una reglamentación internacional de las radiocomunicaciones y dentro de ella una serie de acuerdos que regulan la utilización de las frecuencias, de suerte que es necesario que los Organismos internacionales atribuyan a cada país las frecuencias y que los Estados se obliguen en atención al interés público internacional a respetarlas y a no permitir su utilización sin previa licencia."*

Después de recordar estos argumentos y estimar que no le corresponde pronunciarse en favor de un sistema de gestión indirecta, el Tribunal considera suficiente la mención que realiza el legislador de los fines del servicio para legitimar su opción política:

> *"Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador."* (FJ. 4º)

---

cuando la declaración de servicio público conlleve el monopolio, la ley que publifique la actividad debe declarar expresamente el carácter de monopolio, cosa que no hizo el Estatuto. Para el autor, la actividad de la televisión supone ante todo el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, su reserva estatal -y más aún el monopolio- resultan inconstitucionales.

[710] **Chinchilla Marín, Carmen**, *"El régimen jurídico de la radiodifusión sonora" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 604

[711] En términos muy parecidos serán recogidos por las ulteriores **SSTC 206/1990, 127/1994, 88/1995**, en todos los casos, como es lógico, en relación a la televisión transmitida por ondas de difusión terrestre.

Esta conclusión dominará toda la jurisprudencia posterior, sin que en ningún momento la declaración de servicio público de la televisión (pues a ella se refieren preferentemente los recursos) se delimite de modo preciso. Pero el Tribunal se cuida de establecer las condiciones en la que el legislador podría ejercer la opción política de establecer un sistema de televisión privada: habrá de respetar en tal caso su ordenación los principios de *libertad, igualdad y pluralismo*.

El voto particular del magistrado Rubio Llorente pone el acento en la que considera inconstitucionalidad del monopolio:

> *"No es en modo alguno contraria a la Constitución la declaración de que la televisión es, por su naturaleza propia, un servicio público, e incluso hay buenas razones para sostener que una declaración de este género viene exigida por la Constitución, pero la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal que impida absolutamente el ejercicio del derecho. La Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación. La naturaleza específica de la televisión (como la de la radiodifusión) hace imposible el ejercicio del derecho constitucional a difundir a través de ella ideas o informaciones sin unas previas normas de organización que el legislador debe establecer. Pero el legislador está constitucionalmente obligado a establecerlas; no es competencia suya resolver sobre si debe hacerlo o no. Las decisiones acerca de la existencia o inexistencia de una libertad no pueden ser consideradas nunca como cuestiones políticas."*

A mi juicio, el argumento tiene la virtud de situar el concepto de servicio público en el contexto de las facultades que implica el derecho a la información. El monopolio anula estos derechos y es, por tanto, inconstitucional, pero el ejercicio de los derechos sólo puede realizarse en el marco de una ordenación que el legislador está obligado a producir. Sin embargo, el voto mayoritario en favor de la discrecionalidad política va a ser en la evolución ulterior un cheque en blanco para el legislador.

La primera brecha en el monopolio se produce con la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal. El art. 2.2 del Estatuto ya preveía la posibilidad de que el Gobierno concediera la gestión directa de un canal de televisión de titularidad estatal a las Comunidades Autónomas, al tiempo que la disposición adicional 4ª del Estatuto indicaba de una manera confusa que RTVE desarrollaría un tercer canal regional, en los términos del anteriormente citado art. 2, condicionado a la previa cobertura técnica de ambas cadenas de todo el territorio nacional y a una fase previa de programación autonómica, complementaria de la nacional. Es decir, parecía que RTVE crearía un tercer canal, que luego sería concedido a cada Comunidad, tesis avalada por la organización territorial del Ente, con un delegado territorial y un Consejo Asesor por Comunidad Autónoma y el art. 13 que ordenaba a RTVE elaborar una propuesta de programación específica de radio y televisión a emitir en el ámbito de la nacionalidad o región. Pero el régimen establecido en la Ley 46/1983 es ya el de concesión directa por parte del Estado a las respectivas comunidades autónomas, sin necesidad de que RTVE constituyera tal canal, solución en realidad más acorde con los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña, anteriores a la Ley 4/1980[712]. El segundo párrafo del 6 precisa -como no podía

[712] Mucho se ha discutido sobre la distinta naturaleza de la televisión autonómica en el País Vasco y la del resto de las comunidades, por las diferencias en el Estatuto del País Vasco y el de Cataluña (cuyo modelo, en líneas generales siguen

ser menos tratándose de una concesión- que la gestión concedida no podría ser transferida a terceros, de manera que aunque se mantiene la gestión directa del servicio, ésta se abre a las empresas públicas de las respectivas comunidades autónomas.

En realidad la Ley del Tercer Canal había sido precedida por las respectivas leyes autonómicas de creación del Ente Público *Radio Televisión Vasca* (Ley 5/1982, de 20 de mayo) y del Ente Público *Corporación Catalana de Radio y Televisión* (Ley 10/1983, de 30 de mayo). Ambos organismos reproducen la estructura de RTVE, anticipando la que será pauta para las sucesivas televisiones autonómicas: Galicia (Ley 9/1984, de 11 de julio), Valencia (Ley 7/1984, de 4 de julio), Madrid (Ley 13/1984, de 30 de junio), Canarias (Ley 8/1984, de 11 de diciembre)[713], Baleares (Ley 7/1985, de 22 de mayo), Navarra (Ley foral 16/1985, de 27 de septiembre), Aragón (Ley 8/1987, de 15 de abril), Andalucía (Ley 8/1987, de 9 de diciembre) y Murcia (Ley 9/1988, de 11 de noviembre)[714]. En lo que aquí interesa cabe citar la Ley Vasca, que en su Preámbulo concibe al servicio público esencial de la radio y televisión autonómicas *"como instrumento capital para la información y participación política de los ciudadanos vascos, así como medio fundamental de cooperación con nuestro sistema educativo y de fomento y difusión de la cultura vasca, teniendo muy presente el fomento y desarrollo del euskera, todo ello como base y fundamento para el adecuado desenvolvimiento de los derechos y libertades de los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma".* Es, justamente, el cultivo de la lengua propia la función más característica de este servicio en las Comunidades del País Vasco, Cataluña, Valencia y Galicia y en este sentido puede decirse que la radio y la televisión autonómicas han jugado un verdadero papel vertebrador de estas comunidades, tanto del punto de vista político, cultural y social, sin perjuicio de que su dependencia política y comercial haya terminado por desnaturalizar sus programaciones

Entre tanto, los particulares seguían buscando algún resquicio para introducirse en el negocio de la televisión. Las **SSTC 74/1982 y 106/1986** reiteran los argumentos de la STC 12/1982 y la segunda sentencia citada añade en su FJ. 3º una precisión: aun en el caso de que no existiera la declaración de servicio público no tendrían sin más los particulares un derecho preestablecido a inscribir y reservar frecuencias determinadas de radio y televisión.

---

en esta materia el resto de los Estatutos cuya Comunidad tiene tercer canal). Si ambos estatutos establecen entre las competencias de la Comunidad la de regular, crear y mantener su propia radio, televisión o prensa, la disposición transitoria 8ª del Estatuto de Cataluña declara que el Estado otorgará en régimen de concesión a la Generalitat un tercer canal, mientras que la disp. transitoria 6º del Estatuto del País Vasco se limita a recordar que la coordinación en las materias compartidas será aplicable en el caso de que el Estado conceda un nuevo canal de titularidad estatal. En general, la doctrina ha entendido que el Estatuto catalán se ha autolimitado en este punto y que, por tanto, puede distinguirse entre una televisión autonómica propia (País Vasco) y una televisión autonómica de concesión estatal. Véase **Chinchilla, C.**, op. cit. pp. 154-163 . **Fernández Farreres, G.**, op. cit, pp. 59-69 considera que la única consecuencia práctica es que la de concesión estatal no puede ser gestionada indirectamente por los particulares, sin modificar la ley del Tercer Canal (tema que examinaremos más adelante), mientras que la propia es susceptible de gestión indirecta, si así lo decide por ley propia la Comunidad Autónoma del País Vasco.

[713] El organismo correspondiente no ha llegado a constituirse y en estos días (agosto de 1998) el Gobierno canario se ve envuelto en un concurso para seleccionar una sociedad para la gestión indirecta del servicio, que, según sostiene el Gobierno de la Nación, vulnera la legalidad.

[714] Canarias, Baleares, Navarra, Aragón y Murcia no han llegado a asumir de manera efectiva este tercer canal por vicisitudes diversas. En el caso de Canarias, la implantación de una televisión regional ha tenido un desarrollo conflictivo a lo largo de la legislatura 1996-2000, con infinidad de recursos entre el Estado y la Comunidad.

La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, declara a las telecomunicaciones, conforme al art. 128.2 CE, servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público (art. 2.1). La norma supone la primera regulación sistemática del medio radiodifusión basada en la declaración de servicio público.

La ley define los servicios de difusión como aquellos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea; su prestación en régimen de gestión indirecta requerirá concesión administrativa (art. 25.1). La televisión, definida como la emisión de imágenes no permanentes por cualquier medio, tendrá siempre consideración de servicio de difusión, remitiendo su régimen a su regulación específica (art. 25.2). No se considera, sin embargo, televisión las instalaciones que sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios o en una manzana de fincas colindantes (art. 25.3), disposición que llevará a distinguir por la doctrina entre instalaciones de *televisión por cable* (con uso del dominio público, y, por tanto, consideradas televisión) y de *vídeo comunitario* (sin uso del dominio público), distinción polémica y sobre la que habría de pronunciarse el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el art. 26 establece el régimen de la radiodifusión sonora[715], con las siguientes variantes:

1. Servicios de onda corta y onda larga: explotación directa por el Estado o sus entes públicos.
2. Servicios de ondas medias explotados en concurrencia en las siguientes modalidades:
    a) Gestión directa del Estado o sus entes públicos;
    b) Gestión indirecta mediante concesión a personas físicas o jurídicas;
3. Servicios de ondas métricas en modulación de frecuencias explotados en concurrencia en las siguientes modalidades:
    a) Gestión directa por las Administraciones Públicas o sus entes públicos conforme a sus competencias, e indirectamente mediante concesión por las corporaciones locales;
    b) Gestión indirecta mediante concesión administrativa a personas físicas o jurídicas.

Los Planes Técnicos Nacionales[716] aprobados por el Gobierno se conciben como la directriz básica para la implantación de estos servicios. La competencia para la concesión

[715] Sobre el régimen jurídico de la radiodifusión sonora, véase **Chinchilla Marín, Carmen**, *"El régimen jurídico de la radiodifusión sonora" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 597-617.

[716] Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Métricas con Modulación de Frecuencia (R.D. 169/1989, de 10 de febrero), Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Medias (Hectométicas) (R.D. 765%1993, de 21 de mayo). **Carreras, L.**, op. cit. , pp. 304-305, pone de manifiesto los distintos criterios seguidos para la adjudicación de las emisoras de FM en el Plan Transitorio (R.D. 1433/79) y en el Plan de 1989. En 1979 se favorece el establecimiento de cadenas de emisoras. En cambio, en 1989, se tienen más en cuenta el criterio del pluralismo, que puede llevar a denegar la solicitud a quien ya ostente otra concesión. El autor pone de manifiesto como en las Comunidades de Cataluña, Galicia,

de la gestión indirecta del servicio en ondas métricas en modulación de frecuencia se atribuye a las Comunidades Autónomas (art. 26.6), reservándose en todo caso al entonces Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones la aprobación de los proyectos técnicos antes de comenzar a emitir, así los Reglamentos Técnicos y de Prestación de Servicios (art. 26.6). El Tribunal Constitucional habría de aclarar en distintas sentencias la delimitación de competencias en estas materias entre el Estado y las Comunidades Autónomas[717]. Por su parte, la disposición adicional 6ª establece el régimen de los concesionarios de la radiodifusión sonora, incluyendo unas serie de disposiciones destinadas a garantizar la transparencia y evitar la concentración. Es significativo que en su punto 2 b) se reconozca la posibilidad de transferir la concesión, previa autorización administrativa, lo que convierte a las concesiones en elementos negociables (a diferencia de lo que establecerá la Ley de la Televisión Privada)[718]. En general, puede decirse que este régimen de la disp. ad. 6ª anuncia el que la Ley de la Televisión Privada establecerá para los concesionarios en este medio.

El panorama de la televisión cambia substancialmente con la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que abre el servicio público a la gestión indirecta de tres sociedades concesionarias de canales de cobertura nacional. La batalla política y económica sigue dándose en el ámbito nacional y funcionando ya televisiones gestionadas por organismos dependientes de distintas comunidades autónomas, sigue quedando en el olvido el ámbito de la televisión local y otros medios de transmisión distintos a la emisión por ondas hertzianas. Este vacío normativo será llenado por la proliferación de emisoras locales (muchas municipales) y sobre todo por la aparición del fenómeno atípico de los videos domésticos (en principio, poco más que la conexión de un vídeo a la instalación colectiva de un bloque de viviendas), que van evolucionando hacia verdaderos sistemas de televisión local por cable, explotados en la mayor parte de los casos por comerciantes locales.

La LTVP se cuida en su Preámbulo de invocar el art. 128 CE (olvidado en la Ley 4/1980) y la jurisprudencia constitucional para la que la el servicio público y su posible

---

País Vasco o Comunidad Valenciana, que tienen asumida la competencia de la adjudicación, se atiende a criterios como la difusión de las lenguas propias. Una vez más, se manifiesta, como vemos, el *argumento comunitarista*.

[717] **Escobar, L.**, op. cit. , pp. 557-558, resume en los siguientes términos la doctrina de las **SSTC 67/1993, 168/1993**, **244/1993** (reiterando los mismos criterios y adaptándolos a la LOT de las **SSTC 44/1982, 248/1988)**, en relación con las competencias de inspección y sancionadoras del Título IV de la LOT: *"a) es de competencia autonómica: la resolución de las solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión en frecuencia modulada, el otorgamiento de concesiones de instalación y el funcionamiento de las mismas, así como la regulación de los procedimientos de adjudicación; b) Es de competencia estatal: dictar las normas delimitadoras del espectro radioeléctrico reservado a la radiodifusión sonora y las que regulan las condiciones básicas o requisitos generales para la prestación del servicio; elaborar los planes nacionales a través de los cuales se llevase a cabo la coordinación nacional, así como la coordinación exigida por compromisos internacionales y las características del servicio, planes a los que habría de sujetarse el otorgamiento de concesiones; fijar las condiciones técnicas, de acuerdo con la disciplina internacional sobre el tema, aspectos que quedan fuera del ámbito autonómico y que incluyen la inspección y el control del cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras y el cumplimiento de las condiciones técnicas de las emisoras y la asignación de frecuencias y potencias."*

[718] **Bastida, F.**, *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 36-37considera que el servicio público de la radiodifusión no se rige conforme a los principios que inspiran su declaración, pues no se protege el pluralismo informativo cuando es el Gobierno el que distribuye las concesiones y no un organismo autónomo y juzga que las disposiciones anticoncentración de la disp. adicional 6ª no evitan la formación de oligopolios privados.

gestión indirecta son legítimas opciones políticas. El Preámbulo razona la finalidad del servicio público en estos términos:

> *"La finalidad de la televisión como tal servicio público ha de ser, ante todo, la de satisfacer el interés de los ciudadanos y la de contribuir al pluralismo informativo, a la formación de un opinión pública libre y a la extensión de la cultura."*

En el Preámbulo también encontramos la justificación de la limitación del número de concesiones a tres por los siguientes factores: a) cálculos de viabilidad económica para las empresas concesionarias; b) limitaciones técnicas; c) interés del público por una programación diversificada. Me atrevería a decir que el primer factor resultó decisivo, pues si aun en régimen de transmisión analógico hubiera sido posible establecer un canal nacional más, desde luego el interés del público no se limitaba a un número determinado de canales -otra cosa es la variedad y la calidad de los mismos[719]. En cualquier caso, cubriéndose las espaldas, el art. 6.3 establece que el otorgamiento de nuevas concesiones de programas con cobertura nacional no podrá alegarse como alteración del equilibrio económico financiero de las concesiones otorgadas.

En cualquier caso, conforme el art. 3, la gestión indirecta se inspirara en los principios recogidos en el art. 4 de la Ley 4/1980, que ni en la televisión pública ni en la televisión privada parecen haber tenido más virtualidad práctica que la de servir de punto de contraste para evaluar la realidad de los programas.

No me detendré aquí en el estudio pormenorizado de la Ley y el régimen de los concesionarios, que será recogido en otros lugares. Estudiaremos ahora sólo los aspectos más relacionados con la propia concepción del servicio público.

El Preámbulo califica al sistema como de cobertura mixta, pues se requiere que las concesiones prevean la emisión de determinados programas en una zona de cobertura geográfica limitada, coincidente con las zonas territoriales del Plan Técnico Nacional. La capacidad para atender necesidades de programación de cobertura limitada es en el art. 9 es uno de los criterios para la adjudicación de las concesiones. El Plan Técnico Nacional (aprobado por el Real Decreto 1362/1988) establece las disposiciones necesarias para la emisión de tres programas nacionales, con la posibilidad de que cada uno se regionalice en diez zonas territoriales. Sin embargo, esta posibilidad técnica no ha sido llevado a la práctica sino testimonialmente por las programaciones de las sociedades concesionarias, que han apostado por la rentabilidad de la programación nacional. Tampoco es descabellado pensar que las comunidades autónomas, sobre todo aquellas con televisión autonómica, presionarían para evitar esta nueva competencia (a sumar a la de la programación regional de RTVE), sobre todo teniendo en cuenta que esta programación regionalizada no se ajustaría exactamente a los límites geográficos de las comunidades autónomas.

[719] La viabilidad económica sigue siendo un condicionamiento sustancial. Pese a que los concesionarios quedaron reducidos a dos y a uno más de pago, el sistema, como veremos al tratar de las empresas, sigue limitado por las dimensiones del mercado publicitario. No es extraño que los concesionarios pongan el grito en el cielo ante el aumento de las concesiones merced a la multiplicación de canales que ofrece la transmisión digital.

En cuanto al sistema de adjudicación, el Preámbulo insiste en su carácter objetivo y el art. 9 fija los criterios para la misma:

a) Necesidad de garantizar un expresión libre y pluralista;
b) Viabilidad técnica y económica del proyecto;
c) Relación en los proyectos de programación entre la producción nacional, europea, comunitaria y extranjera, dándose preferencia a la de expresión originaria española y a la europea comunitaria;
d) Capacidad para regionalizar la programación;
e) Previsión de satisfacer con la programación los plurales intereses del público.

El Gobierno -concluye el art. 9- valorará prioritariamente las garantías ofrecidas a fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, así como la diversificación de los agentes informativos y evitar los abusos de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia. Es por esta vía, bien que indirecta, que puede hablarse de unas obligaciones de servicio público (garantizar una expresión libre y pluralista, satisfacción con los programas de los plurales intereses del público) de las concesionarias[720].

El régimen concesional ha sido criticado por buena parte de la doctrina[721]. No cabe duda que la concesión supone negar la preexistencia de un derecho a ejercer el derecho a la información mediante el uso de estos medios técnicos. La autorización, como remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho subjetivo, como mera constatación de unos requisitos tasados (por ejemplo, como en el nuevo sistema de autorizaciones generales de la Ley General de Telecomunicaciones), no parece adecuada, pues, al menos en la transmisión mediante ondas hertzianas, resultaría imprescindible un proceso de selección, que garantice un acceso objetivo en términos de igualdad. Justamente, ahí reside la dificultad, pues no parece que sea objetable que ese proceso de selección busque aumentar la pluralidad de emisores realmente diversos, pero, inmediatamente, entramos

[720] A diferencia, por ejemplo, de italia, donde las concesiones no establecen ningún tipo de obligación de servicio público. Véase **Pace, A.**, *"La televisión pública en Italia"*, op. cit., p. 168.

[721] Con carácter general por **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. pp. 311-312, que desarrolla en este lugar la naturaleza y evolución de la concesión y las técnicas alternativas a la misma y la actual importancia de las operaciones de tipo contractual, por ejemplo, en Francia. Razona también el autor su incompatibilidad con el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, *II Las telecomunicaciones*, op. cit. pp. 214-215. Y en concreto, sobre la inadecuación de esta técnica a la televisión privada, el mismo autor y en la misma obra en su parte *III La televisión,* op. cit., pp. 72-74, sostiene que la concesión supone un régimen excepcional inadmisible constitucionalmente y propone como alternativa fórmulas como la de arrendamiento, licencias o autorizaciones, englobadas por la doctrina francesa bajo el término *delegación de servicio público*, op. cit. p. 146. Por cierto que en Francia, véase **Derieux, E.**, op. cit. p. 203-204, las emisoras de radio y televisión están sometidas a un régimen de autorización, condicionada a que el solicitante concluya con el Consejo Superior del Audiovisual una convención en la que se establezcan las reglas particulares del servicio. **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 133 y ss. considera que la concesión supone negar la preexistencia de un derecho, pero admite la autorización como un sistema de acceso objetivo a las frecuencias y horarios para el ejercicio ordenado de lo que denomina *libertad de antena*. También en favor del uso de la técnica autorizatoria, **Carreras, L.**, op. cit., p. 198. Más matizada es la posición de **García Llovet, E.**, op. cit., pp.325-326, para el cual si en principio la concesión puede considerarse, desde una perspectiva liberal, como incompatible con el ejercicio de los derechos fundamentales, la autorización, en cambio, como simple técnica de policía resulta inadecuada para ordenar estos derechos, por lo que aboga por un sistema de autorizaciones en el que la Administración disfrute de un conjunto de facultades para ajustar el interés particular al general, de un modo próximo al de la concesión (p. 158).

en un terreno resbaladizo, susceptible de manipulación política. Por eso, el criterio del pluralismo debe objetivarse al máximo, no sólo con normas anticoncentración, como hace el derecho español y en general los distintos derechos europeos, sino también mediante la adopción de medidas de discriminación positiva, que permitan seleccionar (sobre todo en el caso de la radio) a asociaciones, grupos ciudadanos u otros movimientos sociales sin ánimo de lucro, que cuenten con el apoyo de subvenciones públicas, para contrarrestar el dominio de las empresas comerciales.

Chinchilla[722]señala como obligaciones del concesionario: 1ª , intrasferibilidad de la gestión; 2ª , prohibición de ser titular de más de una concesión y deber de transparencia financiera; 3ª , mantenimiento de la características técnicas de la emisión y perfeccionamiento de la calidad de los equipos emisores; 4º prestación continuada del servicio; 5º plazo de reversión de la concesión; 6ª , obligaciones de los concesionarios respecto a la programación. García Llovet[723] las clasifica en a) obligaciones generales: continuidad, igualdad, mutabilidad; b) obligaciones que derivan del servicio público: mantenimiento de las condiciones técnicas de la concesión; c) obligaciones derivadas de la función social del servicio público. Y respecto a estas, indica que si en el caso de la radio son escasas (prácticamente se reducen a difundir gratuitamente, citando su procedencia, los comunicados y avisos de carácter oficial), en el caso de la televisión, la obligación sustancial es que el funcionamiento del servicio debe inspirarse en los principios del art. 4 de la Ley 4/1980. A este respecto, Chinchilla[724] y Quadra-Salcedo[725] se muestran de acuerdo en que estos principios, especialmente los de objetividad y neutralidad no pueden ser exigidos en los mismos términos a los gestores públicos del servicio que a las empresas privadas a las que se encomienda la gestión indirecta: no debe olvidarse que se están ejerciendo los derechos a la libertad de expresión e información y, por tanto, sin que la información sea sectaria puede tener su propia tendencia.

Como se ve, el contenido del servicio público queda bastante desdibujado[726], pues no puede considerarse que las normas de transparencia y anti-concentración, o las de limitación de la publicidad o fomento de la producción nacional, que son las obligaciones más exorbitantes que afectan a los concesionarios en comparación con la pura libertad de empresa, sean algo característico del servicio público, en cuanto pueden imponerse perfectamente (como ocurre en muchos sistemas con respecto a la prensa) sin necesidad de la reserva estatal de la actividad, delegada luego en los particulares. Los principios que deben inspirar el servicio público (los del art. 4 de la Ley 4/1980) no tienen una traducción

[722] Op. cit. p. 201 y ss.

[723] Op. cit. pp. 333-336.

[724] Op. cit. p. 207 y ss.

[725] En el debate de *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 111.

[726] Para **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. p. 74, *"...no hay ningún régimen jurídico especial en ninguna parte, salvo algunos preceptos sueltos en la Ley de 1988, que impongan a los concesionarios un bloque de obligaciones de servicio público. Todo el régimen de servicio público se concreta no en las misiones a cumplir por los operadores, sino como antes se ha subrayado, en un régimen jurídico especial que se sustenta y concluye en las relaciones estrechas que han de mantener las dos partes -Administración y concesionario- de estos peculiares contratos. Tal vez sea del todo exacto proclamar que la calificación de servicio público no sirve para lo que debiera (exigir una programación que respete algunos valores constitucionales básicos), y se emplea sin embargo para lo que no es constitucionalmente admisible, el mantenimiento de un yugo específico sobre la actividad de los operadores privados."*

en obligaciones concretas del concesionario. La declaración de servicio público es, de esta manera, ante todo, un procedimiento para seleccionar de un modo que se quiere objetivo y en función del interés público a los gestores de un oligopolio al que se terminaría abocando, de modo caótico y sin garantía para el interés general, en un régimen de plena libertad.

El Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse expresamente sobre este régimen de servicio público al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Televisión Privada[727]. En la **STC 127/1994**, reiterando y sistematizando la doctrina de las **SSTC 74/1982, 35/1983, 106/1986, 206/1990, 119/1991** y **31/1994**, el Tribunal vuelve a declarar que la Constitución ni impide ni exige la declaración de servicio público, que es una opción, entre otras constitucionalmente posibles, del legislador (FJ. 6º), perfectamente compatible con el ejercicio de los derechos del art. 20 y conforme a los límites establecidos para este tipo de restricciones por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[728]. Mantiene la distinción entre *derechos primarios e instrumentales* y, así, afirma que *"el objeto de los derechos fundamentales del art. 20. 1 de la Constitución no coincide, pues, totalmente con el objeto de las concesiones".* En consecuencia no existe ni desarrollo, ni limitación de derechos y por ello no es preceptivo el rango de orgánica en la ley impugnada[729]. Pero en la línea avanzada por la **STC 206/1990** (*"La calificación de la televisión como servicio público.... no es en absoluto una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación, ya que hay en juego derechos subjetivos...* FJ. 6º) la sentencia razona la fundamentación del servicio público y le somete a exigencias o límites en razón de tal fundamento:

> *"... la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general a la libertad. Se trata no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier actividad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de un soporte técnico o, cuando menos, garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso*

[727] Promovido por el Parlamento y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por el Parlamento Vasco y por 50 diputados del Grupo Parlamentario Popular. Véase el comentario de **Salvador Coderch y otros**, *"Del servicio..."*, op. cit. pp. 95-108.

[728] **Salvador Coderch, P.**, ibídem, p. 104 y ss. critica que la sentencia no discrimine entre las distintas técnicas de disciplinar el medio y legitime la más onerosa para los derechos particulares, como si todos los modos de intervención fueran igualmente convenientes desde un punto de vista constitucional.

[729] *"...la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión es una modalidad de ejercicio --de entre las constitucionalmente posibles-- de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución y, al tiempo, un presupuesto mediante la regulación de las condiciones que hacen posible y efectivo el ejercicio de esos derechos (art. 53.1 de la Constitución; y no realmente un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos fundamentales, que es lo que la Constitución reserva a la Ley Orgánica en su artículo 81.1; ni tampoco una delimitación negativa o restricción de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que debiera venir cubierta por Ley Orgánica, pues de la misma no se deduce necesariamente una exclusión de las modalidades televisivas no reguladas..."* (FJ. 4º).

a la autorización sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del art. 20 CE..." (FJ. 6º).

Por tanto, aunque el Tribunal da su respaldo al concepto clásico del servicio público, al que considera como una técnica constitucionalmente válida para ordenar el ejercicio del derecho, excluye cualquier injerencia pública sobre el ejercicio del *derecho de libertad* de los concesionarios, escogidos por un procedimiento objetivo. Resume la sentencia esta doctrina en los siguientes términos:

"En definitiva, la vigencia de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 20. 1 de la Constitución no puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de la controvertida calificación legal de servicio público y ello sin perjuicio de que el legislador debe ponderar debidamente y garantizar los derechos fundamentales en juego sin imponer a los mismos restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el art. 20 CE, y, a la par, obliga a que este Tribunal controle si la ley garantiza o no suficientemente tales derechos" (FJ. 6º).

De modo que la conclusión de esta sentencia -en la que el Tribunal se mostró dividido y hubo de ser decidida por el voto de calidad de su presidente- es que el Tribunal se reserva juzgar si la ley, al establecer una ordenación del ejercicio de estos derechos incurre en *restricciones innecesarias* de la libertad de expresión e información.

Justamente, el Tribunal acababa de conceder el amparo ante una de estas restricciones innecesarias en la **STC 31/1994**[730], en un caso de televisión local por cable, el caso Teledimo-Lady Cocinas. Corona esta sentencia todo un proceso en el que los promotores de videos comunitarios y televisiones locales por cable intentan impedir que las respectivas administraciones apliquen la legislación vigente, y de modo especial la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y cierren estas instalaciones, muchas veces no sólo en precario jurídicamente, sino también técnicamente. Como vimos la LOT (art. 25.3) abría un resquicio para estos videos comunitarios cuando la instalación se circunscribe a un edificio o una serie de bloques colindantes, sin utilización del dominio público, en este caso la vía pública, pero esta excepción al servicio público se reveló pronto insuficiente y, sobre todo, arbitraria. Y, así, los gestores de estas instalaciones impugnan el cierre de las mismas en aplicación de la norma citada, obligando al Tribunal Constitucional[731] a cuestionarse progresivamente la justificación del servicio público en esta actividad, marcada por la no utilización del dominio público radioeléctrico.

---

[730] Sobre esta sentencia puede verse de modo específico, **Jimena, L.**, *"La libertad de creación de medios...",* op. cit.; **Pérez Gómez, José María**, *"La televisión por cable en la doctrina del Tribunal Constitucional"*, La Ley, 1, 1995, pp. 1074-1078; **Santaolalla López, Fernando**, *"Televisión por cable y control de las omisiones del legislador. En torno a la STC 31/1994"*, Revista Española de Derecho Constitucional, 41, 1999.

[731] **SSTC 181/1990, 20/1990** (resolviendo distintos recursos de amparo acumulados en relación a emisoras locales de radio y televisión, algunas de ellas por cable)**, 119/1991, 189/1991**. Los votos particulares de los magistrados Rubio Llorente (*"... la diferenciación entre la plena licitud de los videos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de aquellos que hagan uso de él... es una palmaria violación del art. 14 CE por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable"*), López Guerra (*"... una cosa es la conveniente y oportuna regulación de la utilización del dominio público... y otra cosa muy distinta obstaculizar decisivamente el ejercicio de la libertad de expresión en tanto tal regulación se produce...")* y Rodríguez Piñero (el art. 25.3 LOT *implica... no la mera sujeción a una concesión administrativa... sino una prohibición de esa actividad")* en la sentencia 189/1991, especialmente el de López Guerra, preludian la solución de la STC 31/1994.

Después de resumir la jurisprudencia anterior en materia de creación de los medios materiales para expresarse e informar, la sentencia, reiterando lo dicho por la STC 119/1991, afirma la compatibilidad del régimen de intervención administrativa con el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el carácter de servicio público de cualquier forma de televisión, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión y el art. 2.1 de la LOT. Pero, también, que la necesidad de que la intervención administrativa ordene el ejercicio del derecho no puede supone en ningún caso su prohibición:

> *"En virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos. Pero lo que no puede hacer el legislador es diferir 'sine die', más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en esta caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental... pues la ausencia de regulación comporta, de hecho,...no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación... en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados 'ex Constitucione', aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 de la Constitución española."* (FJ. 7º)

El razonamiento establece el marco en el que el derecho a la información puede ser ordenado y, por tanto, resulta válido para cualquier forma de ejercicio a través de la televisión. En otras palabras, el servicio público es admisible siempre que mediante el mecanismo de la gestión indirecta encuentren los titulares del derecho encuentren expedito un camino para ejercerlo. La escasa complejidad técnica que plantearía la regulación del régimen concesional de la televisión local por cable y la cobertura legal ofrecida por algunas sentencias del Supremo, anteriores a la LOT, llevan al Tribunal reafirmar el carácter desproporcionado de la limitación que supone la inacción del legislador. También considera que, dado que no se trata de un recurso escaso, no existe peligro para la libertad de expresión de los demás:

> *"Dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no supone el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista laguna legal, sujetar a concesión a autorización administrativa -de imposible consecución, por demás- el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1 a) y d) de la Constitución española."*

Se ha criticado a esta sentencia por basar su fallo más en motivos procedimentales (omisión legislativa) que de fondo[732], pero a mi entender supone un cambio sustancial[733]. A falta de regulación, el derecho puede ejercerse libremente **sin necesidad de interposición legislativa** y esta doctrina no sólo es aplicable a la televisión local por cable, sino a cualquier forma de televisión. Ahora bien, este ejercicio del derecho debe someterse a la ordenación del legislador, aun cuando éste elija una técnica tan intervencionista como la del servicio público, siempre -ésta creo que fue otras de las novedades aportadas por esta sentencia- que éste admita la gestión indirecta de los particulares. Por tanto, si relacionamos esta doctrina con la limitación impuesta al servicio público por la STC 127/1994, en el sentido de que esta ordenación no suponga una restricción injustificada, existe base suficiente para reinterpretar el servicio público al servicio del derecho a la información. Así, lo injustificado de la restricción habría de juzgarse en relación con la propia naturaleza del medio de transmisión.

Pero la sentencia comentada supone el último hito de una etapa. A partir de 1994 los procesos de liberalización y cambio tecnológico y su instrumentación en el derecho comunitario comienzan a tener repercusiones en España. Primero una regulación más amplia de las distintas formas de transmisión, luego, con la liberalización de las telecomunicaciones, se hacen menos acuciantes las solicitudes de amparo y menos importante la jurisprudencia constitucional. Antes de estudiar los procesos de liberalización, el derecho comunitario y su incidencia en un nuevo marco legislativo, retendría como conclusión de esta etapa que el servicio público, considerado como una legítima opción del legislador, se justifica en la televisión de cobertura nacional como un modo ordenado de establecer un oligopolio (al que se estaría abocado *desordenadamente* en un régimen de libertad) que garantice la continuidad y viabilidad económica de los emisores.

3.2. De los servicios públicos nacionales a la competencia de operadores: liberalización y globalización

Anteriormente, en este mismo capítulo (1.2.2), estudiamos la incidencia de los procesos de liberalización respecto a la noción de servicio público (en general, y con especial referencia a las telecomunicaciones). En el caso de la radio y la televisión, uno de los principales factores de ruptura del *status quo* de los servicios públicos nacionales es la aparición desde mediados de los ochenta de los satélites de difusión directa de televisión. Aunque sometidos al principio de responsabilidad nacional y a un régimen internacional que buscaba la acomodación de su ámbito cobertura con las fronteras nacionales (como se expuso en el capítulo 1º, 2.2 y 2.3), la aparición de servicios transnacionales de televisión es a finales de los ochenta un fenómeno que cuestiona los fundamentos de los servicios nacionales. Los intereses en presencia son poderosos[734]: la industria espacial y electrónica encuentra en estos satélites y en los equipos de recepción domésticos un

[732] **Jimena, L.**, *"La libertad de creación..."*, op. cit., p. 10890.

[733] La doctrina en ella sentada fue reiterada por las **SSTC 47/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994, 370/1994, 12/1995, 47/1996**, recaídas en casos similares.

[734] **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 144.

nuevo mercado y las grandes agencias de publicidad (muchas de ellas multinacionales al servicio de clientes multinacionales) aprovechan la ocasión para romper las limitaciones a la difusión de publicidad establecidas en muchos países europeos y poder crear, de paso, anuncios y prácticas publicitarias mundiales. Al mismo tiempo, empresas de comunicación nacionales intentan en sus propios mercados romper los monopolios televisivos, impugnando ante los tribunales las restricciones a la libre emisión como incompatibles con los derechos a la libertad de expresión e información, reconocidas constitucionalmente. La creación de un mercado audiovisual único somete a la competencia incluso a aquellos contados servicios que todavía ostentan un monopolio nacional[735]. Todo ello en el marco del movimiento privatizador y del proceso de liberalización de las telecomunicaciones[736].... El resultado no es otro que la voladura -más o menos controlada, según los países- de los servicios públicos nacionales. Si la desaparición de los monopolios de radio y televisión es el aspecto positivo de este proceso, la situación de debilidad en que quedan las empresas públicas de radio y televisión para competir con los recién llegados hace muy difícil la satisfacción de las funciones públicas que tienen encomendadas. Los programas de radio y televisión terminan por convertirse en una mercancía como otra cualquiera, que circula por las infraestructuras liberalizadas como un producto más ofrecido a la adquisición de los consumidores.

En este nuevo modelo, la publicidad juega el papel de motor central. Keane[737] nos resume los argumentos de los defensores de esta liberalización. La anterior restricción de la publicidad a precios competitivos -se alega- tiene consecuencias negativas para el desarrollo económico en general y para los consumidores de los medios de difusión en particular. Los mercados de publicidad libres proporcionan una mejor información. Estimulan los productos innovadores, reducen los precios y promueven la competencia entre las empresas. La publicidad, además, ofrece unos medios de comunicación libres, cuyos costes no se cargan a sus usuarios. Los mercados de publicidad libres garantizan a las audiencias una selección de programas acorde con sus gustos y deseos y a los publicitarios la libertad de comprar tiempo de emisión allí donde resulte más rentable para los anunciantes. Los medios públicos ejercen una censura sistemática y arbitraria sobre la elección de los consumidores y la declaración de servicio público supone una gestión estatal del espectro radioeléctrica poco eficaz, sacrificando la eficiencia económica a la idea - errónea para los ideólogos de este liberalismo extremo- de que todos los países y todos los ciudadanos deben tener acceso a las mismas posibilidades de comunicación...

Como ya hemos visto el proceso de liberalización se instrumenta y atempera en Europa a través del derecho comunitario. En ningún lugar como Francia se vive esta evolución como una pérdida de soberanía. No son ya los ministros, ni siquiera las nuevas autoridades independientes (como el Consejo Superior del Audiovisual) los que fijan la

[735] Como es el caso de la ORF austriaca, que compite con las televisiones alemanas, públicas y, sobre todo, privadas. Como escribe **Holoubek, M.**, *"La televisión pública en Austria"*, op. cit., p. 90, *"los telespectadores hacen 'zapping' entre los programas de televisión alemanes y los de la ORF-1 y la ORF-2 .... sin tener la sensación de estar haciendo 'zapping' de un régimen jurídico de televisión a otro distinto".*

[736] Véase **López Garrido, Diego**, *La crisis de las telecomunicaciones. El fenómeno desrregulador en Estados Unidos, Japón y Europa*, Fundesco, Madrid, 1989.

[737] Op. cit. pp. 24-25.

política audiovisual, sino los jueces de Justicia europeos y la Comisión de Bruselas[738]. Se denuncia, además, el papel decisivo jugado en la liberalización por instancias informales en las que están presentes, precisamente, los representantes de la industria y que luego sirven de referencia permanente a las instancias de decisión, sin más debate político[739]. Para colmo, el mínimo común denominador europeo (por ejemplo, la Directiva Televisión Sin Fronteras) no se aplica a otros canales deslocalizados (que a veces simplemente emiten desde Londres, aunque tengan su sede fuera de la Unión Europea[740]) que compiten con los nacionales. Estas críticas son bastante fundadas: las *exigencias de Bruselas* no son muchas veces más que una coartada para adoptar nuevas regulaciones sin el debate social y político necesario.

Examinados en otros lugares la fundamentación de la intervención comunitaria, el replanteamiento de la noción de servicio público y el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, nos corresponde aquí al proceso de armonización del audiovisual y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como vimos, en el *caso Sacchi* el Tribunal Europeo de Justicia (30 de abril de 1974) declara la legitimidad de los monopolios nacionales de televisión y su compatibilidad con el Tratado de Roma, dejando claro, al tiempo, que la difusión de programas de televisión deben considerarse, a los efectos del derecho comunitario, es decir en el sentido del art. 59 del Tratado, como prestación de servicios[741]. Desde la sentencia de 18 de marzo en el *caso Debauve*[742], en relación a limitaciones a la retransmisión por redes de cable de programas procedentes de otros países comunitarios, el Tribunal de Justicia tiene declarado que las legislaciones nacionales no pueden establecer disposiciones discriminatorias en favor o en perjuicio de alguno de los prestadores de servicios de televisión.

La Ley holandesa sobre medios de comunicación (*Mediawet*), de 21 de abril de 1987, que intenta preservar el carácter no comercial del peculiar sistema de televisión

---

[738] **Vulser, Nicole**, Le Monde, 2 de diciembre de 1997.

[739] Así, **Regourd, Serge**, *"La règulation juridique de la communication audiovisuelle"*, Communication et Langes, nº 108, 2º trimestre 1996, traducido en Documentos nº 532, febrero de 1997, pone como ejemplo el informe Bagemann, sobre la sociedad de la información, trabajo dirigido por el comisario de Industria, no de comunicación o cultura y redactada por una comisión compuesta por altos directivos de grandes grupos industriales. Para el autor *"el paso de un nivel de regulación nacional a un nivel supranacional se caracteriza aquí, conjuntamente por el abandono de una legitimidad democrática en favor de una legitimidad técnico-industrial".* En contra de estos argumentos, **Muñoz Machado, S.**, *Mercado y servicio público. II Las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 159.

[740] Pese a que la Directiva - a diferencia del Convenio de Televisión Transfronteriza, que sigue el criterio de establecimiento- se aplica a todas las emisiones con origen en los países de la Unión. La tolerancia del gobierno británico ha sido objeto de advertencia en los informes de evaluación del cumplimiento de la Directiva. Sobre el criterio de *estado transmitente* y su interpretación por la jurisprudencia, véase **Dörr, Dieter**, *"European regulation: the 552/89/EEC-Broadcasating Directive and its revision" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 4-5. Sobre la Convención Europea de Televisión Trasnfronteriza de 5 de mayo de 1989, véase, **de Salas, Alfonso**, *"La Convention Européenne sur la télévision transfrontière: antécedents. Contenu et mise en oeuvre" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 13-44.

[741] Sobre la jurisprudencia comunitaria, véase **Doutrelepont, Carine**, *"Le secteur audiovisuel et la libre prestation de servicies dans l'Union Européenne" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 627-647.

[742] Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 109 y ss.

holandés, va a ser objeto de sucesivos recursos. Así, en el *caso Bond Vand Adveteerders*[743], de 25 de abril de 1988, el Tribunal de Justicia declara discriminatorias la legislación holandesa que prohibe incluir publicidad en la retransmisión de programas procedentes del extranjero. También discriminatorio declaró el Tribunal por sentencia de 25 de julio de 1991[744], en el conocido como *caso Mediawet,* otra norma holandesa que obligaba a los organismos holandeses a confiar la producción de todos sus programas de radio y el 75% de los programas de televisión a la empresa holandesa *Nederlandse Omroepproduktie Bedrij*. Otra nueva impugnación de la *Mediawet* dio lugar al *caso Veronica*[745], en el que Tribunal considera compatible con la libre competencia la sanción impuesta por la autoridad independiente holandesa de los medios al organismo Verónica, que preparaba una emisora comercial con la CLT para emitir desde Luxemburgo hacia Holanda, pues las libertades fundamentales del Tratado no puede invocarse en fraude de la ley nacional. En parecido sentido, el *caso TV10*, de 5 de octubre de 1994, en el que el Tribunal declara que un estado puede considerar organismo nacional a aquel que se instala en un país extranjero con el único objetivo de sustraerse a la legislación nacional

Por otra parte, en el *caso ERT*[746], de 10 de junio de 1991, el Tribunal declara que siendo legítimo el monopolio del organismo público griego, la acumulación de derechos exclusivos, concretamente la reserva de la retransmisión de programas extranjeros, era contrario a la libre competencia, en virtud del art. 86 b) del Tratado.

Pero, como resume por todas la sentencia en el *caso Mediawet*[747], las restricciones a la libre competencia son admisibles, conforme con el art., 90.1 y 2 del Tratado, siempre que puedan justificarse en razones de interés general, que en materia de prestación de servicios pueden consistir, por ejemplo, en la protección de los destinatarios del servicio, de la libertad intelectual, de los trabajadores, de los consumidores, la conservación del patrimonio histórico-artístico etc. Y entre estas razones de interés general se encuentran, de acuerdo con esta jurisprudencia, la protección de las libertades de expresión e información y la garantía del pluralismo informativo. Por ejemplo, de acuerdo con esta sentencia, pueden estar justificadas por razones imperativas de interés general aquellas restricciones a la emisión de publicidad necesarias para proteger a los consumidores, o por razones de política cultural para mantener una cierta calidad de los programas. Expresamente, se admite que la defensa del pluralismo puede justificar estas restricciones, en cuanto que éste está íntimamente ligado a la libertad de expresión, protegida por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[748]. Igualmente, el Tribunal ha declarado en el *caso TV10* (sentencia de 9/10/94) que los objetivos de la política cultural constituyen objetivos de interés público que puede legítimamente establecer un Estado miembro.

---

[743] Ibídem p. 110.

[744] Ibídem p. 116.

[745] Veronica fue en su origen una radio pirata que emitía desde el Mar del Norte. Silenciada por la fuerza, se reconvierte en una asociación de radioyentes y logra convertirse en uno de los organismos de radiodifusión, a los que la ley holandesa confía la programación, y desde este status se dedica a dinamitar todo el sistema no comercial de pluralismo social, político y religioso. Véase **Hins, Wouter**, *"Funtions and competences of the Commissariat voor de Media in the Netherlands" en Derecho Europeo del Audiovisual,* op. cit., pp. 974-975.

[746] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. pp. 166-167.

[747] Ibídem, pp. 168-169.

[748] Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. pp. 125-126.

Resumiendo la jurisprudencia comunitaria[749] las limitaciones a la libre prestación de servicios pueden estar fundadas en razones de orden público (*"... seguridad y salud públicas...",* art. 56. 1 Tratado de Roma), interés general (construcción jurisprudencial, como hemos visto, a partir del *caso Debauve*) o en la protección de la propiedad industrial (*caso Coditel II y III*, sentencias de 18 de marzo y 6 de octubre de 1982). Lo que se juzgara es si las restricciones o los derechos especiales o exclusivos son proporcionados a esas finalidades de interés general. Y de esta manera se enlaza con la doctrina de la proporcionalidad de las restricciones establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10 del Convenio.

Estas y otras sentencias convierten a la televisión en un servicio sometido a la libre competencia, con las limitaciones expresadas, de modo que si de acuerdo con el principio de neutralidad, cada país puede establecer su propio régimen de televisión, no cabe duda que la presión en favor de la liberalización y la formación de un mercado audiovisual es muy fuerte. La otra vía para el establecimiento de un mercado común de la televisión[750] ha sido a través de la Directiva 89/552/CEE[751], de Televisión Sin Fronteras, a cuya proceso de elaboración ya nos referimos en el capítulo 1º (3.3).

La Directiva pretende eliminar los obstáculos que se oponen al funcionamiento de ese mercado audiovisual europeo. En su considerando nº 13 declara:

> *"La presente Directiva establece las disposiciones mínimas necesarias para garantizar la libre difusión de las emisiones; en consecuencia, no afectará a las competencias de los Estados miembros y sus autoridades en materia de organización incluidos los sistemas de concesión o de autorización administrativa o de tasación, de la financiación y del contenido de los programas; la independencia de la evolución cultural de un Estado miembro al otro y la diversidad cultural de la Comunidad quedan así preservadas."*

Sin embargo, su objeto no se limita a las emisiones transnacionales, como en el caso del Convenio Europeo, sino que alcanza también a las emisiones con cobertura estrictamente nacional. Ciertamente, una cosa exige la otra, pues si el principio inspirador de la Directiva es que basta que el programa cumpla las normas del país emisor para que pueda ser libremente difundido en todos los países comunitarios, va de suyo que las distintas regulaciones deben someterse a un modelo común por la vía de la armonización. Pero no es menos cierto que, de este modo, aunque cada estado pueda, por ejemplo, establecer cautelas más rigurosas respecto a la protección de los menores o a la publicidad, son pocos los gobierno que así lo han hecho, convirtiéndose la Directiva en el derecho común europeo de la televisión. Concretamente, en el caso español, la Ley 25/1994, que incorpora la Directiva, viene a derogar el régimen de fomento de la producción nacional y las limitaciones a la publicidad establecidas en la Ley de la Televisión Privada, que son sustituidas por las disposiciones traspuestas.

---

[749] Ibídem pp. 122-130.

[750] Versiones preliminares de la Directiva incluían también a los programas de radio, pero finalmente, quedaron excluidos. Como siempre, la radio queda en un discreto segundo plano...

[751] Incorporada al ordenamiento español por la Ley 25/1994, de 12 de julio.

En definitiva, se configura el denominado *espacio audiovisual europeo*, basado en la libre circulación de emisiones, controladas por el país de origen de las mismas que garantiza el cumplimiento por lo menos de los mínimos europeos mediante normas comunes de protección del interés general[752].

En cuanto al tema de este apartado -la definición del servicio público de radio y televisión- es importante señalar que la Ley que incorpora a nuestro Derecho las Directivas de la Televisión sin Fronteras son de aplicación a las entidades que prestan el servicio público directa o indirectamente[753]. De modo que se configura un régimen común en materia de promoción de obras audiovisuales europeas y nacionales, publicidad y protección de los menores, con un conjunto de obligaciones que configuran el *contenido real* del servicio público en materia de programación, más allá de la invocación de los principios del art. 4 de la Ley 4/1980. Por supuesto que -como se dijo respecto a la Ley de la Televisión Privada- estas obligaciones no tienen porque ser referidas a un régimen de servicio público, pues podrían ser impuestas igualmente -y de hecho lo son- en un régimen de libertad de empresa o de intervención menos rigurosa, pero, puesto que el de servicio público es el régimen todavía predominante en nuestro Derecho, aquél encuentra su contenido en estas regulaciones.

La tendencia en las instancias comunitarias es hacer compatible la libre competencia con los requerimientos de un servicio público redefinido mediante unas obligaciones concretas, como veremos en el apartado 3.3.2[754].

También ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos se ha impugnado de modo directo el servicio público, alegando violación del derecho reconocido en el art. 10 del Convenio[755]. Si en su jurisprudencia más antigua[756] el Tribunal de Estrasburgo había interpretado la cláusula de autorización a las actividades de radio y televisión en términos amplios, poco a poco, los nuevos desarrollos técnicos y el clima liberalizador pesarán para imponer un escrutinio más exigente a la hora de determinar si las restricciones estatales son conforme al art. 10 del Convenio.

En los casos *Groppera* (28 de marzo de 1990) y *Autronic* (22 de mayo de 1990) el Tribunal reafirmó el derecho a recibir información por cualquier medio como comprendido en el contenido del art. 10 del Convenio. En el segundo caso, el estado demandado, Suiza, alegaba que las emisiones cuya recepción sometía a restricción provenían de un satélite

---

[752] *II Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE*, COM (97) 523 final.

[753] El art. 2.1 de la Ley 25/1994 declaraba estas normas aplicables a las emisiones de las entidades que directa o indirectamente presten el servicio público. En la Ley 22/1999 se habla, en cambio, de operadores y se incorpora el criterio de establecimiento. Pero a los efectos de la presente exposición este régimen es aplicable tanto en 1994 como en 1999 a los prestadores, directos o indirectos, del servicio público.

[754] Así el Informe del Grupo de Expertos presidido por el Comisario Oreja, op. cit., p. 12, sostiene que... *"... El punto de partida de todo análisis sobre una política general en materia audiovisual debe ser el reconocimiento del papel especifico que los medios de comunicación desempeñan en nuestras sociedades y la necesidad de asegurar un equilibrio entre el libre juego de las fuerzas del mercado y la salvaguarda del interés general".*

[755] Sobre esta jurisprudencia y su incidencia en la española, véase **Jimena, L.**, *"la libertad de creación de medios de comunicación..."*, op. cit., especialmente pp. 10893 y ss. Del mismo autor, específicamente sobre el *caso Informationsverein Lentia*, *"Los monopolios radiotelevisivos..."*, op. cit.

[756] Por ejemplo, *caso X contra Suecia*, de 7 de febrero de 1968,

ruso de telecomunicaciones y su recepción tenía por objeto la promoción de la venta de antenas parabólicas, y en consecuencia se trataba de una actividad comercial carente de la protección del art. 10, razonamiento que el Tribunal rechaza en los siguientes términos:

> *"Toda restricción al medio incide en el derecho a recibir información... La recepción de programas televisados mediante una antena parabólica o de otro tipo afecta al ejercicio del derecho reconocido por las dos primeras frases del art. 10.1, sin que sea necesario investigar por qué razón y con qué intención su titular desea ejercitarlo."*

Pero, lo que será mucho más trascendente, el Tribunal entiende que la cláusula autorizatoria del primer párrafo del art. 10 no deja de ser una restricción y por tanto su legitimidad deberá ser analizada conforme los requisitos establecidos en el párrafo segundo: necesidad en una sociedad democrática para garantizar los bienes superiores mencionados. El Tribunal interpreta en estos términos la cláusula autorizatoria:

> *"La inserción de esta cláusula se inspiraba manifiestamente en una serie de preocupaciones de orden técnico o práctico tales como el reducido número de frecuencias disponibles y la importancia cuantitativa de las inversiones necesarias para la construcción de estaciones emisoras. Traducía también una preocupación política de los Estados: reservar la actividad de la radiodifusión a los poderes públicos. Desde entonces, la evolución de las concepciones y el progreso técnico, en particular la aparición de la transmisión por cable, ha conllevado en numerosos países europeos la abolición de los monopolios estatales y la creación, añadida a las cadenas públicas, de radio privadas, a menudo locales.... Si bien la última frase del artículo 10.1 tiene como objetivo precisar que es legítimo que los Estados reglamenten, mediante un sistema de autorizaciones, el sistema de la radiodifusión sobre el territorio nacional, sobre todo en sus aspectos técnicos, ello no sustrae, sin embargo las medidas de autorización a las exigencias del apartado 2, sin lo cual se llegaría a un resultado contrario al objeto y a la finalidad del artículo 10 del Convenio considerado en su conjunto."*

Como se ve, al someter el sistema de autorizaciones a los requisitos del párrafo segundo, ante todo el Tribunal realiza una reinterpretación en la que se actualizan los argumentos de escasez a la luz de las nuevas circunstancias técnicas y políticas. Pero será en el *caso Informationsverein Lentia*, de 24 de noviembre de 1993[757], donde el Tribunal extraiga de estos razonamientos la consecuencia práctica de declarar contrario al Convenio el monopolio en materia de radio del organismo público austríaco, la ORF[758]. El tribunal no considera que los argumentos técnico y económico justifiquen ya un monopolio radiofónico.

Los progresos técnicos han multiplicado la posibilidad de establecer emisoras, por tanto:

> *"... las citadas restricciones ya no pueden basarse en consideraciones relativas al número de frecuencias y de canales disponibles... Además, dichas restricciones han perdido en el caso presente gran parte de su razón de ser con la multiplicación de programas extranjeros*

[757] Véase **Salvador Coderch, S.**, *"Del servicio..."*, op. cit. pp. 79-91; **Jimena, L.**, *"Los monopolios radiotelevisivos..."* op. cit., pp. 13128-30.

[758] Sobre el caso austriaco, véase **Holoubek, Michael**, *"La televisión pública en Austria" en La televisiones pública en la Unión Europea*, McGraw, Madrid, 1996, pp. 89-127.

destinados al público austríaco y la decisión del Tribunal Administrativo de reconocer la legalidad de su retransmisión por cable. "

Pero sobre todo, el Tribunal juzga desproporcionado una solución tan drástica como el monopolio:

"... no podría alegarse la ausencia de soluciones equivalentes menos restrictivas; a título de ejemplo, bastaría citar la práctica de ciertos países consistente ya sea en adjuntar a las licencias pliegos de condiciones de contenido modulable, ya sea en prever formas de participación privada en la actividad del ente nacional."

Tampoco considera el Tribunal que el argumento económico pueda justificar el monopolio y da por buenos los argumentos de los recurrentes:

"El Gobierno esgrime, en último lugar, un argumento económico: el mercado austríaco no estaría en condiciones de acoger un número de estaciones privadas capaz de evitar las concentraciones y la constitución de monopolios privados... En opinión de los demandantes, esto no sería más que un pretexto a una política que, eliminando toda competencia, apunta ante todo a garantizar a la ORF el beneficio de los ingresos publicitarios, en detrimento del principio de libre empresa."

Por tanto y, en conclusión, las limitaciones técnica y financiera, hoy menos rigurosas, no justifican el monopolio, una restricción que se declara desproporcionada; pero, todo ello, sin perjuicio de que los gobiernos puedan establecer otros sistemas de autorización, a los que se vinculen obligaciones para mejor garantizar el interés general[759].

También en el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa se produce una decisión significativa, que afecta a España[760]. Se trata del *caso Maldonado*, demanda declarada inadmisible por la Comisión el 6 de julio de 1993[761]. Maldonado Nausia agotó la vía interna en su solicitud de frecuencias para emitir televisión de alcance local, en 14 provincias, lo que unido a idéntica pretensión de parientes próximos en otras 26, hubiera configurado una cadena de alcance prácticamente nacional. La Comisión entiende que la injerencia del gobierno español en este caso era proporcionada, pues tenía una cobertura legal, el fin es legítimo, pues se trata de evitar el desorden de las frecuencias de televisión y de proteger los derechos ajenos y es una injerencia necesaria ya que la pretensión -como hemos visto- significaba obtener una cadena nacional, con vulneración del principio de igualdad.

[759] La jurisprudencia sentada en este caso se reitera en el *caso Radio ABC*, sentencia del TEDH de 20 de octubre de 1997, en relación con la Ley de Radiodifusión Regional austríaca y la anulación de algunas de sus disposiciones por el Tribunal Constitucional austríaco. El *caso Telesystem Tirol Kabeltelevision*, sentencia de 9 de junio de 1997, se resolvió por acuerdo amistoso.

[760] Hay que recordar que España formuló en el Instrumento de Ratificación del Convenio, de 26 de septiembre de 1976, la siguiente declaración interpretativa: *"España declara que interpreta: - La disposición de la última frase del párrafo 1º del artículo 10 como compatible con el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en España."* Francia tiene hecha una declaración interpretativa semejante, con referencia a la legislación de 1972, vigente en el momento de su ratificación.

[761] Véase **Jimena, L.**, *Los monopolios..."*, op. cit. pp. 13134-7.

En el contexto europeo descrito se produce en nuestro país, a partir de 1992, con la Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de Televisión por Satélite, un proceso de regulación de las distintas formas de transmisión, primero en el marco del servicio público, pero progresivamente en un régimen más abierto y, sobre todo, distinguiendo ya ordenaciones distintas de la televisión conforme las diversas formas de transmisión.

Previamente, la introducción de la televisión privada, lleva a desgajar de RTVE[762] su red de telecomunicaciones, que se convierte en el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN), a la que el Decreto 545/1989, que aprueba su Estatuto, confiere la gestión y explotación exclusiva de la red pública de telecomunicación de transporte y difusión de señales de televisión[763]. Se trata del primer paso en la distinción entre el servicio público de televisión y el servicio público de telecomunicaciones. Las telecomunicaciones irán evolucionando hasta perder la consideración de servicio público y ser calificados como simple servicio de interés general, mientras que la televisión -como veremos- conservará tal condición.

Al comienzo de los noventa, resulta evidente que no se puede seguir sin regular las nuevas modalidades de televisión. Se comienza por la televisión por satélite, modalidad de transmisión mediante la que ya se recibían en España una multitud de programas extranjeros a través de satélites internacionales. La regulación de esta modalidad de televisión resultaba urgente para la utilización del satélite español Hispasat, a punto de entrar en servicio. Se promulga, así, la Ley 35/1992, de 22 de diciembre. Partiendo de la declaración de servicio público del Estatuto de la Radio y la Televisión y de la LOT[764], el Preámbulo declara la finalidad de garantizar un servicio de calidad para los usuarios, propiciar un mercado audiovisual equilibrado y posibilitar el desarrollo de la industria y los servicios nacionales en este sector. El ámbito de la ley se refiere a los satélites españoles utilizados para emitir desde España[765] y el régimen de explotación es mixto: gestión directa de RTVE y gestión indirecta mediante el número de entidades concesionarias a otorgar por el Gobierno *"teniendo en cuenta las posibilidades técnicas de los satélites autorizados y la viabilidad económica del conjunto de demandas existentes".* Así, encontramos, otra vez,

---

[762] Esta merma patrimonial no es compensada a RTVE y el uso oneroso del que era un recurso propio es uno de los orígenes de su crisis. Finalmente, en 1999, el Gobierno abona a RTVE 80.000 millones de pts. por este concepto.

[763] El art. 4 del Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, ordena al Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN) constituir una sociedad anónima parcialmente privatizada (por concurso restringido se adjudicará el 51% de su capital) y la convierte en segundo operador de telecomunicaciones, otorgándola título habilitante para la prestación de servicios de telefonía básica, otorgando, también, a la nueva sociedad en régimen de gestión indirecta los servicios de transmisión de imágenes que prestaba en régimen de gestión directa el Ente Público. Esta disposición es desarrollada por el R. D. 2276/1996, de 25 de octubre. Para **Muñoz Machado**, **S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit., p. 207, el otorgamiento de titulo habilitante de telefonía básica antes de la obligada liberalización que estaba prevista por las normas comunitarias para el 1 de enero de 1998, intentaba evitar sacar a concurso la licencia para situar en una posición más ventajosa a este segundo operador.

[764] El art. 8 de la LOT declaraba: *"La utilización del dominio público radioeléctrico a partir de satélites de comunicaciones se encuentra sometida a Derecho Internacional. Su explotación, en el ámbito de soberanía española, queda reservada al Estado, que la podrá realizar en la forma en que se disponga en virtud de conciertos con organismos internacionales, o en alguna de las modalidades de gestión directa o indirecta previstas en la presente Ley".*

[765] El art. 1 declara que el objeto de la ley es establecer el régimen jurídico de la televisión por satélite, para precisar, después, que se entiende por servicio de televisión por satélite el que utiliza satélites acordes con el derecho internacional, autorizados por el Gobierno a estos fines, a los que se accede mediante un enlace ascendente con origen en territorio español.

la invocación a la viabilidad económica, en este caso ya de todo el sistema (no se aclara si de televisión por satélite o de televisivo en su conjunto, afectado, sin duda, por las nuevos canales) como argumento o fundamentación del servicio público.

La Ley viene a ser un calco de la Ley de la Televisión Privada, con la notable diferencia que permite la adjudicación de más de un canal al mismo concesionario. Distingue en el sistema de gestión indirecta la difusión en el ámbito comunitario y la difusión en el ámbito iberoamericano (zona preferente de cobertura del satélite Hispasat); en este segundo caso, *"las emisiones deberán potenciar la cultura iberoamericana y reforzar el uso del español"* (art. 3.2). Es éste un supuesto claro en el que se impone a los concesionarios verdaderas obligaciones de servicio público, pues la *defensa del español* puede calificarse como de una de las finalidades prioritarias de la acción exterior del Estado. La Ley quiere promover una diversidad real con respecto a la programación por ondas terrestres (la programación deberá ser diferente en su contenido a la del resto de los servicios de televisión) y parece apostar por una programación especializada (cuando a un concesionario se le adjudique más de dos canales, sólo una de las programaciones podrá tener carácter general, art. 3.1).

El Reglamento Técnico se aprueba por Real Decreto 409/1993, de 18 de marzo y el 30 de abril de ese mismo año el Consejo de Ministros acuerda el pliego de la cláusulas de explotación, en virtud del cual se adjudicarán tres concesiones, justamente a las mismas sociedades concesionarias de la televisión por ondas terrestres[766]. Se puede afirmar, por tanto, que la televisión por satélite, no pasa de ser un apéndice del sistema terrestre, del que no se quiere alterar el *status quo.*

Dentro de su política liberalizadora, la Comisión de la Comunidades Europea adopta la Directiva 94/46/CEE[767], de 31 de octubre, que impone la supresión de todos los derechos exclusivos y especiales en este campo, a los que considera responsables de una concentración, incompatible con la libertad de prestación de servicios, máxime cuando, como en el caso español, estos derechos hayan sido otorgados a entidades que disfrutaran ya de un posición de dominio en la televisión terrestre. De esta manera, apenas tres años después de la primera ley reguladora del satélite, se hace imprescindible promulgar la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, que, por primera vez, levanta la *publicatio* respecto a un servicio de difusión. No es la liberalización exigida por el derecho comunitario la única razón que aconseja la modificación. El Preámbulo se remite expresamente a otras dos inadecuaciones: el cambio tecnológico, con el desarrollo de la televisión digital y la creciente oferta de canales extranjeros por satélite en lengua española. Ni que decir tiene que la ley sólo afecta a la utilización de satélites españoles. La recepción de emisiones de satélites extranjeros estará sometida, con carácter general, al derecho nacional, y, si su origen fuera comunitario, al régimen nacional respectivo (traspuesto de la Directiva Televisión Sin Fronteras) o, en su caso, al establecido por el Convenio europeo de Televisión Transfronteriza.

[766] Y, que, por cierto, sacaron muy escaso partido a estas nuevos canales.

[767] Véase **Carreras, L.**, op. cit., pp. 265-269.

A diferencia de la ley que deroga, de televisión por satélite, la Ley 37/1995, lo es ya de telecomunicaciones por satélite[768], y de todos los servicios que pueden prestarse por este medio de transmisión, sólo se mantiene la declaración de servicio público (art. 4) sobre el servicio telefónico básico, los servicios de radiodifusión sonora terrenal, los servicios de difusión nacional de RTVE, canales autonómicos y privados, y el servicio portador de estos servicios de difusión. El resto de los servicios se somete a un régimen de autorización, que, en el caso de recursos limitados, se otorgará por concurso público, llevando aparejada la concesión del dominio público radioeléctrico, necesaria para su prestación[769]. Al objeto de este apartado resulta especialmente significativa la disposición adicional séptima, que somete la programación por satélite -no ya la actividad del medio- a los principios del art. 4 de la Ley 4/1980, y de tratarse de programación generalista a la Ley 25/1994[770]. De modo que, provisionalmente, podemos considerar que se somete a obligaciones de servicio público a los operadores de televisión por satélite, pese a liberalizarse el régimen de este sistema de transmisión.

Casi simultáneamente se promulga la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable[771]. El Preámbulo presenta a la ley como una de las dedicadas al desarrollo sectorial de la LOT, pero no deja de ser llamativo que no mencione que, mediante esta norma, se viene a llenar un vacío que el Tribunal Constitucional había considerado como una negación inconstitucional del derecho a la libertad de expresión e información, con las consecuencias conocidas[772]. Los servicios de telecomunicación por cable, a diferencia del satélite, siguen siendo considerados servicio público y serán

[768] Se aprovechan las disposiciones adicionales para realiza importantes modificaciones en la leyes de los Terceros Canales, de Televisión Privada, de Ordenación de las Telecomunicaciones y del Estatuto de la Radio y la Televisión, algunas tan importante como permitir que el objeto de las sociedades concesionarias de la televisión privada ya no sea exclusivo, abrir, definitivamente, la televisión por satélite a las televisiones autonómicas o establecer unas reglas del juego en la competencia por la adquisición de programas extranjeros entre las televisiones autonómicas y RTVE. Esta técnica de aprovechar las disposiciones adicionales para *colar* la modificación de otras leyes, multiplica la farrogosidad de este bloque normativo.

[769] El Reglamento Técnico que desarrolla esta ley (R.D. 136/1997), promulgado ya por el gobierno del Partido Popular, mantiene (Título III) la reserva estatal sobre el llamado *segmento espacial*, que comprende los satélites, instalaciones y sistemas de tierra y el apoyo logístico. La explotación del segmento espacial en el ámbito de la soberanía española queda reservado al Estado y su gestión podrá ser directa o indirecta. Por acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de julio de 1997 se adjudica la gestión indirecta del segmento espacial a la sociedad HISPASAT. Véase **Ferrer Sama, José Antonio**, *"La liberalización de los servicios de telecomunicaciones por satélite. Régimen legal" en Derecho de la Telecomunicaciones (II)*, Boletín del ICAM, nº 7, octubre de 1997, p. 130 y ss.

[770] Como ya se dijo anteriormente, esta obligación se reitera por el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite, aprobado por R.D. 136/1997, de 31 de enero. El art. 7 b) del Reglamento define así la programación generalista: *"A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá por programación generalista la dirigida al público en general con independencia del tipo de programas emitidos."*. En tales términos, toda la programación *abierta*, también la que se denomina *temática,* es programación generalista.

[771] El Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable, conforme a las modificaciones de la Ley de Telecomunicaciones por Cable efectuadas por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Sobre la Ley y el Reglamento de las Telecomunicaciones po cable véanse **Ariño Ortiz, Gaspar; Cuétara Martínez, Juan Miguel de la Aguilera**, *Las Telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996; **Cuétara Martínez, Juan Miguel de la**, *"La Ley de las Telecomunicaciones por cable de 22 de diciembre de 1995" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit, pp. 515-547; **Conde i Castejón, Jordi**, *"El Reglamento de las Telecomunicaciones por cable" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 549-580; **Carreras Serra, Lluís**, *"Telecomunicaciones por cable y Administración municipal"*, Derecho privado y Constitución, nº 10, 1996, pp. 48-89.

[772] La disposición transitoria primera viene a convalidar las redes comerciales de televisión por cable existentes.

prestados en régimen de gestión indirecta por operadores privados. Se establece un sistema de demarcaciones territoriales, con una cobertura no inferior a 50.000 habitantes, ni superior a dos millones. Los operadores, que deberán establecer su propia red o utilizar una ya existente, son sometidos a un régimen que recuerda mucho al de las sociedades concesionarias de la televisión privada. Se limita el número de operadores a dos por demarcación, uno de ellos correspondiendo a Telefónica, conforme al contrato de la compañía con el Estado. *"Esta restricción al número de operadores por demarcación* - declara el Preámbulo- *obedece a razones de tipo económico, por la inviabilidad de la operación en el supuesto de que proliferaran los operadores, en atención al elevado importe de la inversión a efectuar".* Una vez más, el llamado argumento económico resulta decisivo en el régimen del servicio público.

Además de las obligaciones generales del servicio público, respecto a los programas audiovisuales la Ley 42/1995, establece las siguientes obligaciones de las sociedades concesionarias:

- Distribuir los canales de ámbito nacional, públicos y privados y los autonómicos de la respectiva Comunidad;
- Distribuir las televisiones locales del respectivo municipio, cuando así lo soliciten sus titulares[773];
- Contratar un 40% de la programación con operadores independientes, sobre los que lo que no ejercerá una influencia dominante, sin que pueda ejercer discriminación entre los distintos programadores independientes (art. 11 c y d)[774].

Además, cuando un canal distribuido mediante cable tenga una cobertura de un 50% de los hogares abonados en una Comunidad Autónoma o el 25% de los abonados a nivel nacional, su programación estará sometida a las disposiciones sobre publicidad y patrocinio de la Ley 25/94. Por otra parte, cuando se ofrezcan servicios de telecomunicaciones que puedan atentar contra las normas de protección a la infancia deberán ofrecerse a los abonados de forma independiente.

Otro de los ámbitos en los que el vacío legal había sido llenado por la iniciativa de los particulares, organizaciones e incluso corporaciones públicas era el local[775], más tempranamente en el caso de la radio y más tardíamente en el de la televisión, después incluso de que la falta de regulación llevara al Estado español ante el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa (véase más arriba el *caso Maldonado*).

En lo que se refiere a la radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias, el Plan Técnico (R.D. 169/1989) destinaba determinadas frecuencias para la

[773] La obligación de distribuir obligatoriamente determinados canales se denomina en la jerga de las telecomunicaciones *"must carry".*

[774] Sobre los programadores independientes, véase **Quadra Salcedo, T.**, *"Los programadores independientes y el estatuto de la empresa audiovisual" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 781-809. Sobre esta figura volveremos en otros lugares de este trabajo.

[775] La **STC 88/1995** no concede el amparo al recurrente que estaba transmitiendo televisión sin concesión en el ámbito local, concesión de imposible obtención antes de la entrada en vigor de la Ley 41/1995.

gestión indirecta por parte de los particulares y otras para su concesión a las corporaciones locales, quedando en suspenso el otorgamiento de estas últimas hasta que no se regulara, conforme lo dispuesto en el art. 20.3 CE, su organización, control parlamentario y acceso de los grupos significativos. Estos requisitos son cumplidos por la Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral en emisoras municipales[776] y la Ley 11/1991, también de 8 de abril, de organización y control de las emisoras municipales de radiodifusión sonora[777]. En su art. 2 encontramos, una vez más, los principios del art. 4 de la Ley 4/1980, en esta ocasión enunciados expresamente, como inspiradores de las radios municipales. No existe la más mínima mención a la función que estas radios municipales puedan ejercer al servicio del desarrollo y los intereses locales, y, en cambio, se establece que su financiación se realizará a cargo de ingresos comerciales propios. En cuanto al control, corresponderá al Pleno de la Corporación Municipal, órgano en el que se encarna la representación política, y trasunto, a estos efectos, del parlamento; así, el *control parlamentario*, en la radio y la televisión municipales (como vamos a ver) se encomienda al pleno de la Corporación, lo que, conforme al equilibrio de poderes municipal, viene a equivaler a entregar su control al Alcalde.

Parecido esquema se sigue cuando, finalmente, se decide regular la televisión local. Por una parte se promulga la Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de publicidad electoral en Televisión local por ondas terrestres y por otro la Ley 41/1995, de la misma fecha, de Televisión local por ondas terrestres[778]. Se mantiene la declaración de servicio público, se fija en una las concesiones para la gestión indirecta (excepcionalmente dos), con opción preferente para las corporaciones municipales y, caso de que éstas no ejerzan tal opción, por concurso público entre los particulares[779]. De ser sociedades los solicitantes han de tener por objeto específico explotar el servicio y han de cumplir los requisitos tales como que las acciones sean nominativas y que ninguna persona extranjera supere directa o indirectamente el 25 por 100 del capital.

Los principios que se enuncian como inspiradores del servicio son los del art. 4 de la Ley 4/1980, aunque en este caso, a diferencia de la radio local, se menciona expresamente la *"promoción de los intereses locales, impulsando para ello la participación de los grupos sociales de tal carácter, con objeto de fomentar, promover y defender la cultura y la convivencia locales"* (art. 6 g). Se trata del único caso en el que el servicio público se pone expresamente al servicio de la participación y de la integración de la

[776] Aunque este es un tema que se estudiará al tratar el derecho de acceso puede adelantarse que tanto en este ley, como en la que regula la publicidad electoral en las emisoras locales de televisión, se prohibe la adquisición de espacios de publicidad electoral (prohibición también establecida para las televisiones privadas de ámbito nacional por la L. O. 2/1988, de 3 de mayo), pero los partidos, federaciones etc. que concurran a las elecciones municipales tendrán derecho a espacios gratuitos en las radios y televisiones municipales (L.O. 14/1995).

[777] Desarrollada por el R.D. 1273/1992, de 23 de octubre, por el que se regula el otorgamiento de concesiones y la asignación de frecuencias para explotación del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias por las corporaciones locales.

[778] Sobre esta ley, véase el estudio de **Cáceres y Cassillas, Ricardo**, *"La Ley de televisión local por ondas de 22 de diciembre de 1995" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 581-617, en el que se analiza la Ley desde la óptica de la asociación que agrupa a las televisiones locales.

[779] La mayor parte de las emisoras locales de televisión de titularidad no municipal emiten en flagrante ilegalidad, bien porque las Comunidades Autónomas no han considerado otorgar una segunda concesión existiendo ya una emisora municipal, bien porque ni siquiera se ha puesto en marcha el procedimiento concesional.

comunidad y la expresión más clara del argumento o fundamento *comunitarista*, además de los ya citados respecto a las lenguas propias de la Comunidades Autónomas. Especialmente significativa es la prohibición de emitir en cadena, cuya finalidad no puede ser otra que preservar de una nueva competencia a las televisiones de ámbito autonómico y nacional[780]. En cuanto a la publicidad, estará sujeta a la Ley 25/1994, pudiendo establecer las Comunidades Autónomas, además límites suplementarios. En el caso de otorgarse a los municipios, el control corresponderá al pleno de la Corporación.

La regulación de la televisión local por ondas terrestres agota, prácticamente, la etapa legislativa del gobierno socialista. El nuevo gobierno del Partido Popular aplicará una política liberalizadora, sobre todo en la regulación de las telecomunicaciones, que terminará por cuajar en la Ley General de Telecomunicaciones, a la que ya no referimos en este capítulo (1.2.2). Los hitos de este proceso son: el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, tramitado como proyecto de ley que dio lugar a la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones[781]; el Real Decreto-Ley 1/1997, de 31 de enero, sobre el uso de normas para la transmisión de señales digitales por televisión, que dio lugar a la Ley 17/1997, de 3 de mayo, que incorpora la Directiva 95/47/CE, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y aprueba normas adicionales para la liberalización del sector; y, finalmente, el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, que modifica el último párrafo del art. 7 a) de la Ley 17/1997.

Estas últimas normas[782] merecen su propia estudio, por cuanto regulan la introducción de la transmisión digital y han sido el marco normativo de referencia de la llamada *guerra de las plataformas digitales*. En principio resulta chocante que la incorporación de unas normas puramente técnicas hayan podido levantar tanta polémica y una confrontación política y económica de primer orden, pero es que lo que estaba en juego era, nada más y nada menos, que el dominio del sector de la televisión de acceso condicional. El Gobierno español no había realizado la preceptiva incorporación de la Directiva 95/47/CE, lo que no había impedido el comienzo de las actividades de la plataforma del Grupo Prisa (Canal Satélite Digital), mediante las posibilidades de transmisión digital del satélite europeo Astra. La técnica digital, ya sea utilizando la transmisión por satélite, ya mediante la transmisión terrena, multiplica el número de canales e introduce posibilidades de recepción selectivas, ideales para los sistemas de

[780] Según el art. 7 se entenderá que forman cadena aquellas televisiones en las que exista una unidad de decisión, considerándose que esta unidad de decisión existe cuando uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras del servicio, posean la mayoría de los derechos de voto o tengan derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los respectivos consejos de administración. También se entenderá que existe cadena cuando se emita la misma programación más del 25% del tiempo de emisión semanal, aunque sea en horario diferente. Para **Muñoz Machado**, **S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. pp. 53-54, estas limitaciones no evitan la entrada de las televisiones locales en un mercado publicitario de ámbito que supera el propiamente local.

[781] El Decreto-Ley y la Ley crean la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, otorgan título habilitante a la nueva sociedad RETEVISIÓN (constituida por el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión) y modifican la Ley de Telecomunicaciones de Televisión por Cable en lo que se refiere al establecimiento de las demarcaciones y al proceso de concesiones.

[782] Véase el comentario de **San Pío Aladrén, José Luis de,** *La televisión digital desde el punto de vista jurídico" en Derecho de las Telecomunicaciones (I),* Boletín ICAM, op. cit., pp. 125-128. También, sobre el R. D Ley 1/1997, véase **Cremades García, Javier; Sánchez Pintado, Emilio**, *"El régimen jurídico de la televisión digital por satélite mediante sistema de acceso condicional" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 737-753.

televisión de pago. No es extraño, por tanto, que, en España y en el resto de Europa, fueran los operadores que ya ofrecían un servicio de televisión de pago los primeros en lanzarse a aprovechar las potencialidades de esta nueva técnica.

La clave de todo el sistema se encuentra en los descodificadores, que ya no son, como en la transmisión analógica, un simple sistema para acceder a unas señales codificadas, sino que se configuran como la verdadera llave para la televisión del futuro y los servicios interactivos de todo tipo. Dos son los sistemas de descodificadores o acceso condicional: el *symulcript* permite su utilización para la recepción de distintos servicios; el *multicrypt*, en cambio, sólo permite este uso simultáneo si se realiza una adaptación del descodificador, previo acuerdo de los operadores. El sistema *multicrypt*, primero en aparecer en el mercado, fue el adoptado por el Grupo Prisa, mientras que la Ley 17/1997, promulgada cuando éste grupo estaba en pleno lanzamiento de su servicio y había comprometido la fabricación de dispositivos multicrypt, apuesta por los descodificadores symulcript. Si a ello añadimos la pugna entre este grupo multimedia y el Partido y el Gobierno Popular en todos los ámbitos, y la preparación por sectores próximos al Gobierno de otra de las llamadas plataformas digitales, la polémica estaba servida. Finalmente, y después de advertencias de la Comisión Europea, el Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre, adopta una solución de compromiso, pues admite que la compatibilidad y carácter abierto de los descodificadores puede resultar bien de las características técnicas de los aparatos, o, en su defecto, de un acuerdo entre operadores.

En su Exposición de Motivos la Ley 17/97 declara que su finalidad es *"pretender salvaguardar los derechos de los ciudadanos en orden a la recepción de información y garantizar la pluralidad de oferta de servicios y el régimen de libre competencia"* en el ámbito de la televisión digital por satélite con tecnología digital y, en general, en el de los sistemas de acceso condicional. En lo que al presente apartado se refiere, cabe indicar que la prestación de estos servicios con tecnología digital de acceso condicional exigirán el otorgamiento de autorización (art. 3 L. 17/97) y deberán inscribirse en un registro especial (art. 1.2 L. 17/97).

Precisamente esta disposiciones y su régimen sancionador, en su primera formulación por el R. Decreto-Ley 1/97, darán lugar a un recurso de amparo de Canal Satélite Digital, alegando que las citadas normas introducen graves trabas al ejercicio de su actividad y a la recepción de sus emisiones por los usuarios, trabas que vulneran los derechos del art. 20 1ª) y d). Invoca el recurrente el carácter autoaplicativo del Decreto-Ley para impugnar directamente una normas con fuerza de ley. Por Auto de 22 de julio de 1997 el Tribunal Constitucional declara inadmisible el recurso por inexistencia de lesión concreta y actual, reiterando su doctrina de que la Ley Orgánica del Tribunal *"no permite ni que los ciudadanos recurran directamente las Leyes o normas con rango de ley en los procesos constitucionales aptos para ello, ni que el de amparo sea un proceso adecuado para impugnar una Ley o norma con valor de tal".* Y aunque no entra en el fondo del asunto, para razonar que no ha existido lesión concreta, el Tribunal declara que la obligación de inscribirse en un registro especial no puede considerarse que, a priori y a reserva de las normas de desarrollo y actos de aplicación, vulnere los derechos invocados. Como tampoco los vulnera la sumisión a autorización de una actividad empresarial en materia de televisión e invoca en este sentido la jurisprudencia, tanto del propio Tribunal, como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Con la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, se establece el nuevo régimen general de los servicios de telecomunicaciones plenamente liberalizados. La Ley 11/1998 deroga la *publificación* de las telecomunicaciones, que se declaran, ahora, *servicios de interés general*[783]. No obstante, la gestión del dominio público radioeléctrico (regulado en el Título V de la Ley) y las facultades para su administración y control corresponden al Estado (art. 61.1), lo que incluye la administración, gestión y control del espectro de frecuencias (comprendida su utilización para la transmisión por satélite). El Gobierno desarrollará reglamentariamente sus competencias de gestión y los procedimientos de otorgamiento, bien mediante autorización administrativa, concesión demanial[784] o afectación de uso (art. 62)[785]. Podrá establecerse un régimen de autorización cuando se trate de una reserva de uso no privativo, o en los casos de uso privativo cuando no se trate de una red pública, se presuma que la oferta supera a la demanda y no existan problemas técnicos o económicos para su uso. Cuando los recursos disponibles sean presumiblemente inferiores a las solicitudes podrá limitarse el número de autorizaciones o concesiones, aplicándose un procedimiento de selección mediante un proceso de licitación, que podrá tomar en cuenta, entre otros extremos, las ofertas económicas (art. 63.4). Por tanto, la atribución del uso del dominio público, requerida para la transmisión de

[783] Para **Ortiz Brú, Carlos Mª** , *"De la Ley de Ordenación a la Ley General de Telecomunicaciones. Las Telecomunicaciones en España: presente y futuro"* en Derecho de las Telecomunicaciones (I), Boletín ICAM, nº 6, 1997, p. 28, el concepto de servicio de interés general debe interpretarse a la luz del art. 128. 1CE: *"...La categoría jurídica de 'servicios de interés general' es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales recogido en el párrafo 2 del articulo 128 de la Constitución -que otorga carta de naturaleza al tradicional concepto jurídico-continental del 'servicio público'-, el párrafo 1 de dicho texto subordina al interés general toda la riqueza nacional, de forma tal que esa subordinación puede traer consigo, en cualquier sector o servicio, limitaciones de carácter general o especial que constituyan los contornos naturales de la forma jurídica de las que se reviste el sector o servicio subordinado permitiendo su prestación condicionada a obligaciones, concretas y determinadas de servicio público. En este sentido, la Comisión de la Unión Europea ha mantenido que los 'servicios de interés general' designan las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones especificas de servicio público. Comunicación de la Comisión, "Los servicios de interés general en Europa", Bruselas, 11 -9-1996, COM96 443, final.)".*

[784] Véanse las críticas al mantenimiento de la técnica concesional en **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit. , p. 225.

[785] La Ley General de Telecomunicaciones ha sido desarrollada, entre otras, por las siguientes disposiciones: **R. D. 1651/1998**, de 24 de julio, que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III en lo relativo a interconexión, acceso a redes públicas y numeración; **R. D. 1736/1998**, que aprueba el Reglamento que desarrolla el Título III en lo relativo al servicio universal, obligaciones de servicio público y obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y explotación de redes; **O. M. de 22 de septiembre de 1998**, por la que se establecen el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares; **Orden de 22 de septiembre de 1998** por la que se establecen el régimen aplicable a las autorizaciones generales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares; **R. D. 1652/1998**, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Registros Especiales de Titulares de Licencias individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales y el Reglamento de Ventanilla Única para la presentación de solicitudes; **R. D. 1750/1998, de 31 de julio**, sobre tasas; O. M. de 29 de julio de 1998, por la que se modifican las especificaciones técnicas de acceso a la red telefónica conmutada; **O. M. de 31 de julio de 1998** sobre tarifas de telefonía móvil analógica; **O. M de 9 de julio** sobre especificaciones técnicas de los teléfonos sin cordón; **O. M. de 30 de junio de 1998** sobre especificaciones técnicas de equipos de radioaficionados.

La Ley General de Telecomunicaciones se ha visto afectada por la **Ley 48/1998**, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, que ha dado nueva redacción a su art. 26. Además, los arts. 17, 22, 33, 34, 60, 62, 63, 73, y 82, Disposiciones Adicional Tercera y Transitoria Cuarta han sido modificados por la **Ley 50/1998**, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

programas de radio o televisión a través de las ondas hertzianas mediante estaciones terrenas o por satélite, se puede simplificar notablemente.

La Ley General de Telecomunicaciones realiza importantes modificaciones en el régimen del medio radiotelevisión, pero circunscritas básicamente al servicio portador de la radio y la televisión, remitiéndose en lo demás a una normativa específica, que se anuncia. Estas son las modificaciones más importantes en materia de radio y televisión[786]:

- **Derogaciones.** La LGT deroga expresamente la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones, la Ley 37/1995 de Telecomunicaciones por Satélite y la Ley 42/1995 de Telecomunicaciones por Cable. Sin embargo, sin perjuicio de las disposiciones transitorias, se declara expresamente en vigor: a) la consideración de la televisión como servicio de difusión, cuya gestión indirecta requiere concesión administrativa (art. 25 LOT); b) el régimen de la radiodifusión sonora, con sus distintas formas de gestión directa e indirecta (art. 26 LOT); c) las disposiciones de la Ley de Televisión por Satélite, que regulan el régimen del servicio de difusión de televisión a través de este medio de transmisión (se mantienen las disposiciones sobre las televisiones autonómicas, las modificaciones realizadas a la Ley de Televisión Privada, la autorización para que RTVE y las autonómicas puedan trasmitir a través de satélite); d) otro tanto ocurre con las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, en lo que se refiere al régimen del servicio de difusión de televisión a través del cable (tarifas libres, régimen de los programadores independientes, las obligaciones del concesionario respecto a la programación audiovisual, los contenidos de esta programación). Es decir, se mantienen en vigor las más importantes disposiciones reguladoras de la radio y la televisión como medios de comunicación social, contenidas en la legislación derogada.
- **Servicios portadores.** Hasta la finalización de la concesión de las televisiones privadas en el año 2.000, la Red Técnica Española de Televisión continuará prestando los servicios portadores de televisión, directamente o través de contrato con RETEVISIÓN (disp. tr. 7ª). Esta Red se configura como entidad pública empresarial, adscrita al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría General de Comunicaciones y la disposición transitoria séptima (disp. ad. 4ª). Los servicios portadores de los servicios de difusión se prestarán en régimen de libre concurrencia, salvo los dedicados a la televisión pública y privada de ámbito nacional y televisiones autonómicas (disp. ad. 9ª).
- **Derechos y título anteriores.** Se mantienen los Planes Técnicos de Radiodifusión Sonora y Televisión. Se convalidan los títulos habilitantes otorgados al amparo de la Ley de Televisión por Cable, que se consideran derechos especiales o exclusivos (disp. tr. 1ª)[787].
- **Refundición legislativa.** Se autoriza al Gobierno a refundir la LGT con las disposiciones en vigor de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones,

[786] Aparte de pequeños retoques de redacción en el Estatuto de la Radio y la Televisión (art. 2, párrafo cuarto; párrafo primero del art. 5) y de la Ley de los Terceros Canales (disp. ad. 1ª).

[787] De acuerdo con el régimen transitorio de la Ley de Telecomunicaciones por Cable en 1997 se habían otorgado 450 títulos habilitantes. En total, antes de la entrada en vigor de la citada Ley existían en España 700 redes de televisión local por cable, la mayoría simples vídeos comunitarias y algunas con la topología y componentes modernos. Véase **Sanz Caja, Valentín**, *"Pasado, presente y futuro de las telecomunicaciones por cable en España" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 1069

Telecomunicaciones por Cable y Telecomunicaciones por Satélite. Esta refundición afectará sólo a las disposiciones referidas al servicio portador de los servicios de radiodifusión y transitoriamente al resto de las disposiciones reguladoras de estos servicios hasta que se apruebe su normativa específica (disp. final 3ª).

Resumiendo, si la LGT liberaliza las telecomunicaciones, en materia de radio y televisión esta liberalización afecta sólo a los servicios portadores, manteniéndose en lo demás el régimen vigente de estos medios. Pero la LGT preludia transformaciones substanciales en el régimen de la radio y la televisión, pendiente la aprobación de un muy importante conjunto de textos legislativos y reglamentarios.

El primero de estos textos fue la proposición de Ley de la Comunidad de Madrid de modificación del Estatuto de la Radio Televisión, de la Ley del Tercer Canal y de la Ley de la Televisión Privada[788], dirigido a permitir a las Comunidades Autónomas optar por la prestación del servicio de televisión autonómica en régimen de gestión indirecta. El Gobierno asumió este objetivo y envió a las Cortes el proyecto de Ley del Servicio Público de Televisión Autonómica[789]. El proyecto mantiene la calificación de servicio público e introduce importantes modificaciones, además de abrir el servicio a la gestión indirecta de los particulares. Así, permite a las Comunidades Autónomas desbordar su propia ámbito de emisión, mediante convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas con espacios radioeléctricos contiguos. Además, las distintas televisiones autonómicas podrán interconectarse, con el límite del 25% del tiempo de emisión semanal. De este modo las televisiones autonómicas existentes -que por distintos medios, no siempre con la necesaria cobertura jurídica, llevan mucho tiempo expandiendo su cobertura- consolidarían su posición frente a las televisiones de ámbito nacional. En el mismo sentido, se abre a estas televisiones su participación en organizaciones intergubernamentales de radio y televisión, con las consiguientes ventajas para acceder a los recursos y programas suministrados por estas organizaciones, especialmente la Unión Europea de Radiodifusión. En cuanto a las concesiones, se otorgarán por concurso público, siguiéndose el modelo de la Ley de Televisión Privada y sujetando a los concesionarios a las mismas reglas. Los principios inspiradores del servicio, aplicables a los supuestos de gestión directa e indirecta, son los ya clásicos del art. 4 de la Ley 4/80, incluido la promoción de la lengua y la cultura propias de cada Comunidad.

También la televisión local cambiará su régimen de aprobarse el proyecto de modificación de la Ley 41/1995[790]. El más importante de estos cambios es la derogación del carácter de servicio público de la televisión local transmitida por ondas terrestres. La actividad ya sólo estará sometida a autorización, viniendo limitadas el número de autorizaciones sólo por el número de frecuencias disponibles. De superar los solicitantes el número de frecuencias, se otorgará la autorización mediante un procedimiento de licitación. El otorgamiento de las autorizaciones corresponderá a las Comunidades Autónomas, siendo competencia de la Administración General del Estado la asignación de frecuencias. En el caso de las emisoras municipales no podrán financiarse

[788] BOCG, serie B, nº 27-1, de 24 de mayo de 1996.

[789] BOCG, serie A, nº 98-1, de 30 de diciembre de 1997.

[790] BOCG, serie A, nº 30-1, de 17 de febrero de 1997.

simultáneamente a través de publicidad y recursos públicos, lo que sin duda traerá la generalización de la financiación exclusivamente publicitaria de estas televisiones locales, con las consiguientes consecuencias sobre la programación y la mayor saturación del mercado publicitario.

Salgan adelante o no estas reformas indican una tendencia no sólo a despublificar el servicio, sino también a llevar a sus últimas consecuencias el reparto de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas.

Las modificaciones profundas, técnicas y jurídicas, sufridas por el medio en los últimos años encuentran su expresión en Ley 22/1999, de 7 de junio de modificación de la Ley 25/1994. Tras un tortuoso proceso de revisión, la Directiva 89/552/CEE ha sido modificada por la nueva Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 97/36/CE, de 30 de junio, que la citada Ley incorpora al Derecho español[791]. Pero, según declara la Exposición de Motivos, se pretende afrontar una regulación más profunda que la mera incorporación de la nueva Directiva para dar respuesta a *"los cambios producidos en la regulación del sector, la propia evolución de la realidad audiovisual en España, la existencia de nuevas prácticas tecnológicas y comerciales...".* En lo que a este apartado interesa es de subrayar que la Ley se aplica a todas las emisiones de televisión realizadas por operadores de televisión establecidos en España[792]. Esto significa que el conjunto de obligaciones de esta normativa, que podríamos calificar de obligaciones de servicio público[793], se exigen a operadores públicos o privados, actúen o no en un régimen de servicio público, con el único requisito de su instalación en España[794]. La única excepción a este régimen común lo constituyen las televisiones locales, que están exentan del sistema de cuotas, aunque las Comunidades Autónomas podrán establecer un sistema semejante para promover la producción audiovisual en lengua propia.

Pero quizá la mayor alteración del panorama televisivo venga dada por la introducción de la **televisión digital terrestre**, coincidiendo con la caducidad de las concesiones de la televisión privada en abril del 2.000. Las técnicas de compresión digital permiten la transmisión de entre cuatro a ocho Programas en el mismo ancho de banda de una sola frecuencia y, por tanto, la introducción de esta técnica de transmisión multiplica la posibilidades de emitir distintas Programaciones. Se altera, así, substancialmente, uno de los presupuestos del servicio público, la escasez de canales, y aparece en el horizonte la posibilidad de introducir nuevos operadores. Como es lógico, los operadores existentes no desean más competencia y durante los primeros meses de 1998 desarrollaron una campaña en contra de la implantación de nuevos operadores, tal como indicaban las informaciones que el Gobierno filtraba sobre sus planes para la televisión digital terrena. Ciertamente, el mercado de la televisión, según se ha concebido hasta ahora, se encuentra

[791] La Directiva establece un plazo de 18 meses para su incorporación a los derechos nacionales y, por tanto, la nueva normativa hubiera debido entrar en vigor antes del 1 de enero de 1999.

[792] *"Operador de televisión: La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo al apartado a) y que la transmita o haga transmitir por un tercero."* (nuevo artículo 3 b).

[793] En el capítulo IV matizaremos esta afirmación con la distinción entre *Programación general y Programación de servicio público.*

[794] La nueva ley, siguiendo lo establecido por la Directiva 97/36/CE y la jurisprudencia comunitaria más reciente, abandona el criterio del lugar de emisión para determinar la jurisdicción y acepta el de lugar del establecimiento.

saturado en España e ignoramos si las nuevas formas, especialmente la televisión de pago, podrán arraigar en un marco de fuerte competencia. Hemos visto como la viabilidad económica ha sido uno de los principios básicos de todo el sistema. En la nueva situación, si se explotan al máximo todas las posibilidades que ofrece la televisión digital, asistiremos, sin duda, a un proceso de desaparición de operadores y aparición de otros nuevos al compás de los dictados del mercado. Por el momento, el Gobierno ha preferido sentar los principios para la admisión de nuevos operadores, pero sin comprometerse en cuanto a su número final.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, habilitó al Gobierno en su disp. adicional cuadragésimo cuarta para la implantación de esta forma de transmisión, previa aprobación de los correspondientes Plan Técnico y Reglamento Técnico y de Prestación[795]. Una vez más se utiliza el cómodo expediente de introducir en la *ley de acompañamiento* de los presupuestos normas de gran calado, que se aprueban sin mayor debate con el conjunto medidas económicas y fiscales que acompañan al paquete presupuestario. Justamente, el dictamen del Consejo de Estado[796] sobre las disposiciones que ahora comentamos pone de manifiesto que, aun teniendo el Gobierno base formal para regular esta materia, su trascendencia y la polémica suscitada hacían aconsejable el envío a las Cortes de un proyecto de ley para poder debatir y sopesar convenientemente las distintas alternativas. No ha sido éste el camino seguido por el Gobierno, que por el Decreto 2169/1998 de 9 de octubre ha aprobado el Plan Técnico Nacional, al que acompaña la Orden Ministerial de Fomento de la misma fecha, aprobando el Reglamento Técnico y de Prestación[797].

El régimen de la televisión digital terrena, como servicio de difusión, sigue siendo el del servicio público. Su implantación se justifica (Preámbulo del Plan Técnico) en la necesidad de ajustarse a la evolución tecnológica para lograr, así, una mejora en la calidad de la imágenes, una multiplicación de la oferta televisiva y una mayor diversidad de la misma, al tiempo que un mejor aprovechamiento del espectro radioeléctrico. El nuevo servicio se prestará tanto en régimen de gestión directa como en gestión indirecta mediante concesión administrativa (art. 1 del Reglamento). La gestión directa corresponderá a RTVE y a los organismos públicos de las Comunidades Autónomas. La gestión indirecta se regirá básicamente por lo dispuesto por la Ley de la Televisión Privada.

---

[795] Esta habilitación es válida para la televisión digital terrena y la radiodifusión sonora digital. El R.D. 1287/1999, de 23 de julio, aprueba el Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital, que reserva cuatro Programas de ámbito nacional al Ente Público RTVE y otros dos con capacidad de desconexiones regionales. Las concesiones para la gestión indirecta se otorgarán por el Consejo de Ministros por concurso público, de acuerdo a lo previsto en el art. 26 y disp. ad. 6ª de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones. Hasta tres Programas se reservan a las Comunidades Autónomas para la gestión directa para el establecimiento de una red de frecuencia única sin desconexiones territoriales en cada ámbito autonómico. La Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1999 aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Radiodifusión Sonora Digital Terrena. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1999 (publicado por Acuerdo de la Secretaría General de Comunicaciones del 31 de julio) se aprueba el pliego para el concurso público de 10 concesiones en régimen de gestión indirecta.

[796] El País, 3/9/98.

[797] Tanto el Plan Nacional como el Reglamento están publicados en el BOE de 16/10/98. Al día siguiente a la aprobación por Consejo de Ministros, PSOE, CiU e IU criticaban el fondo y la forma y anunciaban iniciativas parlamentarias en contra de la nueva normativa. Ver El País, 10/10/98.

El Plan Técnico reordena el espectro con vistas a la implantación de canales múltiples que puedan transmitir diversos Programas[798] de ámbito nacional, de ámbito nacional con posibilidad de desconexiones, de ámbito autonómico y de ámbito local. Cada canal múltiple integrará cinco Programas susceptibles de ser explotados 24 horas al día[799]. Del conjunto de disposiciones del Plan resultan los siguientes recursos:

- 4 canales múltiples (20 Programas) de cobertura nacional;
- 1 red global (cadena que utiliza 9 canales múltiples) (5 Programas) de cobertura nacional con posibilidad de desconexiones;
- 1 canal (5 Programas) de cobertura autonómica en cada una de las Comunidades;
- 35 canales múltiples, que podrán dedicarse bien al establecimiento de redes de multifrecuencia (3 canales múltiples por emplazamiento emisor, que permitan las mayores coberturas territoriales autonómicas con posibilidad de desconexiones regionales, provinciales o comarcales), bien a redes de transmisor único de cobertura local (2 canales múltiples para coberturas locales).

A partir del 30 de junio de 1999 era ya posible comenzar a emitir a través de los canales múltiples de cobertura nacional[800]. El Plan realiza una serie de reservas en favor de los operadores existentes, con vistas a simultanear transmisiones analógicas y digitales. Dos Programas dentro de uno los canales de cobertura nacional se reservan a RTVE y otros tres Programas a las actuales sociedades concesionarias de televisión privada. Siempre que la disponibilidad de Programas lo permita tanto RTVE como las televisiones privadas podrán sustituir los Programas de los canales de cobertura nacional por Programas en la red global apta para las desconexiones. Cada uno de los organismos autonómicos que explotan el llamado tercer canal accederá a dos Programas de un canal múltiple de cobertura autonómica. Hasta aquí las reservas del Plan. Sin tener en cuenta las posibilidades de las redes de multifrecuencia y redes de transmisor único de cobertura local, para las que no se hace reserva alguna, resulta que:

- De 20 Programas de cobertura nacional se reservan 5 Programas;
- De 5 Programas de cobertura nacional aptos para desconexiones territoriales, se presupone la necesidad de 5 Programas;

[798] El Plan y el Reglamento utilizan la denominación *programa* en el sentido de *Programación*, que haciendo una aplicación extensiva de la disp. adicional 1ª del Plan (referente a los adjudicados a las concesionarias de la televisión privada) puede entenderse como Programación de 24 horas, al menos para los reservados por el Plan a RTVE y a las televisiones autonómicas. En este sentido de Programación escribiremos *Programa* con mayúscula, para evitar confusión con las unidades programáticas, pese a que las normas comentadas lo hacen con minúscula.

[799] La disp. adicional 1ª 7 establecía el número de 4 Programas por canal, número susceptible de ser ampliado por Orden Ministerial en función de los desarrollos técnicos. Así lo ha hecho la O.M. de 14 de diciembre de 1998, que al tiempo que establece un plazo de tres meses para que las entidades gestoras del servicio público puedan solicitar la ampliación de su concesión a los nuevos canales digitales, eleva el número de Programas por canal múltiple a 5.

[800] El Plan (art. 7) fija cuatro fases para la introducción e implantación de la televisión digital terrena. La última empezará con fecha límite el 31 de diciembre del 2.001 y en 10 años habrá de alcanzar un 95% de cobertura. Según dispone la Orden Ministerial de Fomento de 16 de diciembre de 1988, en la primera y segunda fase se cubrirán las ciudades más importantes y, en general, todas las superiores a 200.000 habitantes. En la tercera fase, con el objetivo de alcanzar el 80% de la población se cubrirán el resto de capitales y en general todas las ciudades de más de 50.000 habitantes.

- De 4 Programas de cobertura autonómica en cada Comunidad se reservan dos.

En consecuencia, aparece una clara capacidad para instaurar nuevos operadores nacionales y autonómicos, sin perjuicio de la necesidad de Programas suplementarios de cobertura nacional aptos para la desconexión. Lo que queda abierto es el destino de los nuevos Programas no reservados y el número de posibles nuevos operadores. Conforme al art. 2 del Reglamento para la gestión directa se asignarán dos Programas a RTVE y a cada uno de los organismos autonómicos[801], lo que no cierra la puerta a posteriores asignaciones, vitales para el desarrollo y adaptación a las nuevas circunstancias de las televisiones públicas. La gestión indirecta se regirá por la Ley de la Televisión Privada (art. 3 del Reglamento), pero quedará a los respectivos concursos determinar el número de nuevos operadores y las características de los servicios a prestar. La única condición es que al menos se emitan en *abierto*, esto es sin codificar y gratuitamente, 4 horas diarias y 32 semanales (art. 6.4 del Reglamento), pero nada se establece sobre otros extremos, pudiendo adjudicarse bien canales múltiples, bien Programas.

Conforme la Ley 66/1997, el Plan (disp. adicional 1ª , 5 y 6) y el Reglamento (art. 4), los canales y Programas de cobertura nacional se adjudican por el Consejo de Ministros mediante concurso público, otorgando las Comunidades Autónomas las concesiones para los canales múltiples de cobertura autonómica o local, con lo que se completa la tendencia iniciada con la Ley 41/95 de televisión local por ondas terrestres y el Proyecto de Ley del servicio público de televisión autonómica[802], aunque no podrán optar entre gestión directa y gestión indirecta hasta que no entre en vigor el citado proyecto[803].

Especial importancia reviste el proceso de tránsito de la televisión analógica terrena a la digital. Los canales para los Programa reservados para RTVE y las privadas debieran haber estado disponibles a partir de 31 de octubre de 1999. La renovación de las actuales concesiones de la televisión privada se condiciona a que en el plazo de dos años emitan digitalmente mediante los Programas reservados (disp. adicional 2ª del Plan), pero durante el tiempo de vigencia de la actual concesión podrán solicitar que se amplíe ésta para explotar uno de los Programas reservados en un canal múltiple[804]. Los primeros canales digitales múltiples debieran haber estado disponibles el 30 de junio de 1999; a los actuales usuarios de sus frecuencias se les asignará otras distintas para que puedan seguir transmitiendo analógicamente en la banda que se reserva a redes de multifrecuencia y a redes de transmisor único de cobertura local. El 1 de enero del 2013 cesarán todas las emisiones analógicas, aunque el Ministerio de Fomento podrá prorrogar el plazo si no se ha logrado el 95% de cobertura[805].

---

[801] Los de Madrid, Andalucía y Valencia doblan su capacidad de emitir Programas.

[802] BOCG, serie A, nº 98-1, de 30 de diciembre de 1997.

[803] La disp. transitoria tercera del Plan prevé la posibilidad de realizar nuevas reservas de frecuencias para la implantación de Programas de televisión autonómica transmitidos analógicamente siempre que exista disponibilidad del espectro radioeléctrico.

[804] Esta solicitud se regula por la O.M. de 4 de diciembre de 1998.

[805] La Resolución de 21 de junio de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones hace público el Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de junio de 1999, habilitando a las entidades gestoras del servicio público esencial de televisión a prestar este servicio, conforme la disp. tr. del Plan Técnico Nacional, con la consiguiente ampliación de las concesiones en el caso de las concesionarias privadas.

El mapa final sigue sin estar claro. Conforme el apartado 9 de la disposición adicional primera del Plan, los actuales operadores de ámbito estatal, esto es, RTVE y las televisiones privadas, tendrán derecho cuando cesen sus emisiones analógicas a un canal múltiple (esto es, 5 Programas), pero a condición de que en este ámbito, en el mercado nacional, exista la concurrencia de al menos una nueva sociedad concesionaria. La disposición apuntaba a la próxima constitución de un nuevo operador de televisión digital[806]. Y así, en efecto, el Consejo de Ministros por Resolución de 8 de enero de 1999 (publicada por Resolución de 11 de enero de la Secretaría de Comunicaciones) convocó el correspondiente concurso para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio. La concesión, por 10 años, se concreta en 3 canales múltiples de frecuencia única, más dos Programas en otro canal compartido; en total, por tanto 14 nuevos canales, que podrán explotarse tanto en abierto como en régimen de acceso condicional, a condición de que se emita en abierto al menos 4 horas diarias y 32 horas a la semana. En cuanto al régimen jurídico, es asimilable a las de las concesionarias de la televisión privada, siendo aplicable, como es lógico, el régimen de programas de la Televisión Sin Fronteras.

Finalmente, previa ampliación de los plazos[807], el 18 de junio de 1999 el Consejo de Ministros acordó adjudicar la concesión habilitante para la gestión del servicio público de la televisión digital terrena a Onda Digital S.A. El principal accionista de la nueva concesionaria es Retevisión (49%), Media Park (15%), una productora, y una sociedad del grupo editor Planeta. Se consolida, así, la tendencia a la convergencia y a la entrada de los operadores de telecomunicaciones en el campo de los programas: los dos grandes operadores españoles de telecomunicaciones, Telefónica y Retevisión, lideran, así, dos de los más importantes grupos multimedia.

La constitución de este nuevo operador, no cierra, ni mucho menos, el panorama de la televisión digital. Es ésta una materia que debiera volver en sus líneas generales a sede parlamentaria, pues de otra manera se hurta un imprescindible debate social y se toman decisiones de gran calado para el futuro con total falta de transparencia.

En conclusión, se multiplica el número de operadores, produciendo una mayor fragmentación de la audiencia y un agotamiento del mercado publicitario . De forma que, resumiendo la revisión jurisprudencial y legislativa realizada en este apartado, podemos decir que la televisión digital terrestre no hará sino culminar un proceso en el que la noción de servicio público se ha difuminado progresivamente, dando paso a la competencia comercial entre operadores, usuarios de unos servicios de telecomunicaciones liberalizados, operadores sujetos a un conjunto de obligaciones exorbitantes desde la perspectiva de libertad de empresa, pero imprescindibles para garantizar el interés público. Nuestro Derecho se encuentra en este momento en un momento crítico de esta

[806] Se insiste repetidamente en que la nueva RETEVISIÓN privatizada estaría interesada en ser este nuevo operador (El País, 9/10/98), con lo que se consolidaría la tendencia, iniciada por Telefónica al entrar en el accionariado de Antena 3, de empresas concesionarias de servicios portadores entran en el mercado de los servicios de difusión, con el consiguiente peligro para la competencia económica y el riesgo cierto de concentración informativa.

[807] Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 1999, publicado por Resolución de la Secretaría de Comunicaciones del día 22.

evolución, con las telecomunicaciones liberalizadas y a la espera de aprobación de las normas descritas que cambiarán substancialmente el panorama audiovisual[808]. En el momento presente la regulación de todo el sector es caótica, necesitada de una refundición desde el punto de vista técnico-jurídico, pero, más aún, de unos principios claros, que sólo pueden definirse mediante un pacto de Estado.

3.3. Redefinición del servicio público de la televisión

En el marco descrito cabe replantearse la propia noción de servicio público aplicada a los medios audiovisuales y más concretamente a la televisión. Corremos el riesgo de pasar de un extremo a otro: de la declaración general de servicio público a un régimen de pura concurrencia comercial. Cuando todo es servicio público, definido en términos genéricos, los prestadores del mismo, sean públicos o privados, a poco se comprometen respecto a las necesidades de la audiencia. En realidad, la declaración de servicio público ha servido para garantizar el control político de la televisión[809], evidente en la pública, pero más peligroso, por menos transparente, en las privadas, en las que han venido dándose peligrosas connivencias para la democracia entre intereses políticos y comerciales. Y, en cambio, un régimen de pura libertad de empresa no permitiría la satisfacción de la función pública del medio ni la viabilidad económica del sistema en su conjunto, que tan celosamente intentó garantizar la anterior ordenación. Se hace imprescindible una nueva ordenación del *servicio que al público* puede prestar la televisión[810].

---

[808] Vale la pena citar la intervención del Secretario General de Telecomunicaciones, José Manuel Villar, en una conferencia en el Instituto de la Empresa de Madrid (Ver El País, 3/4/98) en la que calificó la actual legislación de intervencionista. Para el Sr. Villar la concepción de la televisión como servicio público ha quebrado, pero no existe consenso político para abandonar esta noción.

[809] Para **Fernández Farreres, G.**, op. cit. p.16 *"...aun a riesgo de cierta exageración, bien podría decirse que la posición que el poder público en España ha adoptado respecto de la televisión no deja de guardar ciertas similitudes con la que el poder regio mantuviera respecto de la Imprenta en el Antiguo Régimen, consistente en articular un intrincado sistema de autorizaciones, licencias y dispensas para imprimir, editar o distribuir cualesquiera folletos e impresos que, sólo con el constitucionalismo, y no sin fuertes resistencias, fue paulatinamente cediendo..."*

[810] Son justamente los profesionales los que más enérgicamente defienden un concepto amplio de servicio público. Así el 23º Congreso de la Federación Internacional de Periodistas, celebrado en Recife (Brasil), del 3 al 7 de mayo de 1998 (véase revista de la Federación de Asociaciones de la Prensa de España, junio-julio 1998, p. 11) en sus conclusiones insiste en la función comunitaria. Las obligaciones de servicio público de los medios de comunicación son fundamentales para la realización de la libertad de expresión y opinión y para la pluralidad de fuentes disponibles en la sociedad democrática. Y proponen como modelo general: a) Un marco legal y financiero que garantice el servicio público de radiodifusión, y proteja con ello la diversidad cultural y social de la comunidades; b) Unas normas que estipulen las obligaciones de servicio público para todos los medios de comunicación a proporcionar unos servicios informativos fiables, precisos y de calidad; c) Una prohibición legal del crecimiento continuado de los monopolios privados de comunicación; d) Y unas estructuras reguladoras nacionales e internacionales para proteger la independencia editorial en la radiodifusión. Todas las estructuras reguladoras deben tener una representación equilibrada de la sociedad civil y política, y no deben estar coordinadas por ninguna facción política ni por organizaciones relacionadas con las mismas.

En parecidos términos **Keane, J.**, op. cit., p. 32 y ss., para el que un modelo de servicio público revisado tiene que tener por objeto facilitar una comunidad auténtica de formas de vida, gustos y opiniones a una pluralidad de ciudadanos que no deben estar gobernados ni por estados despóticos ni por las fuerzas del mercado. Propone una pluralidad de medios no estatales, que sean aguijones del poder y una reglamentación y máxima reducción del poder empresarial. *"La intervención pública en el mercado ha de ser abierta, responsable y positivamente habilitadora. Debe utilizar las técnicas de 'advertencia amistosa' y presiones informales y visibles que alienten a los medios de comunicación a desarrollar políticas de programación favorables a la reducción de su carácter de producto. La reglamentación pública debe estar encaminada a envolver a los medios capitalistas de comunicación en una red cuidadosamente tejida de responsabilidad. Ha de tratar siempre de*

3.3.1. Autoridades audiovisuales independientes

Para redefinir el servicio público hay que partir de un hecho irreversible: las actividades de la radio y la televisión se producen en un marco de concurrencia. Si, hipotéticamente, un Estado pretendiera instaurar un servicio público monopolizado o en régimen de oligopolio, está supresión o limitación de la concurrencia se vería enfrentada no ya a la competencia de los programas difundidos a través de satélite, sino hasta por la posibilidad (día a día más factible) de acceder a contenidos audiovisuales a través de Internet, haciendo una simple llamada local.

Ahora bien, esta concurrencia, que es un dato de la realidad, no significa una ilimitada libertad de empresa[811]. Si con anterioridad esta limitación venía dada por la especial relación de los concesionarios del servicio público con la Administración, ahora quedará delimitada por la nuevas obligaciones de servicio público, exigencia ineludible para que en estas relaciones jurídico-informativas se realice el derecho fundamental a la información. Examinaremos primero las condiciones en que se produce esa competencia y la nueva definición del servicio público en torno a los contenidos audiovisuales.

Ilimitado o no, el régimen de concurrencia impone la aplicación de uno de los principios que han guiado la liberalización de los servicios públicos: la separación entre reguladores y operadores. Puesto que liberalización y privatización se hacen a costa de servicios público gestionados por órganos administrativos o concesionarios con una especial relación con la Administración, no se considera conveniente que sea la propia Administración la que discipline este mercado naciente. En estos sectores, la ordenación del mercado y la garantía de la competencia se encomiendan a una autoridad independiente, siguiendo el modelo de las agencias independientes norteamericanas[812], aunque existe una enorme variedad de organismos con poderes y competencias muy diversos[813].

---

promover, y no reducir, los poderes e comunicación no comerciales de los ciudadanos." (p. 34). Para desconcentrar y limitar la fuerza y alcance del poder empresarial hacen falta organismos de regulación supranacional.

[811] Principio éste generalmente admitido, por lo menos en la doctrina española, hasta por los autores partidarios de extender la libre competencia y ampliar el contenido de la libertad de empresa. Así, **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., dedicado a las que denomina peculiaridades del mercado de la televisión, enumera las contradicciones presentes en tal mercado, donde, a su juicio la libertad de empresa no termina de desenvolverse plenamente, restringida por unos poderes públicos (incluida la timorata Comisión Europea) apegados al pasado y con un mercado que no termina de liberalizarse y, por tanto, incapacitado para resolver las disfunciones del audiovisual, pero, finalmente, en la 8º y última conclusión ha de reconocer su papel como cauce de realización de los derechos fundamentales: *"Sin embargo, el sector de los medios audiovisuales, frente a otros que se han estudiado en esta obra general, presenta una notable singularidad que impone restricciones aceptables y necesarias a la aplicación incondicionada de las reglas de mercado. No es solamente un servicio a los ciudadanos para mejorar su bienestar o sus condiciones de vida. La televisión es también el instrumento por el que se canalizan libertades constitucionales como la de comunicación, y se hace posible la presentación de valores constitucionales como la formación de la opinión pública libre. Al mismo tiempo que es el lugar que permite el ejercicio y consagración de dichas libertades, es también un instrumento imprescindible para que puedan desarrollarse otros valores, como la cultura común, la protección de la infancia, etc. Las reglas del mercado no pueden imponerse sobre esos valores constitucionales. Todas las regulaciones proporcionadas y razonables que tratan de preservarlos son admisibles."* (p. 29).

[812] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio publico y mercado. I Los fundamentos*, op. cit., p. 260 y ss.

[813] Puesto que el proceso de liberalización y privatización ha sido mucho más radical en el Reino Unido es allí donde más han proliferado estas autoridades, conocidas con el acrónimo *quangos* (*Quasi Autonomous Non Gobernamental Organizations)*. En su tarea privatizadora, muchos de los gestores de estos *quangos* han incurrido en conductas no delictivas, pero si censurables, recogidas casi a diario por la prensa británica: remuneraciones desmesurada, decisiones

Siguiendo, en parte, a Ezcurra[814] cabe sistematizar las posibles funciones de estos organismos en:

- **Funciones de reglamentación**, en general reservadas al legislativo, pero que en algunos casos pueden ser completadas con directrices de la propia comisión, o, incluso, como es el caso de las normas y códigos de la británica *Independent Television Commission*, en materia de publicidad y protección de los menores[815];
- **Funciones de administración**, que puede llegar hasta el otorgamiento de licencias (o cuando menos el informe preceptivo ante el órgano otorgante), registro de actividades, autorización de cambios de propiedad, transmisión de licencias, fusiones etc.;
- **Funciones de vigilancia y control**, que pueden conllevar facultades sancionadoras o no;
- **Funciones de arbitraje**, entre distintos intereses en presencia;
- **Función de información**, recabar, verificar y difundir información del sector y del cumplimiento de la regulación al gobierno, al parlamento y al público. Es el nivel mínimo de competencias y suele presentarse asociado con funciones de asesoramiento a otras autoridades administrativas.

En el caso español, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones[816], una entidad de derecho público, cuyo objeto es *"salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, la condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector"* (art. 1.2).

Por tanto, en España, como en el resto de Europa, existe una agencia, independiente de la Administración[817], que debe salvaguardar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales. Estamos, pues, ante una regulación al servicio de la competencia económica. Pero en casi toda Europa se ha

presumiblemente favorecederas de amigos o correligionarios políticos, desatención de los intereses del público... que han creado una indignación bastante generalizada.

[814] **Ezcurra, Luis**, *"Sobre la conveniencia de designar una autoridad independiente para el control del cumplimiento de la reglamentación por parte de las empresas públicas y privadas de televisión" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1012-1013.

[815] Véase **Gibbons, Thomas**, *"The United Kingdom transposition of european regulation concerning advertising and sponsorship: the ITC codes and rules" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1339-1359.

[816] Sobre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, véase **Soriano, José Eugenio**, *"La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 1143-1150. Sobre ésta y otras agencias reguladoras españolas, véase **Muñoz Machado**, **S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos,* op. cit. pp. 274-278.

[817] La independencia frente al Gobierno siempre puede ser cuestionada, pues el ejecutivo nombra directamente a sus miembros, a propuesta del Ministerio de Fomento y previo informe del Ministro ante la Comisión competente del Congreso (art. 1, tres, 2). El hecho de que los consejeros hayan de ser profesionales de reconocida competencia profesional en el sector de las telecomunicaciones o la regulación de los mercados no parece garantía suficiente, pues en nuestra cultura política este tipo de nombramientos se encuentran vinculados bien a la disciplina de partido, bien a vinculaciones personales.

llegado a la conclusión de que el pluralismo exige que la ordenación de los contenidos audiovisuales corra también a cargo de una autoridad independiente. Así se deriva de los principios de independencia y pluralismo sentados por la jurisprudencia constitucional alemana; así se ha elevado a rango constitucional en Portugal y así se ha establecido legislativamente en Francia, Italia, Holanda, Reino Unido, o en la propia Alemania[818].

La primera cuestión que se suscita es la de si resulta necesario distinguir entre la ordenación de las telecomunicaciones y de la comunicación en cuanto tal. La ordenación de las telecomunicaciones está orientada básicamente a mantener la competencia y garantizar el buen funcionamiento del mercado, mientras que la regulación de los medios se proyecta sobre los contenido para lograr la consecución de objetivos de interés público. Ejemplos de organismos que asumen ambas competencias son la FCC norteamericana, el Comisariado para los Medios holandés o el Consejo Superior del Audiovisual francés. Pero salvo el caso norteamericano, en el que la FCC ejerce plenas competencias sobre las telecomunicaciones, en los ejemplos europeos la competencias de ordenación técnica del medio son compartidas con otros organismos semejantes del sector de las telecomunicaciones o con los propios órganos de la Administración. Parece conveniente distinguir la regulación de las telecomunicaciones, y con ella de los sistemas de transmisión, de la propia ordenación de los medios audiovisuales y en tal sentido se pronuncia la I Conferencia Audiovisual Europea, celebrada en Birminghan la primera semana de abril de 1998[819], aunque no siempre resulte fácil deslindar uno y otro terreno, tema del que nos volveremos a ocupar más adelante. Se descarta un organismo independiente en el ámbito de la Unión Europea en aplicación del principio comunitario de subsidiaridad y la necesidad de una regulación que tenga en cuenta las realidades locales[820]

Otro de los problemas planteados por estos organismos es de su propia legitimación y fundamentación constitucional, especialmente cuando está en juego el ejercicio de los derechos fundamentales. *"¿A qué voluntad política responde dicha autoridad?* -se pregunta Ortega[821], y continúa- *Porque todo poder público, según nuestra Constitución, debe emanar de la soberanía popular. No hay poder constitucional ni poder público que no tenga su origen en la voluntad popular, por la derivación que sea... Se puede decir que responde ante el Parlamento y que esa responsabilidad sea más o menos afinada. Pero lo que sí es cierto es que lo que no puede haber es una autoridad independiente desde el punto de vista de que no responda políticamente de su gestión..."*. A

[818] Sobre autoridades audiovisuales independientes, véase, además del trabajo de Ezcurra, ya citado, la comparecencia del Sr. Rui Assis Ferreira, vocal de la Alta Autoridad para la Comunicación Social de Portugal, en *Informe de la Comisión Especial del Senado sobre los contenidos televisivos*, BOCG, Senado, nº 262, 11 de abril de 1995; **Tizzano, Antonio**, *"Les pouvoirs du 'Garante Televisivo'en italie" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 943-970; **Hins, Wouter**, *"Funtions and competences of the Commissariaat voor de Media en the Netherlands" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 971-985; sobre el Consejo Superior del Audiovisual francés, **Derieux, E.**, op. cit., pp. 183-201; sobre la Independent Televisión Commission, **Kuhn R.**, op. cit., especialmente p. 114 y ss; actas del Seminario organizado en Viena entre el 26 y el 27 de noviembre de 1998 bajo los auspicios de la Comisión Europea y la presidencia austríaca de la Unión bajo el título *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*.

[819] El País, 8/4/98.

[820] Informe del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 30.

[821] **Ortega, Luis**, en el debate del *Régimen jurídico de la televisión"*, op. cit., p. 99.

falta de previsión expresa en el texto de nuestra ley suprema, hay pronunciamientos suficientes en nuestra jurisprudencia constitucional que pueden servir para fundamentar la necesidad de que, si bien la determinación general de la ordenación de las relaciones jurídico-informativas corresponde al legislativo, la garantía concreta del pluralismo, la independencia de empresas y profesionales y la protección de los derechos del público debiera ser confiado un organismo independiente de la Administración y el poder político. Así, como vimos, la **STC 12/82** (FJ. 6º) declara como principios del régimen de la televisión los de libertad, igualdad y pluralismo e independencia del poder político y económico.

Con una tal fundamentación constitucional, la institución debiera proyectarse sobre la comunicación social en su conjunto, como ocurre en los casos portugués e italiano, aunque, ciertamente, en cuanto que el servicio público de la radio y la televisión se encuentra en crisis, estas autoridades independientes se hacen imprescindibles como alternativa a la tutela ejercida hasta aquí por la Administración sobre estos medios.

Existe experiencia suficiente después de más de una década de funcionamiento de estas instituciones sobre sus puntos débiles. Resumiendo son dos los principales: falta de independencia real del poder político e inoperancia práctica[822]. No obstante, para Nasarre[823] estas instituciones, que deben basarse en la *autorictas* y requieren un status de independencia de sus miembros y un prestigio ante la sociedad, son extraordinariamente beneficiosas para una democracia participativa.

En cuanto a la independencia, es común exigir en sus miembros prestigio e independencia profesional y tampoco es infrecuente (como en el caso de Portugal) que se exija la presencia de magistrados. También es habitual la inclusión de cláusulas de inamovilidad. Si en el caso de las entidades reguladoras de las telecomunicaciones la independencia de sus componentes se considera requisito suficiente, en el caso de las autoridades reguladoras de los medios de comunicación a la independencia suele sumársele la exigencia de una representación social, pues lo que están en juego son el ejercicio de derechos fundamentales y objetivos de política cultural[824]. Y si la independencia tiende a equipararse a la de los magistrados -por lo menos funcionalmente- la representatividad se concreta en forma de organización colegial regida por reglas democráticas. Su nombramiento suele remitirse a los poderes legislativo y ejecutivo

---

[822] Así resume el *Informe de la Comisión Especial del Senado sobre los contenidos televisivos*, op. cit., p. 75, algunas de los problemas manifestados a lo largo de su escrutinio: *"En cuanto al funcionamiento real de las comisiones, las valoraciones suelen incidir en ciertas deficiencias que se repiten en cualquier caso. El senador francés Jean Cluzel, encargado de hacer un informe anual sobre la situación de las televisiones en Francia, resume muy bien tales deficiencias en una de sus publicaciones: 'Lettre à mes collègues representants du peuple'. En su opinión, el Conseil francés adolece de los siguientes defectos: a) tendencia a la politización; b) escaso poder sobre el sector público de televisión; c) escaso poder de regulación para tratar de conciliar los conflictos frecuentes entre la presión económica y las ambiciones culturales o los principios éticos. De un modo parecido, Rui Assis Ferreira, vocal de la Alta Autoridad portuguesa... insiste en la necesidad de que la 'autoridad' mantenga su independencia de cualquier gobierno y esté dotada de mayores poderes de fiscalización que vigilen el cumplimiento de los contratos de concesión del servicio público."*. **Derieux, E.**, op. cit., op. cit., p. 175 pone de manifiesto la superposición de controles en Francia entre el Consejo Superior del Audiovisual y el Gobierno.

[823] **Nasarre, Eugenio** en el debate de *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 98.

[824] **Holoubek, M**, *"Organizational structures in audiovisual media regulation" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., op. cit., p. 81.

(incluido el presidente de la República, en el caso de Francia), buscando un equilibrio entre los mismos. Juzgo, sin embargo, como el que mejor garantiza la independencia el sistema de la Autoridades para los Medios constituidos en los distintos Länder alemanes, con presencia de instituciones, asociaciones y otras expresiones del pluralismo social. Y para una más clara legitimidad democrática su nombramiento debiera corresponder al legislativo, por un sistema de mayoría cualificada.

La Comisión especial del Senado para los contenidos televisivos[825] recomendó la creación de una autoridad independiente de las siguientes características:

> *"... unipersonal o colegiada, con las máximas competencias sobre todas las cadenas, si bien la ejecución de sus propuestas o recomendaciones, incluidas las de sanción, deberían reservarse a la Administración. Las funciones de tal organismo serían similares a las de un 'defensor del pueblo': servir de caja de resonancia del malestar de la sociedad y de cauce de sus propuestas. Asimismo podría unificar los criterios de calificación que las cadenas pueden aportar en su programación y la definición de los programas susceptibles de ser calificados. Esta autoridad debería estar obligada a elaborar un informe anual para conocimiento de la sociedad y presentarlo ante el Parlamento..."*

Por tanto, el órgano que se propone podría calificarse entre las autoridades independientes *débiles* o de *regulación por la información*, que son aquellas cuyas competencias se reducen a recabar y divulgar información (además de inspeccionar para contrastar la información obtenida), que como demuestra el caso americano, por paradójico que parezca, presentan un buen nivel de eficacia en su tarea de regulación económica de los mercados[826]. En la propuesta de la Comisión del Senado, aunque no se dice expresamente, su campo de actuación estaría restringido a proteger los derechos del público frente a la programación audiovisual, sobre todo en aquellos caso de intrusión en los derechos de la personalidad o de vulneración de los derechos y protecciones de los menores (por ejemplo, se habla de unificar criterios de calificación de la programación). El profesor Carrillo[827] invoca las conclusiones de la Comisión del Senado y propone un Consejo Audiovisual de composición reducida, con reglas de incompatibilidad rigurosa, que impidan la presencia de políticos y altos funcionarios y favorezcan en cambio la representación de sectores del medio; un Consejo con competencias no sólo sobre los contenidos, sino también sobre la ordenación del medio y con jurisdicción sobre televisiones publicas y privadas.

En nuestros Derecho existe ya una institución a semejanza de este tipo de agencias, pero que en rigor no puede calificarse de independiente: el Consejo Audiovisual de Cataluña[828]. Creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1996, de 5 de julio, reguladora de la difusión de programas audiovisuales por cable en esta Comunidad, el Consejo se configura como órgano asesor y consultivo de la Generalidad, y aunque goza de autonomía orgánica y funcional no es institucionalmente independiente, pues forma

---

[825] Op. cit. p. 77.

[826] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. Los fundamentos,* op. cit., pp. 272-273.

[827] **Carrillo, Marc**, *"Sobre la necesidad de un Consejo Audiovisual"*, El País, 30/10/99.

[828] Véase **Carrillo, Marc**, *"Unión Europea, Comunidades Autónomas y Televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 322-324.

parte de la Administración de la Generalidad. Su función es velar por la transparencia y objetividad de la programación televisiva, sea cual sea el medio de transmisión.

Con este precedente, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) tiene presentada una proposición de Ley en el Congreso[829] para la creación del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales. La proposición conecta con la recomendación de la Comisión del Senado y recuerda que desde la fecha de ésta *"la evolución tecnológica ha desarrollado nuevos tipos de servicios de telecomunicación audiovisual que, entre otras consecuencias, han generado una mayor proliferación, diversificación y especialización de los contenidos. Todo ello incide, sin duda, en la propia composición de la audiencia y en la vulnerabilidad de los valores que deben ser objeto de protección".*

Su ámbito de actuación -según esta propuesta- sería el de las cadenas de radio y televisión públicas del Estado y las cadenas de radio y televisión de ámbito territorial estatal cuyo título habilitante corresponda otorgar a la Administración General del Estado. De esta manera, la radio y la televisión de ámbito autonómico o local quedarían privadas de la tutela de esta institución. Y es que, aunque no se diga expresamente, se presupone la existencia de autoridades semejantes de carácter autonómico, de las cuales, la única que existe es la de Cataluña. Por eso, considero que fuera cual fuera la configuración de la institución su actuación debiera de extenderse también a las Comunidades Autónomas, en tanto éstas no hayan creado un órgano de tutela semejante, incluida la participación en los procesos de otorgamiento de concesiones o autorizaciones.

El fin de este Consejo consistiría en *"velar por el cumplimiento de la legislación, las reglamentaciones y cualesquiera otras normas reguladoras de la producción, la programación, la publicidad y el patrocinio audiovisuales"* (art. 1.1). Se apunta, así, directamente, a la vigilancia y garantía de ese *derecho común* en que se han convertido las normas de la Directiva Televisión Sin Fronteras. Una tal finalidad parece poco ambiciosa si la comparamos con el art. 39 de la Constitución portuguesa que asigna a la Alta Autoridad para la Comunicación Social la garantía general del derecho a la información, la independencia de los medios frente al poder político y económico, la expresión y confrontación de las diversas corrientes de opinión y los derechos de antena, de respuesta y réplica política. Clara es que en el caso portugués se trata de un órgano constitucional, mientras que en la propuesta que comentamos este Consejo está próximo a una institución de la Administración consultiva.

En cuanto a sus funciones (art. 1.2), podemos clasificarlas en:

- **Funciones de asesoramiento e información:** asesorar a las Cortes y al Gobierno; presentar a las Cortes un informe anual (con especial atención a los contenidos audiovisuales y el estado de opinión ciudadana); realizar y encargar estudios sobre el sistema audiovisual; recoger las demandas y quejas de la sociedad.
- **Funciones administrativas y de denuncia:** emitir informe preceptivo en los procedimientos de renovación o revocación de licencias o concesiones de la Administración General del Estado a cadenas de radio y televisión de ámbito

[829] BOCG, serie B, nº 126-1, de 31 de octubre de 1997.

territorial estatal; denunciar ante la Administración competente las infracciones relativas a la regulación sobre producción, programación, publicidad y patrocinio, proponiendo la correspondiente sanción.

- **Funciones protectoras de los derechos del público y de mediación:** proteger los derechos básicos de las minorías, la infancia y la juventud y la dignidad de las personas, tanto en la programación, como en los contenidos publicitarios; funciones arbitrales privadas, cuya determinación se remiten al desarrollo reglamentario; solicitar a los anunciantes el cese o rectificación de la publicidad ilícita; adoptar decisiones vinculantes para las empresas respecto a la no discriminación de las personas, ubicación de programas que pudieran resultar lesivos para la juventud y la infancia.

El Consejo podría acordar convenios de colaboración con los organismos independientes de control de los medios audiovisuales creados por la Comunidades Autónomas. En el ejercicio de sus funciones contaría con poderes de decisión, propuesta, informe, inspección y control y sus decisiones pondrían fin a la vía administrativa.

En cuanto a su composición, el presidente sería nombrado por el Gobierno, cuatro consejeros elegidos por el Congreso, otros cuatro por el Senado, en ambos casos por mayoría de 3/5, además de un representante nombrado por el Gobierno de cada uno de los organismos independientes de las Comunidades Autónomas. Las garantías de independencia vendrían dadas por la profesionalidad de los consejeros (*relevantes méritos profesionales*) y su inamovilidad. Es curioso que en el caso del presidente no se mencionan los méritos profesionales y el Ministro de Fomento simplemente informa a las comisiones competentes del Congreso y el Senado, mientras que en el caso de los consejeros, además de los méritos profesionales, los candidatos deberían comparecer ante la Cámara que haya de designarlos, lo que, sin duda, daría lugar a procedimiento de debate sobre la cualidades del candidato. En cuanto al sistema de elección por mayoría cualificada, desgraciadamente nuestra práctica política ha degenerado en un sistema de cuotas, que los partidos negocian incluso por paquetes de instituciones constitucionales.

Con posterioridad, el Grupo Parlamentario Socialista ha presentado su propia proposición de Ley[830], cuya más importante diferencia es incluir dentro de las funciones del órgano propuesto la protección del pluralismo, la protección de los derechos de los usuarios y la garantía de la transparencia de la titularidad. En cuanto a su ámbito, comprendería también las cadenas de radio privadas con cobertura en más de dos provincias.

La independencia de sus miembros se refuerza. Sus ocho consejeros será sometidos al escrutinio de las Cámaras antes de su elección por mayoría de 3/5 y el presidente será elegido por los consejeros por mayoría de 2/3. Además, el mandato será de 5 años.

En cuanto a las competencias, tampoco se le asigna la adjudicación de licencias o concesiones, procedimiento en el que simplemente emitirá un informe. Con respecto a las propuestas por el Grupo Parlamentario Catalán, esta proposición añade los objetivos de

[830] BOCG, serie B, nº 145-1, de 8 de febrero de 1998.

atender a la pluralidad y objetividad informativas y al cumplimiento de las funciones sociales y culturales correspondientes al sistema público de televisión; promover el pluralismo, la no discriminación y ubicación de programas que pudieran resultar lesivos para la infancia y juventud.

Con todo, lo más novedoso de la proposición es el reforzamiento de la transparencia de la titularidad. Así, las acciones, participaciones o títulos de las sociedades cuyo objeto sea la comunicación audiovisual deberían revestir forma nominativa y ser inscritas en el libro de accionistas de cada sociedad y en el Registro creado en el seno del Consejo, donde se inscribirían, además, los distintos títulos habilitantes. Todos los actos o negocios jurídicos que impliquen transmisión, disposición o gravamen de las acciones deberían ser aprobado por el Consejo. Sería ésta, sin duda, su más importante competencia ejecutiva, a través de la cual estaría en condiciones de intervenir en la conformación del panorama audiovisual. Se echa de menos unas causas tasadas para denegar estas operaciones.

La más valiente y detallada de todas las propuestas se ha dado fuera del ámbito parlamentario. En septiembre de 1999 el Colegio de Periodistas de Cataluña lanzó una propuesta de reforma del modelo de la radio y la televisión públicas, cuyo elemento sustancial sería una Autoridad Audiovisual independiente[831]. Se trata de una reflexión muy precisa que en algunos casos deja abiertas varias opciones para su articulación por el legislador. Comienza la organización profesional por constatar los males del actual modelo. La total dependencia de los órganos directivos respecto a los gobiernos y la inoperancia del control parlamentario han convertido a los medios públicos en instrumentos partidistas. Sabido es el factor distorsionante que ello supone para nuestra democracia. El Colegio catalán se detiene en los nefastos efectos sobre la actividad y profesión periodística: se distorsiona gravemente el proceso de selección de los contenidos informativos y se subvierte la carrera profesional, primándose la adscripción partidista, la disposición al servilismo o al compromiso político.

La Autoridad propuesta tendría unas amplias competencias para regular el funcionamiento del sector audiovisual y supervisar el cumplimiento de la legalidad por los medios públicos y privados, estatales, locales o autonómicos. Su independencia del ciclo político vendría dada por un mandato superior a una legislatura, por la elección parlamentaria de sus miembros con una mayoría cualificada (que podría ser de 2/3), por los méritos profesionales que sus miembros habrían de acreditar antes de la elección y por la limitación a dos mandatos. Junto a la legitimidad parlamentaria se propone como deseable una representación social, que podría articularse bien a través de un consejo asesor integrado por representantes de entidades cívicas, usuarios y profesionales, o bien la integración de estos representantes de la sociedad en las candidaturas que opten al consejo de la entidad.

Sus amplias competencias incluirían tanto la regulación de los contenidos como la ordenación del medio: garantizar el pluralismo, las libertades de expresión e información y la independencia profesional; velar por el cumplimiento de la legislación y la normas de autorregulación del sector con potestad sancionadora; proteger los derechos de las

[831] Puede consultarse el texto completo en la revista **FAPE**, octubre de 1999.

minorías, la infancia y la juventud y la dignidad de las personas; regular el espacio radioeléctrico, concesión y revocación de licencias; mediación para hacer efectivos los derechos de autor; arbitrar sistemas para hacer efectivos los derechos de réplica y rectificación; vigilar para que se cumpla la normativa electoral. Específicamente se contempla la posibilidad de realizar estudios sobre contenidos para dar a conocer el cumplimiento sobre elementos socialmente importantes (violencia, valores, contravalores etc.)

Además, a la Autoridad se transferirían las competencias sobre los medios públicos: nombramiento de sus gestores con criterios profesionales y establecimiento de contratos programas bianuales en los que se fijen las obligaciones del servicio público. Los directores generales rendirán cuentas ante esta Autoridad, que podrá relevarlos. Los consejos de administración serían órganos de gestión empresarial, pero en ellos existiría además representación social y profesional. Por último, todos los medios públicos adoptarían un Estatuto de Redacción.

Las distintas proposiciones comentadas podrían ser una base válida para instaurar una autoridad independiente encargada de tutelar el derecho fundamental a la información en los medios audiovisuales, que tendría unas consecuencias benéficas si sus miembros supieran ejercer esa *autorictas* que tan ausente ha estado de otros órganos como el Consejo de Administración de RTVE. Pero resulta insuficiente si la comparamos con las que considero condiciones ideales de estas instituciones y que pueden sintetizarse en las siguientes **conclusiones:**

- **Ámbito:** Son legítimos dos modelos, las autoridades que se proyectan sobre toda la comunicación social y aquellas que se circunscriben sólo a los medios audiovisuales. En este segundo caso, su actuación debe afectar a todos los aspectos relacionados con la emisión de programas audiovisuales por cualquier medio de transmisión, abierto o de acceso condicional, sin olvidar la coordinación de los distintos medios (cine, vídeo, distintas modalidades de televisión) por los que se difunden contenidos audiovisuales. En cuanto a su delimitación de las autoridades de las telecomunicaciones, éstas han de disciplinar el mercado para garantizar la competencia económica y otorgando los títulos habilitantes para la utilización del espectro radioeléctrico, mientras que la autoridades audiovisuales deben garantizar el pluralismo y deben expedir las licencias para la emisión de los contenidos audiovisuales, en aquellas modalidades de transmisión que resulte necesario.
- **Función:** tutelar el ejercicio del derecho fundamental a la información (libertad de expresión e información) y en concreto: garantizar el pluralismo (criterio a aplicar a la hora de otorgar autorizaciones o concesiones) y la independencia de empresas (incluyendo el control de las normas de transparencia y anticoncentración) y profesionales; garantizar los derechos del público frente a las injerencias de los medios y desarrollar procesos de arbitraje a este respecto; promover el derecho de acceso y demás manifestaciones del sujeto universal como sujeto difusor; controlar las normativas en materia de publicidad y patrocinio; promover la producción propia y estimular la calidad de la programación.

- **Poderes:** entre ellos debiera estar tanto el otorgamiento de licencias como la autorización de las operaciones de fusión o absorción, así como poderes sancionadores propios, sometidos, claro está, al control jurisdiccional.
- **Independencia:** si la representación en la institución del pluralismo social es un buen cauce para la independencia no lo es, en cambio, tanto para la eficacia de un organismo con importantes competencias administrativas. Podría quizá ensayarse un sistema mixto: una autoridad unipersonal, elegida por el Congreso por una mayoría cualificada y responsable ante él, con un mandato superior a la legislatura; junto a esta autoridad personal, se constituiría un consejo asesor en que estarían representados los distintos sectores relacionados con la actividad, así como organizaciones y movimientos sociales. O, como se propone desde el Colegio catalán, circunscribir la representación social a un consejo asesor.

En fin, de esta manera la tutela de los intereses públicos a cargo de una institución independiente sustituye a la intervención de la administración a través de la tradicional forma del servicio público.

3.3.2. Obligaciones de servicio público

El otro camino para alcanzar un servicio público renovado, conforme al contexto presente, es el definir el servicio público en función de los objetivos y obligaciones que asume y que se constituyen como limitación a la libertad de empresa. O en otras palabras, definir el servicio público en términos materiales frente a la definición jurídico-formal imperante hasta ahora.

Esta es una posición defendida entre nosotros por el profesor Muñoz Machado, pero de la que extrae como consecuencia la necesidad de una diferenciación del status de empresas públicas y privadas y, sobre todo, una denuncia de la que considera doble financiación privilegiada de la televisión pública[832]. No obstante, y con matices en cada caso, es ésta una idea cada vez más aceptada por la doctrina[833].

Por un concepto material del servicio público se ha pronunciado la IV Conferencia Ministerial Europea sobre política de comunicación de masas del Consejo de Europa (Praga, 7 y 8 de diciembre de 1994) y su declaración sobre el futuro del servicio público de radiodifusión[834]. Según esta declaración, el servicio público se define en función de los objetivos de la programación, en particular y sin carácter exhaustivo:

- *"Ser, a través de su programación, un punto de referencia para todos los miembros del público y un factor de cohesión social así como de integración de todos los individuos, grupos y comunidades. Deben en particular rechazar toda discriminación cultural, sexual, religiosa o racial y toda forma de segregación social."*
- *"Proporcionar un foro de discusión pública en cuyo marco puedan plantearse del modo más amplio posible opiniones y puntos de vista."*

[832] Podríamos decir que esta es la tesis central de *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit.

[833] Véanse, a título de ejemplo, las opiniones vertidas en el debate de *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit.

[834] Puede consultarse el texto en **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 151-552.

- *"Difundir informaciones y comentarios imparciales e independientes."*
- *"Desarrollar una programación pluralista, innovadora y variada que responda a normas éticas y de calidad elevadas y no sacrificar este objetivo de calidad a las fuerzas del mercado."*
- *"Desarrollar y estructurar la programación y servicios que interesen a un público amplio, con atención a las necesidades de los grupos minoritarios."*
- *"Reflejar las diferentes ideas filosóficas y convicciones religiosas de la sociedad, con el fin de reforzar la comprensión mutua y la tolerancia y promover las relaciones intercomunitarias en las sociedades pluriétnicas y multiculturales."*
- *"Contribuir activamente, a través de su programación, a hacer conocer mejor y a apreciar la diversidad del patrimonio cultural nacional y europeo."*
- *"Asegurar que los programas que ofrecen contienen una proporción significativa de producciones originales, en particular de largometrajes, obras dramáticas y otras obras de creación, y vigilar la necesidad de recurrir a productores independientes y cooperar con el sector cinematográfico."*
- *"Ampliar la elección de la que disponen los telespectadores y los oyentes ofreciendo igualmente servicios de programas que no son normalmente proporcionados por los radiodifusores comerciales."*

La filosofía de la declaración se basa en la distinción entre programación de servicio público y programación comercial. La programación de servicio público cumpliría los fines señalados y serviría de cauce al ejercicio de derechos constitucionales y a la función de favorecer la cohesión social. Esta programación podría ser asumida también por televisiones privadas[835]. Los Estados miembros se comprometen a desarrollar un servicio público vigoroso en un entorno de competencia y una creciente oferta de servicios audiovisuales diversos. Tal servicio ha de contar con los medios necesarios, incluidos los financieros para desarrollar su labor.

Para Porter[836], la declaración supone un standard europeo, que todos los miembros del Consejo de Europa deben tener en cuenta. La declaración es clara en cuanto a los objetivos, pero vaga en cuanto a responsabilidad pública y financiación. Para el Comité de Ministros lo importante son las políticas de servicio público y no quien sea el propietario de la organización. *"Pero* -añade este autor- *la propiedad hace la diferencia, porque, finalmente, la propiedad de una organización de radiodifusión no puede divorciarse de la responsabilidad pública. En el análisis final, la política de programación de un radiodifusor público debe dar cuentas a una autoridad pública, mientras que un radiodifusor privado es un último término responsable ante los propietarios."*

En cuanto que estas obligaciones públicas respecto a la emisión podrían ser asumidas por operadores públicos o privados, la declaración se aproxima para Muñoz

[835] En parecido sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de octubre de 1996, sobre la función de la televisión pública en una sociedad multimedia, que acentúa la distinción entre empresas públicas y privadas: *"la calidad y el contenido inherentes a la programación popular de la televisión pública, incluyendo los programas dedicados a intereses específicos de audiencias como claramente diferenciados de la programación de las cadenas comerciales, que están obligadas a conceder prioridad a unos índices de audiencia elevados y a los beneficios, dada su responsabilidad directa con los accionistas... el público tiene que seguir siendo consciente de le importancia de la independencia de pensamiento y de la imparcialidad de la opinión sobre temas sociales de la televisión pública..."*, citado por **Muñoz Machado**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit., p. 129.

[836] Op. cit. pp. 352-353.

Machado[837] al concepto de servicio universal, aplicado a los correos o las telecomunicaciones. Entiendo que la aplicación de la idea de servicio universal supondría garantizar a toda la población un servicio de televisión mínimo, pero de suficiente calidad. La aceptación de esta noción se haría imprescindible en un diseño del sector en el que la televisión de pago cobraría el protagonismo y a la televisión abierta, servida principalmente por organismos públicos o privados, correspondería la prestación de ese servicio universal. El riesgo de dualización es evidente: una televisión *rica* de pago y una televisión *pobre* de servicio público[838].

Otro de los riesgos de este planteamiento es dividir el servicio público en una miriada de obligaciones, que serían asumidas *a la carta* por los distintos operadores, sobre todo en función de sus necesidades de financiación pública, que estaría vinculada al cumplimiento de estas obligaciones. En este sentido, partiendo de que el servicio público ha de definirse por su contenido, éste debe tener un carácter global, al margen de que algunas de estas obligaciones puedan asumirse aisladamente por algún operador privado.

Todas estas cuestiones nos llevan a la pregunta esencial de toda esta larga sección: ¿debe existir un régimen común para las empresas públicas y privadas de radio y televisión?

3.4. ¿Régimen común para las empresas públicas y privadas?

Como acertadamente manifestó el profesor González Encinar[839] la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han estado durante años encerradas en un falso dilema: televisión

[837] *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. p. 89: *"La proliferación de servicios nuevos, desarrollados por empresas privadas, aunque sean de interés general, generará en la televisión un problema nuevo: el de la extensión territorial y personal de dichos servicios y la calidad de los mismas. Es decir, se generará la necesidad de que cubran no sólo los territorios y los segmentos de la población que resulten rentables para los empresarios, sino la totalidad de la población y el territorio del Estado. Además, será exigible que el servicio tenga niveles de calidad razonables y estables. Estos objetivos que en el sistema tradicional de televisión, en la época de las frecuencias limitadas, se conseguía con la noción de servicio público y la atribución a empresas públicas de la responsabilidad de las prestaciones antes referidas, deberá conseguirse en el futuro, en un entorno de servicios privatizados, mediante la aplicación a la televisión de la noción de servicio universal. Los empresarios privados estarán obligados a desarrollar misiones de servicio público, con las que conseguir los objetivos de universalización y de calidad antes referidos. Estas obligaciones constituyen el núcleo del concepto de servicio universal...".*

[838] **Ortiz Brú, C.**, op. cit. p. 12 dice sobre el riesgo de dualización en las telecomunicaciones:*" Cualquier reforma legislativa en un sector de tanta trascendencia social, política y económica, como es el de las telecomunicaciones ha de evitar el riesgo de que el solo juego de las fuerzas del mercado conduzca a una nueva dualización de la sociedad: la de los ciudadanos con acceso a las nuevas tecnologías (infoalfabetos) frente a aquellos que, por razones de mercado, quedan al margen de los beneficios económicos, sociales y culturales que las mismas aportan en una sociedad de la información (infoanalfabetos). Esta actuación equilibradora o de procura existencial propia de una concepción de servicio público -tradicional en el derecho continental europeo- ha de planear, en todo caso, sobre la reforma legislativa que se pretende abordar, de forma tal que se haga compatible la competencia plena en el mercado con obligaciones de servicio público tales como el de prestación de un servicio universal al que tenga acceso, como derecho, todo el conjunto de los ciudadanos del país".*

[839] En el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 19: *"La Jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, y con ellas la opinión pública, llevan años encerradas en un dilema falso: televisión pública/televisión privada. Ese dilema es falso por varias razones. Para entenderlas hay que comenzar sustituyendo las declaraciones meramente retóricas por una interpretación dogmáticamente adecuada. No basta con limitarse a decir que la calificación de servicio público no es, en*

pública/televisión privada. Y la única manera de salir de tal falso dilema es reconocer que la función pública de la radio y la televisión tiene que ser satisfecha tanto por la televisión pública como por la privada, si bien con distintas gradaciones. O, en otras palabras, que la televisión, sea cual sea la naturaleza del titular de la empresa, es un servicio de interés público.

Al tiempo de la generalización de la televisión privada en Europa existía una importante línea de pensamiento que propugnaba un régimen común de servicio público para televisiones públicas y privadas. Así la I Conferencia Europea sobre medios de comunicación (Viena, 1986) y la II (Estocolmo, 1988), así como numerosas declaraciones del Consejo de Europa[840] apuntan a esta conclusión, señalando, además, que éste debiera ser el marco de competencia entre unos organismos y otros para preservar la función pública que hasta entonces venían desempeñando las televisiones públicas. Como vimos, la Conferencia de Praga mantiene posiciones más matizadas, en el sentido de propugnar un régimen menos estricto para las privadas. Y más recientemente, la I Conferencia Audiovisual Europea (Birminghan, abril 1998) ha dado ocasión para que el comisario competente en la materia, Marcelino Oreja, anuncie que la Comisión velará por el mantenimiento de una serie de principios que garanticen el juego limpio de todos los participantes en la concurrencia, lo que implica una definición clara de las actividades de los entes públicos y un alto nivel de transparencia en su gestión[841].

Pero quizá sea la Directiva de la Televisión sin Fronteras la que más claramente apuesta por un régimen común, aplicando sus disposiciones indistintamente a los operadores públicos y privados[842]. Otra cosa es si estas obligaciones puede calificarse de servicio público o, sean, más bien una ordenación necesaria, condición previa a cualquier

absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio (televisión), permita cualquier regulación del mismo' (SSTC 206/1990, fj. 6, y 189/1991, fj. 3). Lo que hay que hacer en este caso es explicitar cuál es la regulación que la Constitución exige, y cuál es la regulación que la Constitución .prohibe, porque es solamente lo 'no exigido' y lo 'no prohibido' lo que constituye el campo de los .poderes del legislador. Fuera de ese campo, el legislador no tiene 'poderes', sino 'deberes' o 'prohibiciones'."

[840] Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. p. 245 y 282 y ss.

[841] El País, 8/4/98.

[842] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión,* op. cit., p. 231, critica en estos términos tal equiparación: *"Este método es erróneo porque la televisión comercial sufre límites innecesarios y, por otra parte, no se diferencia la función ni el cometido de las televisiones públicas. Las jurisprudencias constitucionales que se han examinado en este estudio diferencian todas, de un modo u otro, la posición que deben tener en el mercado las televisiones públicas y las privadas. La Directiva de 1989 no sigue, sin embargo, este criterio. El defecto es doble tanto porque impone a las televisiones comerciales restricciones a los contenidos de su actividad que no están en la lógica del comercio ni del mercado, como porque dejan de exigir a las televisiones públicas obligaciones que deben diferenciarse, según se acepta universalmente, de la de las televisiones privadas. Aunque ambas deban cumplir funciones de servicio público, las públicas deben hacerlo de un modo más relevante puesto que, como han puesto de manifiesto todos los Tribunales Constitucionales, es sobre ellas sobre las que cae especialmente la obligación de preservar el pluralismo, el equilibrio, la objetividad, y todos los valores de libertad que están en el fondo de la comunicación televisiva. Pero también se puede criticar esta fórmula por su marcada ineficacia. Aplicando las mismas reglas a las televisiones públicas y a las privadas, lo que se provoca es que, como ocurre en la práctica, no exista una mayor conservación de los valores que se trata de proteger frente a los excesos posibles del espíritu comercial sino, por el contrario, que las cadenas públicas, para conseguir buenas audiencias, imiten a las privadas en cuanto a sus políticas de programación".*

obligación de servicio público. Su última modificación y la Ley 22/1999 que la incorpora al Derecho español mantienen esta misma filosofía[843].

Los defensores de una televisión privada en régimen de absoluta libertad de empresa propugnan una televisión pública reducida a un gueto cultural. Este planteamiento, llevado a su extremo, llevaría a audiencias puramente testimoniales y el servicio público sin audiencia deja de ser servicio público[844]. Tampoco resulta válido considerar como programación de servicio público aquella que no pueda ser satisfecha por el mercado, pues -como veremos en el capítulo siguiente- la programación se define por su conjunto y no por programas individuales y en esa función de cohesión social tienen su importancia también los programas de entretenimiento[845].

En Francia, si se analiza el conjunto de obligaciones impuestas a los medios audiovisuales después de la reforma de 1989[846], veremos que la inmensa mayoría se proyectan sobre la programación, exigiéndose bien la expresión del pluralismo en los programas, bien el respeto a las reglas de protección de la infancia y juventud, bien la emisión de determinados tipos de programas (cuotas, declaraciones del gobierno, propaganda electoral) o la defensa e ilustración de la lengua francesa, entre otros. No tienen relación con la programación las normas anticoncentración y las obligaciones que se imponen, tanto a las empresas públicas como a las privadas de contribuir al desarrollo de la cinematografía y la producción nacional. Estas misiones de servicio público se exigen de modo casi idéntico a los operadores públicos y privados, si bien a éstos últimos con una menor intensidad en algunos casos. Son misiones específicas de los operadores públicos la difusión de las campañas electorales (los privados se sujetarán a las recomendaciones que a este respecto emita el Consejo Superior del Audiovisual), conservación y explotación de los archivos audiovisuales (a través del Instituto Nacional del Audiovisual), emisión de declaraciones gubernamentales y derecho de réplica, transmisión de los debates parlamentarios, emisiones religiosas, continuidad del servicio público, prohibición de

---

[843] El Comisario responsable de la política audiovisual, Marcelino Oreja, se ha pronunciado, en su discurso del 11 de diciembre de 1998 a la Subcomisión del Congreso para la Financiación de RTVE, por un régimen común, que incluyera mínimos deontológicos obligatorios para todos y que regulara la industria como un todo, creando los mecanismos para controlar y aplicar este régimen a los distintos operadores y con mecanismo de mediación y resolución de los conflictos. Marcelino Oreja se pronunció por que las competencias de regulación fueran asumidas por una autoridad independiente.

[844] **Ortega, L.**, op. cit., p. 98.

[845] En esta línea, la intervención de **Quadra Salcedo, T.**, en el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. , pp. 73-74: *"... es mucho más difícil distinguir en definitiva por razón de los contenidos en qué consiste una programación de servicio público o de interés privado porque puede haber un mismo programa de entretenimiento en que la misión de servicio público consista en un caso en darle una cierta calidad sin sujetarse sin más a las reglas del mercado..."*. Y más adelante insiste en esta idea, desde la perspectiva de la clásica triple función de formar, informar y entretener: *"Si el servicio público se definiese por una función pública de carácter educativo o formativo consistente, por ejemplo, en hablar de Kant podía pensarse que lo reservado a la televisión pública eran esas funciones formativas que aunque carecieran de audiencias importantes, merecían ser financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, atendida la misión formativa que cumplen. El esquema estaba entonces muy claro, servicio público era aquello que no podían cubrir los particulares por su falta de rentabilidad económica y en ese caso el ámbito del servicio público consistía en que los Presupuestos financian que se hable de filosofía o de lo que sea y las televisiones privadas en cambio hacen una televisión comercial con cargo a la publicidad dando al público aquello que mayoritariamente le interesa. Creo, sin embargo, que la cosa no es tan sencilla y probablemente la televisión pública tiene no sólo que educar sino además entretener, divertir, informar y no sólo a minorías, sino con vocación de atraer al mayor número de gente..."*.

[846] Véase cuadro sistemático realizado por **Derieux, E.**, op. cit., pp. 170-171.

interrumpir la emisión de obras cinematográficas... Para Sprung[847] estas obligaciones impuestas a uno y otro sector son muy semejantes, si no idénticas y, lo que es más importante, el público no puede encontrar la diferencia entre cadenas públicas y privadas, sobre todo si tenemos que la presencia de la publicidad no resulta sensiblemente menor en la cadenas públicas, conclusión ésta última que podríamos generalizar para España y otros muchos países.

Llegados a este punto trataremos de sentar unos principios para delimitar el respectivo régimen de los sujetos difusores, según su titularidad, pública o privada.

En primer lugar y como principio básico, debemos concluir que tanto las empresas públicas como las privadas han de orientarse a la satisfacción de la función pública. Por tanto, existirán toda una serie de obligaciones, en la línea de las establecidas en la Directiva Televisión sin Fronteras, como limitación de la publicidad o protección de los menores (algunos autores, por ejemplo, Merola[848], las denominan *deontológicas*) y que se fundamentan en la responsabilidad del sujeto emisor frente al sujeto receptor. Pero existen otros datos definitorios que han de tener su correlato en peculiaridades del respectivo régimen jurídico:

- **Sujetos de titularidad privada:** su rasgos peculiares residen en que, además de los fines comunicativos, tienen como objeto social (manifestación de los derechos a la propiedad y la libertad de empresa) la obtención de **beneficio** y pueden, como un desarrollo de su libertad de expresión, adoptar una **definición editorial**. Así, no pueden ser sometidos a una regulación que en aras de la defensa de la imparcialidad o los derechos del público anule o neutralice su legítima tendencia. Ni tampoco puede ser sometido a unas obligaciones exorbitantes que hagan su producto carente de atractivo para el público o distorsionen el mercado, de tal forma que se haga imposible la obtención de un beneficio en condiciones normales (examinaremos los problemas de competencia y la llamada *doble financiación* al tratar del régimen de los sujetos).
- **Sujetos de titularidad pública**: entre sus fines fundacionales nunca estará la obtención de beneficios ni una definición editorial que no sea la concreción a su ámbito de actuación de los valores constitucionales o de una peculiar manera de ponerse al servicio de la función pública. Por tanto, los sujetos de titularidad pública, que deben tener garantizados unos medios para realizar sus fines, deben ir más allá que los privados en esta realización de la función pública[849]. Por eso, obligación específica debe ser, como parte que son de los **poderes**

[847] **Sprung, O.**, op. cit., p. 254.

[848] **Merola, Massimo**, *Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 133.

[849] **Núñez Encabo, Manuel**, *"La voladura controlada de la televisión pública"*, El País, 24/4/98, sostiene que...*" La televisión pública debe justificarse no sólo por cumplir las exigencias jurídicas y éticas de veracidad y respeto a los derechos fundamentales, que es obligación común a todas las televisiones, sino principalmente por asumir acciones positivas que las convierten en una televisión innovadora por su calidad, su perfil cultural y por constituir un foro de debate permanente de debate libre y democrático".*

públicos[850], como ordena el art. 9.2 CE, adoptar un papel activo en la *promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectivas*, así como dirigir su actividad a *remover los obstáculos que impidan dificulten su plenitud y facilitar la participación en la vida política, cultural y social*. En este sentido, los sujetos públicos han de ser cauce preferente para algunas de las manifestaciones de la libertad de programación, que se desarrollarán en el siguiente capítulo.

Como **conclusión**, planteamos un esquema de delimitación en círculos concéntricos, donde los más exteriores conforman un régimen común para sujetos emisores públicos y privados y sólo el más interno, el núcleo de obligaciones más exigentes, corresponde al régimen específico de los sujetos públicos. Se advierte que, sin perjuicio de las referencias al derecho positivo, se trata de conclusiones *lege ferenda.*

- **Responsabilidad penal**. Se constituye como el círculo más externo, común para todos los sujetos.
- **Veracidad**. Límite intrínseco exigible de igual modo a los programas de operadores públicos y privados.
- **Imparcialidad**. Sólo exigible a los programas de los sujetos públicos.
- **Protección de los derechos de la personalidad**. Régimen común, instrumentado mediante instituciones civiles (como establece la L. O. 1/1982, de 5 de mayo) o mecanismos de arbitraje (por ejemplo encomendados a la autoridad independiente). Sólo en el caso de sistemas de autocontrol, por su propia naturaleza, cabría distinguir entre sector privado y sector público, pues estas instituciones suelen organizarse en el seno de asociaciones empresariales o profesionales.
- **Protección de la infancia y la juventud**. Son de aplicación las mismas consideraciones del apartado anterior, que en este caso se hacen extensibles no sólo a este bien considerado como un límite externo, sino como una obligación positiva, que se proyecta sobre la programación, con programas específicos, exigibles, por lo menos en cuanto a unos mínimos, tanto a los sujetos públicos como a los privados.
- **Límites cualitativos a la publicidad**. Régimen común respecto a la publicidad prohibida o limitada en razón de la protección de bienes superiores (prohibiciones o limitaciones en materia de tabaco, bebidas alcohólicas, medicamentos), por el modo no consciente de producirse (publicidad encubierta o subliminal, normas sobre identificación, regulación del patrocinio) o en razón de la protección de la competencia.
- **Límites cuantitativos a la publicidad**. Partiendo de unos límites estrictos comunes para todas las empresas, tiene sentido imponer unas limitaciones aún más estrictas e incluso su eliminación total en el caso de los públicos, constituyéndose éste en uno de los elementos diferenciales.
- **Derecho de acceso**. Si la tónica es que alguna de sus manifestaciones como el derecho de rectificación (aunque considerado como protección a los derechos

[850] Y lo son en sentido material, sin perjuicio de que lo sean también en sentido formal, como lo entiende el Tribunal Constitucional, **STC 35/1983**, para las sociedades de RTVE.

de la personalidad) es exigible tanto ante sujetos públicos como privados, no suele ocurrir otro tanto respecto al acceso del público (prácticamente inexistente) o el acceso en campañas electorales, exigible sólo frente a sujetos públicos. Defenderemos una aplicación común, máxime si un sujeto privado tiene una posición exclusiva o preponderante en un determinado ámbito.

- **Normas anticoncentración y de transparencia**. Por su propia naturaleza, aplicables exclusivamente al sector privado.
- **Normas de competencia**. Régimen concurrencial aplicable a todos los operadores, sean sujetos emisores de titularidad pública o privada.
- **Programación básica**. Desarrollaremos este concepto en el capítulo 4º, pero puede adelantarse que se trata de la traslación de la idea del servicio universal (de las telecomunicaciones) a la radio y la televisión, con modulaciones distintas conforme al medio de transmisión (cable, satélite etc.). A diferencia del concepto en las telecomunicaciones, donde uno solo de los operadores, el dominante, está de entrada obligado a prestar el servicio (que habrá de ser financiado por todos los operadores si ocasiona desventajas competitivas en el prestador), aquí se propone el concepto de *Programación básica* como el conjunto mínimo de obligaciones de programación al que están sometidos todos los sujetos emisores, sean públicos o privados. Estas obligaciones mínimas supondrían la inclusión obligatoria de determinados porcentajes de programas (informativos, culturales, de debate, de datos útiles para la comunidad). Dentro de este concepto se incluye la promoción de la producción propia e independiente, producción nacional, europea o en la lengua propia de la comunidad.
- **Programación de servicio público**. Aquella que tiene como finalidad hacer realidad en el medio radio y televisión la función promocional de los derechos (art. 9.2 CE) que compete a los poderes públicos, y que, como es lógico, sólo obliga específicamente, a los sujetos de titularidad pública. Se incluirían aquí los programas destinados a la promoción de determinados colectivos, integración territorial, espacios de audiencia minoritaria, fomento más enérgico de la producción nacional del exigido por la *Programación básica*. Se trata del *núcleo duro* del servicio público, aunque la realización de alguna de estas misiones a través de programas concretos (por ejemplo, destinados a un colectivo desfavorecido como pueden ser los sordos) podrían ser abordados voluntariamente, normalmente en el marco de convenios de colaboración con instituciones públicas o por la vía de la financiación que ofrece el mecenazgo.

Por tanto, nuestra conclusión apunta a un régimen común bastante amplio, mejorado por una misión de programación de servicio público que competería exclusivamente a las empresas públicas. Entiendo que queda así superado el concepto puramente formal o *administrativista* del servicio público por un concepto material, en el que el servicio público se configura como un régimen jurídico que pone los programas audiovisuales al servicio del público en el marco de una diversidad de sujetos emisores que compiten entre sí y son regulados por una autoridad independiente, tuteladora de los derechos del público.

3.5. El régimen de los sujetos

3.5.1. Sujeto universal

En pocos medios como en la radio y la televisión se ha reducido al sujeto universal a un función pasiva[851]. Y sin embargo, si lo que nació como medio de transmisión llegó a convertirse en medio de comunicación lo fue por la iniciativa entusiasta de millones de radioaficionados de todo el mundo, que no sólo popularizaron y perfeccionaron técnicamente el medio, sino que constituyeron e impulsaron asociaciones de radioyentes, primeros sujetos emisores. Sin embargo, la industria (eléctrica, primero, electrónica después) sola o en combinación con los conglomerados de la prensa en Estados Unidos, o los organismos públicos en Europa (a excepción de Holanda), terminan por desplazar a estas asociaciones y el público, perdido el entusiasmo inicial, se vio reducido a un papel meramente receptor. Y ahora, siete décadas después de la generalización de la radio y a medio siglo de la extensión de la televisión, las posibilidades técnicas de interactuar con el medio se anuncian como panacea para todos los males engendrados por la pasividad.

Y es que la radio y la televisión comercial, desarrolladas en todo el mundo según el modelo norteamericano, convierten al sujeto universal no ya en público receptor, sino en *audiencia*, que es el verdadero producto manufacturado y vendido por esta industria. Vale la pena la cita de Curran y Seaton[852]:

> *"La televisión comercial produce audiencias, no programas. Los anunciantes, adquiriendo unos pocos segundos de tiempo de televisión, compran los espectadores por millares. El precio viene determinado por el número de personas que puede esperarse que estén viéndola cuando se difunda el anuncio. En consecuencia, los anunciantes consideran los programas como el simple medio por el que se les hace entrega de la audiencia."*

Puesto que lo que se persigue es un determinado nivel de rentabilidad se actúa con las técnicas de mercado. Así, se diferencia y se individualiza el producto. Los contenidos de los programas, su estética, el diseño o imagen del propio canal... están en función de unos objetivos de audiencia; más aún, de conquistar un determinado tipo de audiencia, de modo que al diferenciar los programas se distingue y delimita -*se empaqueta*- a los espectadores, que son el verdadero producto vendido a los anunciantes.

Quintana[853] ha trazado la evolución histórica del sujeto universal, desde su consideración como público a su actual reducción a simple mercado. Si partimos de una definición general de audiencia como aquel grupo que recibe el mismo contenido en el mismo momento, podemos enfrentar la audiencia como masa (heterogénea, dispersa, anónima, efímera, incoherente, falta de organización social) con la audiencia como público,

---

[851] Para **Desantes, J. M.**, *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit., p. 21, nunca la actitud del sujeto universal es totalmente pasiva: *"... no siempre el sujeto receptor es pasivo -mejor dicho, casi nunca lo es. Ver, escuchar o leer supone una actitud receptiva, pero no inerte".* Clasifica este autor, op. cit. p. 176 y ss. las posibles actitudes del sujeto universal en elemental, activa, participativa, contestataria y colaborante.

[852] Op. cit., p. 219.

[853] **Quintana, Y.**, op. cit., pp. 26-66.

en cuanto grupo social preexistente, activo, interactivo, con cierto grado de autoconciencia, identidad común y posibilidades para influir en la oferta de comunicación. En la situación presente sólo pueden considerarse público las élites informadas con capacidad de influencia política o los miembros de asociaciones o movimientos capaces de interactuar entre sí. La audiencia como masa termina por convertirse en mercado, esto es, *"...un agregado de consumidores (potenciales consumidores de mensajes), cuyo perfil socioeconómico es conocido, al que se dirige un medio de comunicación o mensaje. La idea "consumidor" tiene una doble significación: respecto a los propios medios entendidos como producto y como receptores de mensajes publicitarios..."* [854].

Pero este modelo, que corresponde al de las sociedades de masas, está dando lugar a un nuevo modelo de audiencia, correspondiente a la sociedad de la información[855]. Los desarrollos tecnológicos y la proliferación de medios y canales hacen modificar substancialmente este mercado de masas, que ahora se fragmenta, se hace más crítico y pierde los símbolos comunes. En los medios convencionales el usuario es pasivo y está desprotegido; en los nuevos medios se le supone activo, pero permanece igualmente desprotegido. Y, desde luego, esta fragmentación de la audiencia no implica su conformación como grupo organizado[856].

En España la audiencia responde todavía a la caracterización de masa o mercado. Quintana[857] señala las propiedades de la audiencia de los medios, en general, en nuestro país. Se trata de una audiencia: a) Homogénea: no se aprecian diferencias significativas por edades, nivel sociocultural, económico o habitat y tanto los hábitos de consumo como las valoraciones que se hacen de los distintos medios de comunicación son similares; b) Crítica: la audiencia desaprueba, en general, el servicio ofrecido por los medios de comunicación (desde la calidad de la información, hasta la pluralidad de la oferta o los cauces de participación) y es especialmente crítica con la televisión, el medio que más consume. No obstante se sigue *consumiendo* el producto ofertado, pese a la mínima satisfacción que produce. Los espectadores reconocen participar escasamente en el proceso comunicativo y ser poco activos en la reclamación y exigencia de sus derechos.

Veamos algunos datos más del perfil de la audiencia española, ahora ya referidos específicamente a la televisión. Según el informe SOFRES[858], los mayores de 65 años son los que más ven la televisión. Una media de cinco horas diarias dedica este grupo de edad a ver la televisión, seguido por las amas de casa con cuatro horas y media. Los niños entre los 4 y 12 años son los menos interesados -y es un dato que desmiente una opinión muy asentada- pues sólo le dedican dos y media, siendo la media española de tres hora y media. No hay diferencias significativas entre grandes ciudades y zonas rurales, pero si por poder adquisitivo: a menor nivel de ingresos, mayor consumo de televisión. Pero en

---

[854] Ibídem, p. 21. La autora sigue en su exposición a **Mc Quail, Denis**, *Introducción a la Teoría de la Comunicación de Masas*, Paidós, Buenos Aires, 1985.

[855] Ibídem, pp. 60-61.

[856] Ibídem, p. 65.

[857] Partiendo del estudio *Hábitos y Formas de Consumo*, CEACCU, octubre 1995, basado en 500 encuestas sobre el universo de 349.866 asociados a las distintas organizaciones de esta confederación. Véase op. cit. pp. 198-252.

[858] El País, 4/4/98.

1997, por primera vez desde que se registran datos de audiencia, los españoles dedicaron cinco minutos menos al consumo televisivo[859]. Estos datos no hacen sino confirmar que la audiencia de la televisión está compuesta principalmente por individuos con menores capacidades de interactuar socialmente, con más escasas posibilidades de acceder a la cultura u otras formas de entretenimiento. Pero ello no obsta para que en cada momento la audiencia esté compuesta por muestras significativas de todos los segmentos sociales de edad, poder adquisitivo, cultura, distribución geográfica etc. En este sentido, la audiencia de la televisión sigue siendo el gran mercado de los consumidores, pero también es el foro social por excelencia[860].

La disminución del consumo de televisión, pese a la proliferación de ofertas, indica la insatisfacción de la audiencia y anuncia un cambio de tendencia en la línea de un consumo más personalizado, que como vimos era una de las características de la llamada sociedad de la información. En efecto, la televisión se ve cada vez más individualmente y menos en familia: un 51% de los hogares tienen dos receptores y un 24% tres, lo que supone que la recepción se produce, cada vez más, en solitario[861].

Es éste un fenómeno que coincide con los nuevos modos de ver la televisión - el *zapping* y el *grazing*- a los que ya nos referimos al tratar de las disfunciones del medio, en lo que el mensaje se desorganiza y fragmenta. El mando a distancia, que ha hecho posible estas formas de percepción, es el anticipo de la interactividad que se anuncia. Por el momento todas las formas de interactividad ensayadas pretenden básicamente ofrecer más posibilidades al sujeto receptor para filtrar una información creciente. Puesto que la interactividad requiere un canal de retorno, el cable es el medio de transmisión más adecuado. Las experiencias de televisión interactiva más importantes han sido realizadas por los operadores de cable norteamericanos, pero casi todas han fracasado, en parte por desinterés del público, en parte por tratarse de productos poco refinados. La tendencia es la fusión de Internet y televisión. Microsoft compró la experiencia más interesante, WEB TV, pese a su falta de éxito comercial e incluye ya esta posibilidad en su nueva versión del programa Windows 98, sólo para las copias vendidas en Estados Unidos[862]. En otros supuestos, como la televisión digital a través de satélite o trasmitida por estaciones terrenas, la interactividad se reduce a escoger el momento de la recepción de un determinado programa o a seleccionar algunos elementos del mismo (por ejemplo, el plano en una transmisión deportiva).

Esta evolución hacia la recepción individualizada obliga a repensar los clásicos mecanismos de protección de los menores. Las limitaciones horarias se muestran menos eficaces y el control de los padres es cada vez menor, por lo que se imponen sistemas

[859] La Vanguardia, 9/4/98.

[860] Sin duda en el futuro inmediato aumentará el consumo de mensajes audiovisuales a través de los servicios en línea interactivos. No obstante, los estudios indican que el tiempo dedicado a la recepción de programas de radio y televisión aumentará ligeramente. El instituto de investigación *Fraunhofer-ISI* de Karlsruhe predice que el año 2015 la recepción de programas de radio y televisión supondrá el 68% del tiempo dedicado a los medios, que se elevará de 6 a 7 horas. Véase **Pappas, Spyridon A.**, *"The European Commission's thinking on audiovisual regulatory authorities" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 65.

[861] Informe *España 1997, una interpretación de la realidad social*, CECS-Fundación Encuentro. Véase El País 30/3/98.

[862] Michael Krantz en Time, 10/11/97.

inteligentes de exclusión de determinadas categorías de programas, a voluntad del receptor adulto (*chip anti violencia*). Nos remitimos al estudio de esta materia en el capítulo 4º , 1.5.

Por tanto, aunque técnicamente resulta posible pensar en una interactividad plena en la que el receptor se convirtiera alternativamente en emisor, utilizando un canal de retorno gestionado informáticamente, al que estuviera conectado una cámara y un magnetoscopio -y esto ya es posible en Internet, aunque con deficiente calidad técnica-, las experiencias en desarrollo por las grandes compañías parecen dirigidas a favorecer las posibilidades de actuar como receptor, consumidor (compra electrónica) o sujeto opinante (sondeos interactivos), pero no como verdadero emisor. En este sentido, si una versión simplificada de Internet, basada en el receptor de televisión, se asentara comercialmente a costa de marginar la red hasta ahora basada en la conexión activa -y en gran medida espontánea- de ordenadores, las posibilidades de verdadera interactividad disminuirían. No debe tampoco sobrevalorarse la interactividad como alternativa absoluta a la recepción masiva: sólo se interactúa ante lo que se conoce, mientras que en la recepción masiva el sujeto puede abrirse a realidades desconocidas[863].

En este marco, en la transición de la audiencia-masa a la audiencia individuo, el único parámetro valorativo es la aceptación del mercado. Es la *falacia del consumidor soberano* que Saavedra[864] expresa en los siguientes términos:

> *"... si el mercado extiende sus dominios sobre la información, la cultura, el entretenimiento e incluso la dignidad de las personas y para que no falte justificación moral a las apetencias de lucro, se afirma que el mercado es el espacio donde se juega, con las reglas de la democracia, el juego de la soberanía popular. Con el mando a distancia se ejerce el derecho al voto. La gente tiene, de esta manera, la televisión que desea, y no cabe imponerle desde arriba un determinado tipo de programas ni de contenidos, pues ello equivaldría a secuestrarle su capacidad de decisión con criterios de excelencia propios de un sector ilustrado que no comparte la misma sensibilidad que la mayoría de la audiencia."*

El medio por el que esta teórica soberanía del consumidor se expresa es distinto en el modelo de audiencia-masa y en el modelo de audiencia individualizada: en el primero mediante la medición de audiencias, en el segundo por el pago de servicios y la compra de programas.

En la medición de audiencias las encuestas y sobre todo el audímetro determinan la supuesta aceptación de un programa y su capacidad para entregar al anunciante un paquete de espectadores. El sistema más que a cuantificar está dirigido a garantizar audiencias masivas. Del comportamiento aleatorio de una muestra de población, que se supone representativa, se deduce un idéntico comportamiento de todos los espectadores y a partir de unos primeros datos se programa para maximizar la audiencia (el beneficio), de modo que si un programa no logra satisfacer el nivel de audiencia esperado para el tramo horario en que se programó, se ve relegando a otros de menor aceptación, hasta que se consiga captar el número de espectadores que cumpla las expectativas del canal en el

[863] **Balle, F.**, op. cit., p. 15.

[864] Op. cit., p. 42.

correspondiente horario. De esta manera, cualquier interés no masivo queda relegado[865]. El sistema es tramposo, pues lo que cuenta es obtener un porcentaje de la audiencia (lo que en la jerga se denomina *rating*), porcentaje que puede manipularse con las técnicas de la *contraprogramación*. Ni que decir tiene que -como pone de manifiesto el Informe de la Comisión Especial del Senado[866]- el sistema no aprecia el grado de satisfacción de la audiencia, ni da ninguna oportunidad al público para influir en ella.

El sistema de la audiencia individualizada es el de la televisión de pago. El consumidor adquiere unos servicios que se suponen más variados y en los que la publicidad está ausente o muy reducida. Además, debe pagar un precio adicional por aquellos programas más exclusivos o de un interés particular. El mercado -la audiencia- ya no tiene una continuidad geográfica, sino que está determinado por el interés en un mismo producto. Son los *mercados nicho*[867], que pueden incluso cubrir territorios nacionales diferentes. No cabe duda que este modelo permite dar satisfacción a unos intereses más diversificados, pero el riesgo de dualización es evidente. Sobre el tema de la televisión de pago volveremos al tratar del régimen de los sistemas de recepción, pero cabe añadir que en este sistema la función como foro social se pierde o atenúa.

A tenor de este análisis cabe concluir unos principios del régimen de los sujetos.

- **Protección de los derechos de la personalidad**. Exige adaptar a las características del medio la protección de los derechos de la personalidad, no sólo por su especial poder de penetración, sino sobre todo por la capacidad de intromisión de la imagen.
- **Protección como receptor pasivo**. Protección frente a las manipulaciones (contraprogramación y otras semejantes) del sistema de audiencias masivas. Protección frente a una programación dominada por la publicidad (limitaciones cuantitativas y cualitativas). Protección frente a programas no deseados (información fiable sobre los contenidos, añadiendo, incluso sistemas de aviso en aquellos programas que puedan herir la sensibilidad común). Garantía del pluralismo externo e interno como mejor remedio contra la manipulación informativa.
- **Protección de los menores**. Derecho a una programación específica, que desarrolle sus capacidades intelectivas y emocionales. Protección frente a una publicidad indiscriminada. Clasificación de la programación por tramos de edad. Limitaciones horarias a los programas inapropiados. Sistemas inteligentes de exclusión de determinadas categorías de programas que pudieran resultar lesivos para su desarrollo.
- **Protección de las minorías**. Protección frente a arquetipos que pudieran resultar discriminatorios.

[865] Y no masivo no quiere decir *culturalista*. Por ejemplo, a estas alturas un partido de baloncesto es un espacio minoritario, aunque puede alcanzar un 15% de audiencia. O una adaptación de cualquier clásico literario que sea seguido por un 18% de la audiencia se considerara minoritario y un mal negocio si otro canal competidor consigue un 24% con un espacio de cotilleos.

[866] Op. cit., p. 71.

[867] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 207.

- **Derechos como receptor**. Derecho a una programación básica y a una programación de servicio público.
- **Protección como consumidor**. Además de las ya mencionadas limitaciones a la publicidad, el sistema de televisión de pago obligará a desarrollar una protección específica como consumidor de este nuevo servicio.
- **Derechos como sujeto activo**. Derechos de acceso individual y colectivo.

Estos principios se desarrollarán en los capítulos 3º y 4º al construir el concepto de libertad de programación y delimitar sus modos de ejercicio, responsabilidad y garantías.

3.5.2. Sujeto cualificado. Una pluralidad de profesiones

Planteados en el primer capítulo los derechos de los informadores (2.3.1) y los problemas de un estatuto profesional en nuestro sistema constitucional (5.2.3), corresponde aquí fijarnos en algunas peculiaridades del sujeto cualificado en los medios audiovisuales y fijar los principios de su régimen.

La primer cuestión que se suscita en los medios audiovisuales es la de la propia definición profesional. La obra audiovisual es una obra colectiva[868], que requiere la participación de una pluralidad de profesionales que aportan su esfuerzo creativo. Claro que, en la prensa, sin la mediación de los trabajadores de artes gráficas la información no llegaría al público. Pero esta mediación -salvo en los profesionales que diseñaron la maqueta de la publicación- no tiene carácter creativo. La diferencia reside en que en los medios audiovisuales, junto a un conjunto de sectores laborales que intervienen de forma no creativa, existe el esfuerzo creativo de un conjunto de personas, pertenecientes a distintas profesiones. En otras palabras, los periodistas no son los únicos creativos, o en nuestros términos, los únicos sujetos del derecho a la libertad de expresión e información.

Es ésta una cuestión que suscita enconada controversia en los ámbitos profesionales, pues el reconocimiento del carácter de sujeto del derecho a la información se relaciona con distinción o preeminencia profesional, de la que se espera obtener ventajas tangibles, incluso económicas. No estaría de más recordar a este respecto que en el estatuto del sujeto cualificado a los derechos corresponden deberes... Y que del ejercicio del derecho a la información no tienen porque derivarse ventajas de ninguna índole. Sin el técnico que mantiene en funcionamiento la emisora que se encuentra en la cumbre de una montaña, el mensaje audiovisual no llegaría al público, pero nadie puede pensar que este trabajo técnico suponga el ejercicio del derecho a la información. En cambio, otro trabajador de carácter técnico, quizá con la misma categoría laboral que aquel, está ejerciendo el derecho a la información cuando edita o realiza el montaje de una información audiovisual y decide -en conjunción con periodistas o realizadores- qué imágenes y sonidos conformarán el mensaje que finalmente será difundido.

[868] La Ley de Propiedad Intelectual en su art. 8 define la obra colectiva como *"... la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sean posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada".*

La cuestión se ha suscitado a la hora de elaborar los llamados Estatutos de Redacción. Las fórmulas son diversas, pero todas coinciden en incluir en el ámbito subjetivo de estas normas (de las que nos ocuparemos en el siguiente capítulo, 3.2, al considerar la libertad de programación como libertad-participación de los profesionales) a aquellos profesionales que inciden sobre los contenidos informativos.

El único Estatuto en vigor, el Estatuto Profesional de la *Corporació Catalana de Ràdio i Televisió*, establece en su art. 2 que quedan comprendidos en el ámbito del Estatuto los profesionales que se mencionan: los profesionales que realicen funciones[869] de redactores y productores en radio y las de redactores, realizadores, cámaras autónomas, montadores en televisión, siempre que en ambos casos se encuentren adscritos a los Servicios Informativos. El dictamen del profesor Marc Carrillo, de 30 de mayo de 1996, que sirvió de base de negociación, incluía una delimitación más genérica, pero más ilustrativa: los profesionales que participen en la elaboración de la información. En el resto de los casos españoles nos tenemos que referir a distintos proyectos[870], cuya negociación no ha terminado por culminar, bien por desidia de los profesionales, bien por falta de acuerdo con la empresa. En el caso de RTVE, desde los primeros intentos, a comienzos de los ochenta[871], se opta por definir la figura de los *informadores audiovisuales* como *"aquellos profesionales del periodismo, la imagen o el sonido que determinen o elaboren los contenidos informativos audiovisuales".* En una de las propuestas presentada a la consideración del Consejo de Administración de RTVE[872] se considera como miembro de la Redacción *"a todas aquellas personas cuyo trabajo consiste en obtener y/o elaborar información para difundir públicamente a través de los servicios y programas informativos de RNE y TVE, al margen de sus relaciones laborales con la empresa".* En fases posteriores de una negociación discontinua e inacabada se ha recuperado la definición de informador audiovisual y se ha optado por indicar aquellas categorías inicialmente incluidas en tal condición, de manera diferenciada en radio y televisión. En cuanto a Radio Televisión Madrid, un proyecto de 1993 se refiere como sujetos del Estatuto a los profesionales que intervienen en la elaboración de los informativos.

Al margen de las peculiaridades que presentan los derechos de autor o propiedad intelectual de los profesionales de los medios audiovisuales[873], los derechos de los informadores audiovisuales son los mismos que los que puedan corresponder a cualquier informador. Genéricamente formulados son:

---

[869] Al remitir a las funciones (como se hace en otros textos) se trata de incluir no sólo al personal fijo con estas categorías sino también a todos los profesionales que no tienen una relación estable o no tienen reconocidas las categorías mencionadas.

[870] Como regla general estos textos no se encuentran publicados y veces hasta es difícil precisar su fecha y origen.

[871] Véase **Díaz Arias, Rafael**, *"Por una información profesional: un proyecto de Estatuto para los Servicios Informativos de TVE"*, Documentación de las Ciencias de la Información, 1984.

[872] Texto inédito.

[873] Si nuestra Ley de Propiedad Intelectual es poco generosa en el reconocimiento en general de los derechos de los periodistas, menos aún lo es respecto a los periodistas que trabajan en medios audiovisuales, a los que en la práctica no les cabe ni siquiera la posibilidad de recopilar sus trabajos, como se permite a sus colegas de la prensa, pues en la radio y sobre todo en la televisión esta recopilación es imposible porque el soporte al que se incorpora es controlado por la propia empresa y sólo puede, si acaso recopilar sus guiones, que no son más que el germen de la obra audiovisual. Sobre estos temas, véase **Carreras, L.**, op. cit. pp. 162-165..

- **Derecho a la independencia profesional**. Su función es garantizar el derecho-deber de informar y la libertad de expresión. Concreción de este derecho general es el derecho al desarrollo profesional.
- **Derecho a la participación**. Su objetivo es buscar un cauce de realización de la libertad de expresión mediante la participación en la determinación de la línea editorial y la creación de un marco empresarial propicio a la independencia profesional.
- **Derecho a la cláusula de conciencia**. Dirigido directamente a garantizar la libertad de expresión del informador, o, mejor, la coexistencia de las libertades de expresión de informador y empresario y a crear un marco de independencia profesional.
- **Derecho-deber al secreto profesional**. Encuentra su fundamento específico, por paradójico que parezca, en el deber de informar, pues en caso de no respetarse la confidencialidad de las fuentes se haría imposible difundir informaciones que afectan al público, pero que, por su naturaleza, permanecen reservadas. Tiene además un fundamento ético general: respetar los compromisos.
- **Deberes deontológicos**. La delimitación del deber de informar se realiza mejor a través de normas deontológicas, de más flexible apreciación que las jurídicas.

3.5.3. Sujeto organizado. La crisis de la televisiones públicas

Volvemos aquí a estudiar al sujeto organizado en las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales. Anteriormente, en este mismo capítulo, hemos delimitado el papel del Estado, redefinido en un sentido material la noción de servicio público y deslindado el régimen de las empresas públicas y privadas. Nos corresponde ahora una reflexión específica sobre el régimen de las empresas audiovisuales, su estatuto conforme a su tipología y la crisis y los problemas de financiación de las empresas públicas. Desde luego que la distinta naturaleza de los diversos tipos de empresas marcará su respectivo régimen jurídico[874].

La tipología de las empresas audiovisuales en un marco de competencia es muy variada. Un estudio de 1990 de la consultora Booz, Allen and Hamilton[875] apuntó que en la última década del siglo XX están apareciendo seis tipos de grupos en el sector audiovisual, cada uno con estrategias diferentes: a) Servicios públicos: intentan fortalecer su posición financiera y su independencia, asegurar el acceso a la programación de calidad y explotar nuevas fuentes de ingresos ante la disminución de ingresos de los derechos de licencia o de la publicidad. b) Canales independientes: intentan evitar las adquisiciones por parte de otras empresas y buscan la fidelidad de la audiencia. c) Productores independientes: tienen derechos de producciones, mantienen una sucesión estable de encargos de diversos

[874] Así, **Bastida, J.**, en el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 116, sostiene que *"... debería haber varios regímenes jurídicos de la televisión, en función de la naturaleza de la actividad -temáticas o, por el contrario, generalistas- pero sobre todo en función de la naturaleza de la relación de esa actividad con los derechos fundamentales del art. 20 de nuestra Constitución."*

[875] Citado en **Sánchez Tabernero, A. y otros**, *Concentración de la comunicación en Europa*, op. cit., p. 119.

emisores y establecen un estilo de trabajo que predomina sobre el talento individual. d) Grupos multimedia: se expanden geográficamente en negocios centrales y se diversifican en nuevos negocios de comunicación. e) Grupos basados en el ocio: se expanden geográficamente en negocios centrales, controlan los derechos de películas clave en todo el mundo y desarrollan nuevas tecnologías de transmisión. f) Grupos basados en la comunicación: se expanden geográficamente en negocios centrales y en nuevas industria integradas como los negocios del espectáculo, la televisión de alta definición o soportes físicos integrados y contenidos audiovisuales.

Con la vista puesta en este panorama general, realizaremos una análisis jurídico de la distintas empresas audiovisuales. Podemos empezar a distinguir las empresas de televisión[876] por la **actividad** que desempeñan. Así, existen empresas de producción, empresas emisoras o empresas de transmisión. Cada una de estas empresas asume una de las fases del proceso, tal como las delimitamos anteriormente (2.3 de este capítulo). El modelo más tradicional es el que concentra todas las actividades, pero, desde siempre, en Europa la transmisión se confiaba a los PTT, organismos públicos de telecomunicaciones. También desde comienzos de los setenta aparecen empresas (privadas) de producción que suministran programas a los organismos públicos europeos. Incluso la diferenciación de actividades se utiliza como método para descentralizar y *adelgazar* a organismos públicos mastodónticos como la francesa ORTF. En el contexto actual de liberalización y privatización, las distintas actividades se asumen por empresas distintas, públicas o privadas, en mayor medida cuanto más complejo sea el medio. Así, por ejemplo, a diferencia de la multiplicidad de empresas vinculadas a un canal nacional de televisión, una radio local concentrará normalmente en una sola empresa todas sus actividades.

Las **empresas de producción** tienen por objeto la producción-realización de programas. Pueden tener un carácter general o dedicarse a la producción de programas especializados. Una categoría de empresas son las de carácter auxiliar, que ponen a disposición de otras empresas de producción unos medios técnicos cada vez más sofisticados y costosos. El régimen de las empresas de producción es el régimen común de libertad de empresa. La producción tiene vocación de ser programada.

Las **empresas de emisión** son aquellas que son titulares de un canal. Definíamos (2.3 de este capítulo) canal como aquella posibilidad diferenciada de emisión o vector que permite hacer llegar los programas al público. Por tanto, estarán sometidas a un régimen especial (en general de servicio público en nuestro país), requiriendo de licencia, autorización o concesión en cuanto que titulares de un canal. La emisión comporta difundir una Programación y para ello la empresa de emisión podrá asumir por sí la elaboración de tal Programación (y será entonces también empresa de programación) o contratar esta actividad con otra empresa ajena.

Las **empresas de transmisión** pueden transmitir distintos canales de diversos titulares. Su régimen es el de las telecomunicaciones, por tanto, en este momento, el de un servicio de interés general, sometido a autorización general o licencia individual y a

[876] La presente tipología es en principio válida también para la radio, pero dada la mayor simplicidad de la radio las distintas actividades suelen concentrarse en una sola empresa.

concesión, cuando se disponga del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de telecomunicaciones al público.

Podríamos añadir como una categoría específica las **empresas de producción de programación**. Se trata de una categoría de las empresas de producción, especializada no ya en fabricar programas, sino en *empaquetarlos* o programarlos para su venta a empresas de emisión. Es éste un tipo de empresa que comienza a desarrollarse en virtud de la proliferación de canales.

Podría decirse que las empresas de emisión son las empresas de televisión por excelencia. Pero el nuevo concepto de **operador de televisión** se construye a partir de la Programación:

> *"Operador de televisión: La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva con arreglo al apartado a) y que la transmita o haga transmitir por un tercero."* [877]

Es decir, en este concepto genérico lo definidor de la actividad ya no es ser titular de un canal -los canales ya no son limitados y por tanto su titularidad pierde relevancia- sino la responsabilidad editorial sobre una Programación que se transmite por cualquier medio. Volveremos sobre esta definición de operador al construir en el próximo capítulo el concepto de libertad de programación.

Es frecuente distinguir entre empresas emisoras **generalistas y temáticas**. La especialización (que describimos en 2.3 de este mismo capítulo) no se refiere ya a las emisoras, ni siquiera a los canales (pues vimos que un mismo canal puede ser vehículo para varias Programaciones) sino a las Programaciones. No es ésta, por tanto, una característica propia de las empresas emisoras, que cada vez más difunden tanto Programaciones generalistas como temáticas por los canales de que son titulares. Examinaremos, por tanto, en el apartado siguiente, al tratar de los programas, las peculiaridades respectivas de las Programaciones generalistas y temáticas.

Por su **ámbito geográfico** de actuación podemos distinguir entre empresas **locales, regionales, nacionales y multinacionales o globales**. Las obligaciones de *Programación general* o, en su caso, de *Programación de servicio público* que pudieran establecerse tendrían distintas gradaciones según el respectivo ámbito. La medida del pluralismo externo ha de evaluarse en cada uno de estos espacios. Las multinacionales o empresas globales suelen ser grupos multimedia, que aspiran a la concentración vertical y horizontal -como veremos en el siguiente capítulo. Parece difícil que hoy la empresas nacionales puedan subsistir sin alguna forma de proyección internacional o en alianza con alguno de los grandes grupos multinacionales.

Por su **definición editorial** las empresas pueden ser **comerciales, ideológicas y constitucionales**. En las comerciales prima la obtención del beneficio, sin que ello sea incompatible con la asunción más o menos específica de un determinado ideario. Las ideológicas, más que empresas propiamente dichas (aunque puedan serlo desde un punto

[877] Nuevo artículo 3 b) de la Ley 25/1994.

de vista económico y su forma pueda ser cualquiera de las societarias), son manifestación de sujetos organizados comunicantes: órganos de partidos, iglesias, movimientos sociales, sindicatos etc. Por último, en las constitucionales la definición editorial incluye la neutralidad ideológica y el compromiso con unos principios democráticos constitucionales. Tal definición corresponde, habitualmente, con la de las empresas públicas, aunque su forma de financiación -como vamos a ver inmediatamente- puede suponer, de hecho, una caracterización comercial.

Por la **naturaleza de su titular** las empresas pueden ser **privadas, públicas o institucionales**[878]. Su régimen jurídico vendrá marcado por la personalidad de sus respectivos titulares.

El régimen general de las **empresas privadas** es el de libertad. Pero en la medida que sean emisoras concesionarias de un servicio público o estén habilitadas para actividades de transmisión su régimen puede ser especial e incluir una serie de limitaciones.

En nuestro derecho, el caso paradigmático es de la empresas emisoras concesionarias de cadenas de televisión privada de ámbito estatal, en realidad de canales de cobertura nacional. Además de las obligaciones de servicio público, relacionadas en apartados anteriores, el propio régimen de la empresa se ve afectada. Y así, conforme a la redacción originaria de la Ley 10/1988, las concesionarias deberán revestir la forma de sociedades anónimas y tener por único y exclusivo objetivo la gestión indirecta del servicio público, conforme los términos de la concesión y sus acciones serán nominativas(art. 18.1); su capital debe ser como mínimo de 1.000 millones de pesetas, desembolsado en un 50% (art. 18.2); sin perjuicio del derecho comunitario, deben tener nacionalidad española y domicilio en España (art. 18.3); sólo podrán ser accionistas personas físicas o sociedades anónimas de carácter nominativo (art. 19.1); ninguna persona física o jurídica podrá ser titular de acciones en más de una concesionaria (art. 19.2); ninguna persona física o jurídica podrá ser titular de más de 25% de una concesionaria (art. 19.3); las acciones de titularidad extranjera no podrán superar el 25% (art. 19.4); cualquier modificación societaria deberá inscribirse en un registro especial (art. 20) y todos los actos y negocios jurídicos que impliquen transmisión, disposición o gravamen de las sociedades concesionarias está sometido a autorización administrativa previa (art. 21). Estas exigencias han ido suavizándose durante el Gobierno del Partido Popular. El objeto ya no tiene que ser único y exclusivo (art. 18. L. 37/1995); las sociedades que participan en el capital no deben ser por acciones nominativas (art. 19 L. 50/1998); se eleva el límite que puede detentar un solo titular hasta el límite del 49% (L. 50/98)[879].

Este régimen (que sigue siendo) excepcional, justificado, *prima facie*, en el servicio público, tiene su razón de ser última en la garantía de transparencia y pluralismo (que estudiaremos específicamente en el siguiente capítulo, al tratar de los sujetos de la libertad de programación), pero, desde luego, no se aplicaría nunca a una empresa simplemente

[878] Sobre las relaciones entre empresas públicas y privadas, véase la bibliografía citada por **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 21-22, nota 9.

[879] Ver este tema con más detalle en el siguiente capítulo, 1.4.1.

productora. De modo que el criterio del titular debe combinarse con el del tipo de actividad y su ámbito de cobertura para determinar el régimen correspondiente[880].

Podemos definir de un modo amplio a las **empresas institucionales** como aquellas cuyo titular es una entidad privada sin ánimo de lucro con una finalidad propia. Aunque su finalidad fundacional condiciona el régimen de las empresas institucionales, su régimen, básicamente, es de libertad.

Si en Estados Unidos son las empresas emisoras institucionales, conectadas en la cadena *Public Broadcasting System* (PBS), las que asumen misiones de servicio público, o en Holanda constituyen la base del sistema, en nuestro derecho el único intento de fomentar las empresas institucionales vino dado por el Plan Técnico Transitorio del Servicio Público de Radiodifusión Sonora con Modulación de Frecuencias (R.D. 1433/1979, desarrollado por la Orden del Ministerio de Cultura de 28 de agosto de 1980). Se preveía mediante concesiones por tres años renovables el establecimiento en esta banda de frecuencia de emisoras institucionales, de ámbito local, cuya finalidad fuera la promoción de la educación, la ciencia y la cultura, sin financiación publicitaria ni patrocinio comercial. Sus presupuestos deberían ser dotados íntegramente por las propias instituciones (públicas o privadas sin ánimo de lucro) a través de subvenciones claramente acreditadas y especificadas. Ninguna persona física o jurídica podía explotar o controlar más de una emisora institucional en el mismo ámbito de cobertura. Pero la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones dejó de privilegiar a las emisoras institucionales, al establecer (disp. adicional sexta) idéntico régimen concesional para cualquier tipo de titular, sistema éste seguido en adelante por los Planes de 1989 y 1993 (R.D. 765/1993). No obstante, al corresponder la gestión indirecta de este servicio a las Comunidades Autónomas, algunas, como el País Vasco, Cataluña, Comunidad Valenciana y Galicia[881], contemplan específicamente la posibilidad de otorgar concesiones a empresas institucionales, admitiendo el patrocinio por parte de entidades, comerciales o no, de la misma localidad.

Tampoco en el medio televisión y en el ámbito local la Ley 14/1995 apuesta decididamente por emisoras institucionales, aunque se reconoce a los municipios la preferencia en la gestión del servicio. De hecho, fuera de Cataluña[882], las emisoras locales de televisión se han configurado casi exclusivamente como empresas privadas de carácter comercial.

Si el régimen de las empresas privadas y de las empresas institucionales, por muy condicionado que se encuentre por el tipo de actividad, es, en principio, el de libertad, no ocurre lo mismo en las **empresas públicas**. Como toda emanación de los poderes públicos su actividad deberá perseguir la realización efectiva de la libertad e igualdad de los ciudadanos y la remoción de los obstáculos que las impidan (art. 9.2 CE) y en la medida en que estén integradas o dependan de la Administración deberán servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia,

[880] Resulta oportuno volver a citar aquí la **STC 189/1991**: *"... las razones que legitiman la configuración de la televisión de ámbito nacional como un servicio público... (no legitiman) también para justificar dicha calificación cuando la actividad de la difusión televisiva tiene simple alcance local y se transmite mediante cable..."* (FJ. 3º).

[881] Véase **Carreras, L.**, op. cit. pp. 330-331.

[882] Ibídem, p. 282 y ss.

jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 104.1 CE). Ciertamente, las formas de organización administrativa no son las más idóneas para la actuación empresarial y por eso es frecuente la adopción de formas de derecho privado[883]. Las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión (**STC 185/1989**, FJ. 4º, **STC 254/1993**, FJ. 7º) y, por tanto, no son el instrumento para ejercer el derecho de su titular institucional, sino para servir al derecho del público, tanto a recibir como a difundir ideas, opiniones e informaciones... y ello sin perjuicio de los derechos de los profesionales que hacen posible tal servicio. En definitiva, si es función de la radio y la televisión servir de foro público, la mejor manera para ello es que en el seno de las empresas públicas se manifieste el pluralismo de la sociedad

Justamente esta peculiaridad condiciona su estructura organizativa. En una época en la que en una España no democrática -pero también en países europeos como Francia- la dependencia del poder político era total, González Casanova[884] proponía una organización a imagen y semejanza del Estado de Derecho:

> *"En último término, hay que asegurar que la organización del servicio de Televisión responda, con su pluralidad de instancias, poderes e influencias, a una reproducción en miniatura de un perfecto Estado de Derecho, con sus respectivas funciones y cuerpos colegiados encargados de ellas, y que respondan a los aspectos deliberativos, decisorios, consultivos, interpretativos etc., propios de toda organización política."*

Propuestas como ésta se basan en el convencimiento de que la televisión es un poderoso cuarto poder que no puede quedar al margen de la organización de los poderes constitucionales. El peligro es, entonces, la politización de estas organizaciones. Si la sociedad -a través de sindicatos, asociaciones, organizaciones no gubernamentales etc.- no está suficientemente representada, los órganos de las empresas públicas, directamente emanados de los parlamentos, tienden a politizarse. Así, los órganos deliberativos tienden a convertirse en mini parlamentos, que reproducen los debates y querellas de las verdaderas cámaras y los órganos ejecutivos no son sino emanaciones del gobierno, haciendo imposible la realización de la función pública de estas empresas.

La discusión sobre las formas más idóneas de organización es una de las grandes cuestiones que afectan a las empresas públicas. La otra es la financiación. Los grandes organismos públicos europeos construyen y financian el servicio mediante ingresos públicos, normalmente vinculados al pago de una tasa o canon por la posesión de receptores. Sólo a finales de los setenta comienza a admitirse la financiación publicitaria, pero siempre de una manera muy limitada. La adaptación a la competencia a partir de los ochenta, dispara los costes y obliga a una mayor competencia por la captación de la publicidad en un mercado estancado o en recesión, en un tiempo en que todos los Estados adoptan programas de control del gasto público. La crisis financiera es el desencadenante de una crisis más general de la televisión pública.

---

[883] Como es el caso de las sociedades de RTVE, cuyo carácter dependiente de los poderes públicos ha declarado expresamente la **STC 35/1983**.

[884] **González Casanova, J. A.**, op. cit., p. 97.

Barendt[885] asigna las siguientes características a la televisión pública:

1. Accesibilidad o disponibilidad geográfica general;
2. Preocupación por la identidad nacional y cultural;
3. Independencia del Estado y los intereses comerciales;
4. Imparcialidad de los programas;
5. Amplitud y variedad de los programas;
6. Financiación sustancial mediante una tasa sobre el uso.

Podríamos decir que las cinco primeras características vienen a indicar el contenido del servicio público y la sexta supone la garantía esencial de todo el sistema: la independencia financiera. Pues bien, como vimos anteriormente, la propia noción de servicio público se encuentra sometida a revisión en un régimen de competencia, la aparición de televisiones temáticas pone en cuestión el papel de las generalistas, terreno éste propio de las empresas públicas y, en fin, la independencia financiera resulta cada día más difícil de mantener. Todas las televisiones públicas europeas se han visto inmersas en esta crisis: problemas financieros, pérdida de audiencia, necesidad de redefinir el servicio público[886]. Pero, en cualquier caso, ha existido un consenso general en prácticamente todos los países en considerar la financiación pública como un dato sustancial: si los ingresos provienen mayoritariamente de la publicidad estaremos ante una empresa pública, sí, pero que emite un servicio de televisión comercial, como es el caso de RTVE[887]. La lucha por la audiencia, de la que se depende para financiar la organización, determina que la Programación no se distinga de la de las empresas privadas[888].

La principal fuente de financiación de la radio y televisión pública en Europa ha sido el canon. Si en general su justificación proviene de que el usuario puede acceder legal y correctamente al servicio, al margen de la mayor o menor intensidad de utilización , en algunos países su origen histórico está en el pago por la utilización del dominio público radioeléctrico[889] .Según Buhigas[890] sus características comunes a todos los países es que

---

[885] **Barendt, Eric**, *Broadcasting Law: A comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 2ª edición, 1995, p. 52 y ss.

[886] Han sido frecuentes las comisiones, estudios y planes de salvación. Así, en el caso francés (véase **Gay, C.** , op. cit. p. 282) el gobierno proponía al parlamento en 1989 un plan a medio plazo basado en la modernización de la gestión de las empresas, redefinir los objetivos esenciales de estas empresas en torno a la solidaridad e instrumentar el compromiso del Estado mediante la técnica de los contratos programas. Y una y otra vez ha sido necesario realizar nuevos estudios...

[887] En Europa los ingresos públicos están, como media en el 70% de todos los recursos, correspondiendo el resto a la publicidad y en menor medida a los ingresos provenientes de la comercialización de programas y servicios. La financiación pública se sitúa por encima del 90% en los países nórdicos; en un 85% en el caso de la BBC; en torno a esa media del 70% en Italia, Alemania, Bélgica, Holanda, Suiza; en el límite del 50% se encuentra France 2 y con una clara inversión está el caso de RTVE en el que la publicidad corre con el 73% de los ingresos. Véase cuadro comparativo en *C y T: Nuestra Prensa*, Federación de Comunicación y Transporte de CC.OO, nº 1, septiembre de 1998. El *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, de RTVE, de 18 de junio de 1998, al que más adelante nos referiremos, estima la media de la financiación pública en los organismos europeos en un 64%, frente a un 14% en el caso de RTVE.

[888] La televisión pública no puede ser una televisión minoritaria, ni una televisión sin audiencia, incluso puede que -como afirma el profesor Bastida en el debate contenido en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 120- la financiación publicitaria pueda aportar una cierta conexión a la sociedad; pero cuando se depende exclusivamente de mantener el liderazgo en los índices de audiencia, los programas sólo puede responder a intereses absolutamente masivos y la saturación publicitaria es consecuencia obligada.

[889] **RTVE**, *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, op. cit., p. 20.

lo pagan los usuarios, poseedores de aparatos receptores, en tanto que potenciales telespectadores, bien en el momento de la adquisición, bien periódicamente y se paga como contraprestación por el servicio en general, sin distinguir entre diferentes tipos de programas[891]. Su gestión es compleja y costosa, con altos porcentajes de evasión. Su coste oscila, estando la media europea en torno a las 20.000 pts.; pero si lo valoramos en horas de trabajo de salario de un trabajador medio su coste puede supone entre un día y una semana de trabajo, según los países. Ciertamente, el canon no es muy popular y los gobiernos, aunque lo incrementan periódicamente, no están dispuestos a hacerlo en paralelo con las elevaciones de los costes de los servicios.

Congelado el montante de los ingresos públicos en el marco de programas de austeridad presupuestaria, las empresas públicas han debido competir duramente con las nuevas empresas privadas para mantener su cuota de mercado publicitario. Las privadas han invocado el derecho comunitario de la competencia y han lanzado toda una campaña contra la que denominan ***doble financiación*** de las televisiones públicas, que estaría en conflicto con el derecho comunitario[892] y los derechos nacionales de la competencia. Ya vimos al tratar de la liberalización de los servicios públicos (3.2 de este capítulo) que las limitaciones a la libre prestación de servicios y la adopción de ayudas financieras son admisibles siempre que estén dirigidas y proporcionadas a finalidades imperativas de interés general y sean comunicadas con carácter previo a la Comisión. Pues bien, lo que sostienen los defensores[893] de delimitar y regular esa denominada doble financiación es que el Tratado sólo permite la financiación pública de las obligaciones de servicio público y nada más que de aquellas. En consecuencia, se exige una definición clara de estas misiones (programas de servicio público, obligaciones en torno a la cobertura general, atención a los grupos desfavorecidos etc.) y una transparencia contable (doble contabilidad diferenciada para cada actividad), de modo que los ingresos públicos financien exclusivamente estas misiones y no el conjunto de la actividad de la empresa. Y, complementariamente, el Estado podría financiar los programas de servicio público de las empresas privadas[894].

---

[890] **Buhigas Arizcun, Juan**, *"La financiación de las televisiones públicas en España" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 272-273.

[891] Caso especial es el de Grecia, donde la televisión pública se financia con publicidad y con una tasa especial, llamada contribución, que graba a todos los consumidores de electricidad, que la pagan con el recibo del suministro. Véase **Dagtoglou, P.D.**, *"Television in Greece" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 197.

[892] Arts. 85 a 94 del Tratado de la Comunidad Europea. Véase **Gay, C.**, op. cit., p. 257 y ss.

[893] Entre nosotros, Muñoz Machado es su más destacado representante. Toda su obra *Servicio público y mercado. III La televisión*, está recorrida por esta tesis, que se expone, por ejemplo en las páginas 15 y ss. y 181 y ss. Puede citarse como trabajo específico **Carro Marina, Marta**, *"La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión. El caso español" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 395-425. En contra de esta tesis, **Buhigas Arizcun, Juan**, *"La financiación de las televisiones públicas en España" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 259-296.

[894] Ante esta idea formulada por Muñoz Machado en el debate incluido en el *Régimen jurídico de la televisión*, Bastida (op. cit. p. 116) sugiere la posibilidad de un régimen concertado, semejante al de los colegios privados, para producir y emitir programas deficitarios; a cambio, podrían exigirse medidas de pluralismo interno, aunque el autor advierte del riesgo de chantaje por parte del gobierno. En el mismo debate (op. cit. p. 108) López Garrido aboga por que tales soluciones sólo se instrumentaran a través de una financiación directa y transparente.

En otros servicios públicos la Comisión y el Tribunal han sostenido que las ayudas resultan admisibles cuando financian el sobrecoste del servicio[895] y siempre que las actividades estén diferenciadas y su financiación resulte transparente a través de una contabilidad analítica[896].

Ha sido justamente en Portugal donde se ha optado por implantar un sistema de financiación según este modelo[897], coincidiendo con la concesión de dos cadenas privadas de televisión. Conforme las Leyes 58/1990, de 7 de septiembre y 21/1992, de 14 de agosto, así como el contrato de concesión (17 de marzo de 1993) a la compañía pública RTP, el canon se deroga para la televisión, de manera que la empresa debe financiarse preferentemente en el mercado publicitario. Además, se definen un conjunto complejo de cargas o misiones de servicio público, asumidas por la RTP, a cambio de cuya prestación la empresa recibe una indemnización, que debe corresponder al coste efectivo de estas misiones, calculadas sobre criterios objetivos y con respeto al principio de gestión eficaz[898]. La aplicación de este sistema, y sobre todo la valoración de esta indemnización, ha dado lugar a distintos litigios internos y a una queja en julio de 1993 de una de las cadenas privadas ante la Comisión Europea. El 7 de noviembre de 1996[899] la Comisión declara esta financiación pública conforme con el Tratado, al estimar que estos recursos se destinan exclusivamente a costear las misiones de servicio público atribuidas por el contrato de concesión, tal como la compañía demostró mediante contabilidad analítica en la que constaba el destino de estas partidas a los fines asignados. Sin embargo, este sistema de financiación, *modélico* para los defensores de limitar los fondos públicos, hubo de ser abandonado a raíz de registrarse pérdidas en el ejercicio de 1995, de modo que en el contrato de concesión de 31 de diciembre de 1996 vuelve a considerarse el conjunto de la programación de los dos canales de la RTP como de servicio público y sin que ya la financiación pública se concrete en una indemnización por el sobrecoste de prestar determinadas misiones[900].

En el caso español -que inmediatamente se analizará en detalle- las cadenas privadas han denunciado reiteradamente la que consideran ilegítima financiación pública y privada de RTVE. Gestevisión Telecinco S.A interpuso ante la Comisión Europea con fecha de 2 de marzo de 1993 denuncia a fin de se declararan incompatibles con el

---

[895] En el caso de la televisión, **Merola, Massimo**, *"Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 326, ha puesto de manifiesto la dificultad de aplicar el método del coste de oportunidad para calcular tales sobrecostes: es imposible la consideración estática de dos cadenas, una perfectamente comercial y otra de estricto servicio público, y, además, debe tenerse en cuenta los mayores costes de producción de los programas de servicio público y los mayores costes de administración.

[896] **Muñoz Machado, S.** , *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 201.

[897] Véase **Botelho Moniz, Carlos**, *"Les rapports de concurrence entre télévision publique et télévision privée au Portugal" en Derecho Europeo del Audiovisual"*, pp. 297-299.

[898] La cláusula 12 del contrato de concesión enunciaba los siguientes criterios: diferencial de cobertura; déficit de explotación de las regiones autónomas de Madeira y Azores; déficit por la explotación de los archivos audiovisuales; déficit de explotación; coste de la estructura de cooperación con los países lusófonos africanos; coste de los tiempos de antena de partidos y confesiones religiosas; coste de delegaciones y corresponsalías; coste de la Fundación Teatro San Carlos. Véase **Botelho Moniz, C.**, op. cit., p. 304.

[899] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. I Los fundamentos*, op. cit. p. 183 y ss.

[900] **RTVE**, *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, de RTVE, de 18 de junio de 1998, p. 5.

mercado común la financiación pública de las televisiones autonómicas, denuncia que en parecidos términos hizo extensible a RTVE el 12 de noviembre de 1993. Ante la inactividad de la Comisión, pendiente para su decisión de una serie de estudios encargados externamente, Gestevisión llevó el asunto al Tribunal Europeo, del que solicitó se declarase que la Comisión había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al abstenerse de adoptar una decisión. El Tribunal de Primera Instancia en sentencia de 15 de septiembre de 1998 (asunto T-95/96) falla que la Comisión está obligada a proceder al examen diligente e imparcial de estas denuncias en un plazo razonable, que considera superado en el presente caso. En consecuencia, declara que la Comisión ha incumplido estas obligaciones, al abstenerse de adoptar una decisión en el sentido de alguna de estas tres posibilidades: a) declarar que las medidas estatales no eran ayudas; b) que debían de calificarse de ayudas, pero eran compatibles con el mercado común; c) que era preciso incoar el procedimiento de examen en profundidad previsto por el Tratado.

Como resultado de esta decisión judicial, la Comisión ha requerido con fecha de 3 de febrero de 1999 a los gobiernos de España, Francia e Italia (contra Francia e Italia existen demandas de la misma naturaleza) para que el plazo de un mes remitan la información necesaria para determinar si los respectivos sistemas de financiación pueden ser considerados como una ayuda y si ésta es preexistente a la entrada en vigor del Tratado de Roma (o en el caso de España de su adhesión). Sólo en el caso de que la ayuda se considerara como no preexistente, la Comisión entraría posteriormente juzgar si es o no compatible con el derecho comunitario. En particular, se solicita información sobre la definición y misiones del servicio publico, los costes que comporta y datos actualizados sobre la financiación de los radiodifusores públicos. Por tanto, una decisión de la Comisión sobre la controvertida *doble financiación* aparece más cercana.

Pero en el panorama europeo existen nuevos datos que suponen una barrera para los intentos de interpretar el derecho comunitario de la competencia como un ariete contra las televisiones públicas. Si ya en 1994 en la Declaración de Praga de los ministros del Consejo de Europa se insistía en la necesidad de que los Estados dotaran a las empresas gestoras del servicio público con los medios necesarios, incluidos los financieros (impuestos, subvenciones, publicidad, patrocinio), para su correcto funcionamiento, ya en el ámbito estrictamente comunitario la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de octubre de 1996[901] revaloriza la función de las empresas públicas. Con un planteamiento semejante a la Declaración de Praga, el Parlamento, sin embargo, atribuye las misiones de servicio público en una sociedad multimedia exclusivamente a las empresas públicas. Así, el Parlamento declara que las empresas públicas de televisión *"desempeñan una función fundamental en el ámbito público"*, que se concreta en los siguientes deberes:

- *"Ofrecer en los diferentes Estados miembros un amplio abanico de programas de calidad de todo género al conjunto de la población."*
- *"Reflejar y fomentar las culturas de las naciones y regiones europeas a través de la producción de gran número de obras originales."*

[901] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 153-154.

- *"Fomentar el conocimiento de las culturas y etnias no europeas que habitan en el territorio de la Unión, como instrumento transmisor de la idea de convivencia en la diversidad."*
- *"Fijar las normas de calidad por lo que se refiere a los programas populares seguidos por el gran público"*
- *"Servir los intereses de las minorías y dirigirse a todos los grupos de la población."*
- *" Garantizar una información imparcial y enteramente independiente, ya se trate de beneficiarios o de programas de fondo, capaz de conseguir la confianza del público y de constituir una referencia en el mercado a la información que se desarrolla rápidamente."*
- *"Desempeñar una información de importancia en la animación del debate público indispensable para el buen funcionamiento de la democracia y ofrecer a todos los grupos y organizaciones de la sociedad un foro en el que puedan debatir."*
- *"Garantizar el acceso del conjunto de la población a los acontecimientos que revistan un interés público general, incluidas las manifestaciones deportivos."*
- *"Abrir camino a una oferta de programas, géneros y servicios."*
- *"Favorecer la creación audiovisual y la expresión de nuevos talentos ofreciendo en particular un espacio de difusión a los productores independientes."*
- *"Desempeñar una función motriz por lo que se refiere a la explotación del potencial integral de las nuevas tecnologías audiovisuales como la transmisión terrenal digital y CD-ROM en diferentes sectores políticos, tales como la educación, la salud y la información gubernamental."*
- *"Garantizar que, partiendo del principio de asegurar un acceso democrático a los nuevos medios, que en los casos en que no sea posible el acceso de los individuos a las nuevas tecnologías, estos nuevos servicios sean fácilmente accesibles para la comunidad en general en instituciones o lugares públicos."*
- *"La calidad y el contenido inherentes a la programación popular de la televisión pública, incluyendo los programas dedicados a intereses específicos de audiencias minoritarias, [es fundamental] que sean percibidos por el público, como claramente diferenciados de la programación de las cadenas comerciales, que están obligadas a conceder prioridad a unos índices de audiencia elevados y a los beneficios, dada su responsabilidad directa con los accionistas... el público tiene que seguir siendo consciente de la importancia de la independencia de pensamiento y de !a imparcialidad de la opinión sobre temas sociales de la televisión pública."*

Como se ve, el Parlamento apuesta claramente por la televisión pública, asignándola misiones al servicio de la igualdad y libertad de los ciudadanos, pero también de motor de la industria audiovisual y multimedia, así como vía de acceso de los sectores más desfavorecidos a estos nuevos progresos técnicos. Pero para ello su Programación debe estar claramente diferenciada de las ofrecida por las empresas privadas, que se deben a los intereses de sus accionistas. La conclusión evidente es la necesidad de una financiación específica.

Pero como la Resolución del Parlamento no deja de tener carácter declarativo, el dato decisivo lo aporta el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, que incorpora un *Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública* [902], que plasma el consenso de todos los estados sobre la televisión pública. Su tenor es el siguiente:

"LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES,

[902] Conforme el art. 239 del Tratado, los protocolos anejos forman parte integrante del Tratado.

CONSIDERANDO que el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación,

HAN CONVENIDO en las siguientes disposiciones interpretativas que se incorporarán como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público."

El texto, como la mayoría de los comunitarios, adolece de la ambigüedad exigida por el consenso. La financiación pública se vincula a la función de servicio público, en los términos que cada Estado la defina. En principio, por tanto, no parece que se imponga a una financiación circunscrita a sólo determinadas y específicas misiones, puesto que un Estado puede asignar una función de servicio público al conjunto de la Programación de una empresa pública. Sin embargo, la financiación pública no puede distorsionar la libre competencia en una medida que sea contraria al interés común, con lo que el Protocolo viene remitirse a la jurisprudencia. En definitiva, una disposición interpretativa, ambigua y llamada, a su vez, a ser interpretada. Pero, con todo, la financiación pública encuentra fundamento específico en la máxima norma institucional de la Unión Europea.

Y no han tardado en llegar las interpretaciones. Las televisiones públicas entienden que el Protocolo despeja su futuro y apuestan por la continuidad del sistema mixto de financiación, desde una consideración global de su misión de servicio público, que consistiría en ofrecer una programación general de calidad, servir de referencia para la programación de los operadores privados y actuar como motores de la producción audiovisual y de la implantación integral de las nuevas tecnologías[903].

[903] En un encuentro celebrado en Madrid el 24 marzo de 1988 las cadenas públicas ARD, BBC, *France Télévision,* , ZDF, RTVE y la propia Unión Europea de Radiodifusión declaran que *"... después de analizar el marco regulador europeo que para las cadenas públicas de radiotelevisión se confirma con el Tratado de Amsterdam y su Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros, celebran el Protocolo como resultado de un proceso interno de las instituciones europeas, en orden al reconocimiento de la radiotelevisión pública como un factor esencial de la vida democrática de la Unión Europea y de los Estados miembros y como instrumento para la realización de la misión cultural de la Unión. Constatan que, a la luz del reconocimiento de sus competencias nacionales, el Potocolo acoge una función de las cadenas públicas concebida globalmente. Las radiotelevisiones públicas quedan comprometidas a proporcionar a sus públicos -tanto a la mayoría como a las minorías- todos los programas de su interés y, por ello, a desarrollar una programación general y de calidad que sirva de guía para el conjunto o de los operadores radiotelevisivos. En línea con anteriores actos de las instituciones europeas, consideran esencial que las radiotelevisiones públicas reciban una financiación adecuada y estable que permita el cumplimiento de su misión, lo que deberá realizarse según los diferentes sistemas de financiación existentes, que combinan recursos comerciales y públicos, y declaran que las regulaciones comunitarias y nacionales sobre la radiodifusión de servicio público deberán asegurar, en todo caso, la efectividad de la radiotelevisión pública, no sólo para competir dentro de un sistema dual sino también para constituirse en fuerza matriz de la producción audiovisual. Y, más específicamente, como impulsoras de la explotación integral de las nuevas tecnologías. "*

Por el contrario, en el informe del Grupo de expertos que asesoran al Comisario de la Comunicación[904], Marcelino Oreja, sobre la incidencia de la técnica digital se afirma, después de analizar el Protocolo, que esta financiación debe someterse a los criterios de proporcionalidad y transparencia, como vienen exigiendo los críticos de la doble financiación:

- *"La financiación del servicio público de radiodifusión debe:*

  - Ser en proporción a lo que es necesario, y no más, para cumplir la función de servicio público (criterio de proporcionalidad).
  - Concederse en condiciones de transparencia de manera que pueda comprobarse den cualquier momento el cumplimiento de este principio (criterio de transparencia)."

- *"Las misiones de radiodifusión de servicio público pueden ser confiadas a operadores públicos o privados, según lo decida cada Estado miembro. Cuando haya operadores públicos y privados en el mercado, es esencial que se den garantías para asegurar una competencia leal."*

- *"Los Estados miembros deben por lo tanto definir claramente, en su ordenamiento jurídico nacional, el alcance de las misiones de servicio público y de las obligaciones específicas en términos de programación y otros similares."*

- *"Para asegurar el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad y transparencia, la financiación pública debe proporcionarse exclusivamente a aquellos operadores que tengan asignada una función de servicio público según se haya establecido en cada Estado miembro."*

- *"Con este fin, la transparencia financiera debería efectuarse, en especial cuando un operador público recibe financiación de fuentes distintas a las públicas en la realización de su mandato de servicio público. Además, cuando ese operador se dedica a actividades de carácter puramente comercial, (es decir, de actividades que van más allá de las definidas como parte de su función de servicio público), deberá preverse una contabilidad separada entre actividades públicas y privadas, con el fin de evitar que fondos públicos se desvíen a actividades comerciales."*

- *"Teniendo en cuenta la situación específica en cada Estado miembro, la financiación de actividades de servicio público debería venir principalmente de fondo públicos; el recurso al mercado de la publicidad debería seguir siendo accesorio."*

Con posterioridad, el Consejo de la Unión[905] reitera, en los términos del Tratado de Amsterdam, que la financiación por parte de los estados de la radiodifusión pública es legítima en la medida en que sirva a la función pública en los términos definidos por cada Estado miembro, y siempre que respete la competencia. Pero precisa que, en la era digital, los servicios públicos:

---

[904] *L'ère numérique et la politique audiovisuelle euriopéenne. Rapport du Groupe de Réflexion á Haut Niveau sur la politique Audiovisuelle*, Commision Européenne, Bruselas, octubre de 1998, p. 25-26.

[905] *Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunido en el seno del Consejo*, de 25 de enero de 1999 (1999/C 30/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 5/2/1999.

- Deben aprovechar el progreso tecnológico;

- El acceso amplio de los ciudadanos a los distintos canales y servicios, sin discriminaciones y en condiciones de igualdad, es condición previa para el cumplimiento del cometido específico de los servicios públicos;

- Son instrumento de gran importancia para poner al alcance de los ciudadanos los beneficios de los nuevos servicios audiovisuales;

- Deben ofrecer programas y servicios de calidad, incluidos el desarrollo y la diversificación de actividades;

- Deben ofrecer una Programación diversificada y *"en este sentido es legítimos que ... hagan lo posible para llegar a una amplia audiencia"*.

Como se ve, el Consejo apuesta por una adaptación de la radiotelevisiones públicas a la era digital: podrán aprovechar los desarrollos tecnológicos y suministrar tanto programas como nuevos servicios diversificados y de calidad. En este contexto y -esto es quizá lo más importante de la Resolución- podrán seguir compitiendo por audiencias mayoritarias. Ya no se las garantiza el liderazgo, pero tampoco se les aparta de la competición o se les prohibe competir utilizando los nuevos recursos. No obstante, la cuestión fundamental que sigue subyaciendo en todo este debate es la de si, aunque puedan asignarse misiones específicas de servicio público a las empresas públicas, cabe diferenciar programas que satisfacen estas misiones -y por tanto merecen financiación pública- de otros con objetivos puramente comerciales[906]. Permítasenos responder a este interrogante después de estudiar el caso español.

No sólo de una financiación estable y suficiente depende el futuro de las empresas públicas de televisión. Televisiones públicas y generalistas han venido siendo términos sinónimos[907] y el reto, ahora, es adaptarse a una nueva situación en la que proliferan las ofertas especializadas. El problema ya no es la fragmentación cuantitativa de las audiencias que conllevan estos nuevos canales: lo que está en juego es si la televisión seguirá siendo el foro social por excelencia. Algunos, como Muñoz Machado[908] pronostican en pocos años un cambio radical:

---

[906] Así parece entenderlo la Comisión, de acuerdo con las manifestaciones de sus máximos responsables. En una conferencia organizada por el Parlamento Europeo sobre el merado audiovisual (El País, 3/3/99) la Comisaria Enmma Bonino apunta tres posibles modelos. En el primero, la misión de servicio público se atribuiría a un organismo, público o privado Si dicho organismo quisiera dedicarse a la actividad comercial, tendría que crear filiales con una contabilidad independiente. La segunda opción es que los organismos a los que se confíe la misión de servicio público puedan vender publicidad y pedir el reembolso de los gastos relacionados con la realización de ese servicio. Sería precisa, entonces, una contabilidad analítica para cuantificar claramente qué costes deficitarios ha tenido que soportar el organismo de televisión para asegurar la misión de servicio público. En el tercer modelo, se pondría a concurso el servicio público: los operadores, públicos o privados, serían seleccionados sobre la base de sus ofertas.

[907] Así, el entonces Secretario General Técnico del Ministerio de Transportes, Diego Lozano, sostenía en el debate incluido en *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 80, que la categoría de servicio público debía reservarse a las televisiones generalistas.

[908] *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 14.

"Cuando la multiplicación de la oferta haga decaer, en un futuro próximo, el dominio de las televisiones generalistas, el sentimiento de comunidad también se dispersará. Las minorías reclamarán sus medios propios, todas las aficiones serán atendidas por canales especializados, y la identificación cultural se producirá, seguramente, prescindiendo de los criterios territoriales que han usado los Estados para establecerse y perdurar. Las comunidades básicas del Estado serán luego comunidades electrónicas o digitales, identificadas por unidades temáticas dentro de los grandes imperios de las pantallas."

Peter Wittmann, Secretario de Estado responsable de la política audiovisual en el gobierno austríaco, expresaba así el dilema planteado: no importa la fragmentación que en unos canales multiplicados introduzca la revolución digital; los espectadores siempre necesitarán contenidos que todo el mundo puede discutir porque todo el mundo tiene acceso a ellos; sería políticamente desastroso para la democracia si las distintas fracciones del público apenas se comunicaran entre ellas[909].

Ciertamente, puede ocurrir que las televisiones temáticas o especializadas terminen con las generalistas y que, más ampliamente, la evolución multimedia desemboque en un mayor individualismo y una desestructuración de las sociedades, basadas hasta ahora no en un territorio, sino, también, en una cultura, una lengua, una historia... Pero, cuando todavía el fenómeno es incipiente hay datos para pensar que puede no ser tan radical. Cuando trece millones de españoles contemplan la entrega de la copa de Europa al Real Madrid está funcionando un sentimiento tribal, que, desde luego, supera el ámbito deportivo y madrileño... Sin embargo, esta audiencia millonaria hace 10 años hubiera estado en la media de la primera cadena de Televisión Española. La audiencia se reduce, pero el acontecimiento simbólico se realza y recupera por unas horas la audiencia pérdida en los programas temáticos.

En cualquier caso resulta vital para las empresas públicas la posibilidad de ofrecer canales temáticos y acceder, en general, a las nuevas tecnologías y suministrar al público en general nuevos servicios. Caso contrario, su muerte a medio plazo es segura[910]. Esta es la tendencia que está siguiendo la BBC[911], la empresa pública de comunicación más

---

[909] Presentación del Seminario patrocinado por la Comisión Europea y la presidencia austríaca bajo el título *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Viena, 26 y 27 de noviembre de 1998.

[910] **Freccero, Carlo**, *"Télévision: en détruisons pas le service publique"*, Le Monde, 5 de junio de 1996, p. 13, razona así este desafío: *"El futuro de un grupo audiovisual depende, hoy, de su capacidad de invertir en el campo de las nuevas tecnologías. Lo que implica la posibilidad de disponer de importantes recursos financieros. Yo entiendo que, en la coyuntura, un servicio público menos invasor, más flexible y modesto, pero limitado a tareas de orden esencialmente cultural, pueda parecer más adaptado. Pero, al cabo de algunos años, superado por las nuevas tecnologías, éste abandonaría definitivamente nuestras pantallas. Recordemos que la transición de la televisión del blanco y negro al color. Si hubiéramos decidido en aquellos momentos que, para preservar su misión de servicio, la televisión pública debía limitarse a utilizar las antiguas tecnologías, hoy, no dispondríamos de un servicio público digno de ese nombre, sino de un patético residuo del pasado".*

[911] Sobre los últimos desarrollos de la BBC, véase **Porter, V.**, op. cit., pp. 363-369. Durante 1999 el Gobierno británico ha puesto en marcha un proceso de revisión de sus fuentes de financiación. En julio de 1999 se hizo público el informe de un panel independiente presidido por Gavyn Davies bajo el título *The future funding of BBC*. Paritiendo de la premisa de que el canon siga siendo la fuente principal de financiación, el informe concluye la necesidad de introducir el pago por una nueva licencia por receptores de televisión digital, introducir la publicidad electrónica en los servicios interactivos, privatizar sectores de actividad secundarios (especialmente la división *Worldwide*) y concluir *joint ventures* con el sector privado. La BBC debiera justificar cada año el cumplimiento de sus obligaciones como servicio público y establecer una nítida diferenciación entre su núcleo público y sus subsidiarias comerciales. El Informe ha levantado una gran polémica.

potente del mundo; éste es el único modo de neutralizar las ventajas competitivas de las empresas de los grupos globales y multimedia. La convergencia tecnológica ofrece a las entidades públicas un amplio abanico de posibilidades nuevas, tanto en lo que se refiere a actividades como a maneras de llegar a los espectadores y oyentes. Este hecho puede potenciar su función actual y proporcionarles nuevas fuentes de ingresos que complementen su financiación actual. Pero, para afrontar este reto resulta casi imposible someterse a los requerimientos de una financiación pública transparente y proporcionada destinada exclusivamente a ciertos programas considerados de servicio público o interés general. Sin embargo, desde las instancias comunitarias se propone que estas nuevas actividades resulten sometidas al derecho de la competencia, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia[912].

Analicemos, ahora, el **caso español**, en gran medida atípico con respecto al resto de Europa y por ello con una crisis todavía más acusada. RTVE[913] no ha resuelto dos problemas sustanciales para cualquier empresa pública: independencia del poder político y financiación estable. El resto de las empresas públicas, las radiotelevisiones autonómicas, han copiado su esquema institucional, pero han disfrutado de una financiación más desahogada.

La falta de independencia política viene propiciada por su dependencia administrativa, su propia estructura interna[914] y aún quizá más por una cultura política que considera que el control de la televisión forma parte de los *premios* que logra el ganador de unas elecciones. El nombramiento directo por el Gobierno del Director General, máximo órgano ejecutivo, condiciona todo el sistema. Las competencias del Consejo de Administración, nombrado por mayoría cualificada por el Congreso y el Senado, son

[912] En este sentido, el *Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997, ap. IV.3.

[913] Sobre la naturaleza jurídica de este ente público sujeto en sus actividades externas al derecho privado, véase **Esteve, J.**, op. cit., p. 260, para quien *"RTVE se configura como un 'holding' rector de una organización autónoma de los servicios de radiodifusión y televisión, siendo el centro matriz de las sociedades estatales directamente encargadas de la gestión de los mismos."*. Véase también **Fernández Farreres, G.**, op. cit., p. 72.

[914] **González Navarro, Francisco**, *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, razonó (pp. 38-42) la dependencia orgánica de RTVE del Gobierno y la Administración. En la práctica cotidiana esta dependencia se ha manifestado más informalmente, por la sintonía política entre el Director General y el Gobierno. Así, el Gobierno no ha hecho uso de las potestades que respecto a la programación le confieren los arts. 21 y 22, pues ni ha fijado las obligaciones que a este respecto implica el servicio público (art. 21), ni ha hecho difundir declaraciones o comunicaciones oficiales (art. 22). Sobre la polémica doctrinal sobre el alcance de estos dos artículos, véase **García Llovet, E.**, *"El Estatuto de Radiotelevisión Española y la ley de la televisión privada"*, op. cit., pp. 428-429. Para este autor estos preceptos sólo autorizan al Gobierno a difundir comunicados oficiales, pero no a fijar los contenidos de la programación. Insiste también García Llovet en la independencia institucional del Director General e invoca el carácter objetivo de las causas de ceses. Ello no ha impedido que cuando el Gobierno haya deseado cesar al Director General, la destitución se haya instrumentado como una *dimisión*, de la que en alguna ocasión el interesado se ha enterado por la prensa. Para **Esteve, J.**, op. cit., p. 270, el art. 21 no supone una restricción de las competencias del Consejo, teniendo el Gobierno únicamente la posibilidad de fijar ciertos criterios para el cumplimiento de las misiones de servicio público. **Abad Alcalá, Leopoldo**, *El servicio público de televisión ante el siglo XXI*, Dykisson, Madrid, 1999, p. 41, defiende una gradación competencial respecto a la programación. El Gobierno puede establecer ciertas líneas para el cumplimiento del servicio público y en tal caso estos principios adquieren preeminencia frente a cualquier decisión de RTVE. El Consejo de Administración establece las líneas genéricas de la programación y el Director General y los Directores de cada sociedad las concretan. *"Ello* -dice este autor- *supondría admitir cierta gradación jerárquica en la misión conformadora de la programación televisiva, correspondiendo al Gobierno una función de carácter controlador respecto al logro de los fines del servicio público".*

importantes sobre el papel como límite a las potestades del Director General. Sin embargo, como subraya González Navarro[915], no es un órgano de dirección, pues carece de competencias ejecutivas, reservadas al Director General. García Llovet[916] caracteriza al Consejo de Administración como garante del pluralismo y neutralidad del servicio. Para Nasarre[917], si se analizan detenidamente las competencias del Consejo se llega a la conclusión de que no se trata de un órgano de administración, sino de vigilancia:

> *"Lo que el Estatuto pretendía es que el Director General, que concentra un extraordinario poder en sus manos, tuviera un órgano, elegido por el Parlamento, que siguiera de cerca la actuación del Director General. Podemos decir que si el Director General tiene la 'potestas', el Consejo de Administración está revestido de 'auctoritas'. Éste es el espíritu del Estatuto y éstas son las reglas de juego, que se rompen si el titular de la 'potestas' no toma en cuenta las observaciones, las reflexiones, las orientaciones y las indicaciones del Consejo. Mi experiencia es que este complejo equilibrio no se está cumpliendo. Y esta anómala situación es la que hay que superar. ¿Cómo? Recuperando el sentido de lo que he llamado 'autorictas', acostumbrándonos a la existencia de órganos, que aunque no tienen un poder propio, deben ejercer una real influencia."*

Tampoco ha sido muy lucido el papel de la Comisión Parlamentaria de Control, un control que el Estatuto (art. 26) contempla en términos genéricos y que condiciona a que no impida el normal funcionamiento de los medios. En la mayoría de los casos, la Comisión se ha limitado a realizar un seguimiento del tratamiento informativo de los distintos partidos en TVE y RNE, limitándose la información proporcionada por el Director General de turno a unas comparecencias poco más que protocolarias.

García Llovet[918] resume la situación diciendo que *"nos encontramos formalmente en presencia de una gestión semiparlamentarizada, de la que se presume una garantía de independencia, siendo en la práctica una estructura fuertemente gubernamentalizada"*.

Esta gubernamentalización de TVE y RNE -real, pero también denunciada como baza partidista- ha restado legitimidad a RTVE. El Ente Público ha sido un fácil objetivo para sus críticos, ya fueran los partidarios de la televisión privada, ya los adversarios del gobierno. La fortaleza institucional del cargo de Director General y su influencia política ha propiciado a su sombra todo tipo de abusos. Pero, pese a ello, en un régimen de monopolio y con una financiación publicitaria ilimitada, RTVE desarrolló un servicio público con una Programación, que hoy se nos muestra como digna y equilibrada. El sistema entra en crisis cuando hay que competir por esa financiación con televisiones autonómicas y privadas.

El servicio público se pone en marcha con recursos públicos, pero desde el primer momento su financiación ordinaria se confía a la publicidad. Aunque formalmente existe un canon por tenencia de receptores, éste, de hecho no se recauda, hasta que finalmente se

---

[915] Op. cit., pp. 58-60.

[916] **García Llovet, E.**, *"El Estatuto de Radiotelevisión Española y la ley de la televisión privada"*, op. cit., p. 433.

[917] En el debate *El régimen jurídico de la televisión*, op. cit., p. 98. Eugenio Nasarre fue el más breve Director General de RTVE, pero durante los pocos meses que dirigió la radio y la televisión públicas se desarrollo con enorme limpieza la campaña electoral de 1982.

[918] Op. cit. p. 303.

deroga por la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964[919]. *España es diferente* y resulta muy cómodo asegurar que aquí, en la España de los Planes de Desarrollo, los espectadores, a diferencia de Europa, no tienen que pagar por ver la televisión[920]. Durante un largo periodo la publicidad financia el servicio (Servicio Público Centralizado en 1973, organismo autónomo en 1978) sin problemas y aún con superávits, recurriéndose a las subvenciones presupuestarias para financiar parcialmente inversiones extraordinarias, como las que supuso la introducción del color o la extensión territorial de la segunda cadena en UHF.

El Estatuto viene a regularizar -formalmente, que no de hecho- esta situación. Su art. 32 distingue entre la financiación del Ente Público y sus sociedades. El Ente se financiará con cargo a los Presupuestos Generales y mediante los ingresos y rendimientos que realice. Radio Nacional mediante subvenciones e ingresos comerciales propios. En el caso de TVE la norma es más precisa: mediante subvenciones, comercialización de sus productos, participación limitada en el mercado de la publicidad y, en su caso, mediante una tasa o canon sobre la tenencia de receptores que inicialmente -precisaba el Estatuto- gravará la de los televisores en color[921].

Pero este sistema mixto de financiación no se lleva a la práctica. La inversión publicitaria global se multiplica en España por ocho entre 1980 y 1989[922] y RTVE se aprovecha de la bonanza, ofreciendo hasta 1989 importantes superávits -de entre un 20 y un 30% de los ingresos, con unas subvenciones mínimas decrecientes, básicamente de capital, y que se interrumpen en 1987[923]. Todo el Grupo RTVE se financia exclusivamente de la publicidad, aumentando los servicios de todas sus sociedades y doblando el tiempo de emisión de TVE sin aumentar la emisión de publicidad.

En unos años de crisis económica y contracción del mercado publicitario, la irrupción de la competencia de las cadenas privadas y de la autonómicas, organizadas en parte como otra cadena nacional (al menos a lo que se refiere a adquisiciones) mediante la FORTA[924], hacen quebrar el sistema. Déficit crecientes aparecen desde 1990, mientras que las subvenciones que vuelven a incluirse en los presupuestos a partir de 1993 no llegan ni siquiera al 30% de esos déficits[925]. El recurso al endeudamiento externo ha sido

---

[919] Sobre este canon y su intento de reintroducción de una modalidad semejante en 1978, véase **Buhigas, J.**, op. cit., pp. 266-268.

[920] Falacia en la que, por cierto, recaen los defensores de una financiación publicitaria ilimitada de las empresas privadas, que aseguran que sus servicios (a diferencia de los de las televisiones públicas) no cuestan nada al público. Las emisiones de radio y televisión nunca son gratis. O se pagan vía impuestos o tasas, o por suscripción o adquisición de servicios, o como consumidores, mediante la repercusión de los costes publicitarios en el coste de los artículos adquiridos.

[921] **Buhigas, J.**, op. cit., pp. 269-271, defiende que el Ente Público debiera de contar en todos los Presupuestos con una partida específica, como el resto de los organismos públicos. En cuanto a las subvenciones en favor de RNE y TVE podría formalizarse a favor del Ente Público, en cuanto que titular del capital de las sociedades.

[922] Ibídem, p. 279.

[923] Para los datos económicos de RTVE nos remitimos al cuadro incluido en el *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, del propio Ente Público, p. 16.

[924] Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos.

[925] Como ya se indicó en este capítulo (3.2), la desmembración de la Red Técnica, es uno de los factores de la crisis. ¿Qué empresa puede soportar perder una infraestructura parte de su patrimonio sin ningún tipo de contrapartida y a partir de

obligado y la deuda sólo en cantidades mínimas ha sido enjugada por el Estado. Así, según el anteproyecto de Presupuesto para 1999[926], la deuda ascenderá en ese ejercicio a 765.243 millones de pesetas, siendo necesario dedicar a su servicio nada menos que 47.138 millones. Las cifras demuestran, por si alguien lo dudaba, que la deuda de RTVE es un problema de Estado.

En el caso de las empresas autonómicas la situación no es tan grave, porque sus déficits de explotación han sido cubiertos por los presupuestos de las respectivas comunidades[927]. Tanto en estos organismos como en RTVE se ha producido una privatización encubierta, mediante un proceso de *externalización de la producción*, que en muchos casos ha significado un verdadero expolio y ha contribuido a agravar los problemas financieros[928].

Pero de lo que no cabe duda es que el sistema en nuestro país tiene un déficit global. Durante los 90 la inversión publicitaria en televisión se estancó en torno a los 220.000 millones de pesetas. En su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado[929] un alto directivo del sector estimaba para el año 95 un presupuesto de explotación conjunta de 300.000 millones de pesetas para las distintas empresas públicas y privadas, titulares de 13 canales de televisión, con una cifra aproximada de déficit global de 65.000 millones de pesetas. En 1997, al cabo de muchos años, esta inversión creció en un 8'4%, alcanzando los 243.839 millones[930] y los 284.016 millones con un incremento del 15 % en 1998[931], pero paralelamente han crecido los costes de explotación de las distintas empresas. Si la degradación de la programación y su vulneración de los derechos individuales no fuera suficiente razón, este agujero financiero debiera justificar un *pacto de Estado*, que devolviera la viabilidad económica -recordemos como ésta era una de las principales justificaciones del servicio público en las sucesivas leyes- al sistema.

---

ese momento verse obligada a pagar por el uso de tal infraestructura?. Hasta desde el punto de vista de la imagen institucional ha resultado dañosa esta desmembración. La imagen de Televisión Española se asocia con la de Torrespaña, el popular *Pirulí* madrileño; pues bien, Torrespaña forma parte del patrimonio de RETEVISIÓN.

[926] El País, 19/9/98.

[927] Véase **Buhigas, J.**, op. cit. pp. 274-276.

[928] Así se denuncia en el caso de las televisiones autonómicas en la ponencia *"Radiotelevisión pública: una necesidad democrática amenazada"*, I Convención de Periodistas de España, Cádiz, 24-26 de abril de 1988. Como se recoge en este trabajo son frecuentes los casos de productoras constituidas por antiguos directivos, que asumen programas, elevando sus costes. Otra de las falacias denunciadas es el mayor coste de la producción interna. Según un informe de Sindicatura de Cuentas de Catalunya de enero de 1998 la producción externa le cuesta a TV-3 el doble que la producción propia: 167.601 pts./ minuto frente 71.850. A veces se realizan cálculos totalmente inadecuados, como, por ejemplo dividir el número de horas de producción entre el número de trabajadores, lo que da una ratio claramente favorable a las privadas, sin tener en cuenta que TVE afronta servicios (como la retransmisión de grandes acontecimientos) que requieren una infraestructura de la que carecen las empresas privadas.

[929] BOCG, Senado, nº 262, 11 de abril de 1995, p. 22.

[930] Estudio de la central de ventas Gerencia de Medios, citado en **CEACCU**, *Televisión y derechos de los usuarios. Contenidos infantiles. Publicidad*, op. cit., p. 56.

[931] Estudio de InfoAdex, entidad que mide la inversión publicitaria en España. El País, 19/5/99. Cifras parecidas se han registrado en el mercado europeo global. Según el *II Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE*, COM (97) 523 final, los ingresos totales de la televisión en los países de la Unión Europea se estimaron en 1995 en 43.300 millones de dólares, unos 38.000 millones de ecus, o sea un aumento del 14% en relación con 1994.

Para dar respuesta a tan tremendo reto se creó una subcomisión parlamentaria en el seno de la de Control de RTVE, con la finalidad específica de estudiar y proponer un sistema de financiación viable, inoperante durante muchos meses. Pero la filtración a la prensa el 8 de junio de 1998 de un informe de la Oficina Presupuestaria, que proponía la venta del Grupo RTVE o su privatización parcial con reducida financiación pública mediante un contrato programa para servicios de interés general, removió las aguas y el 18 de junio el propio vicepresidente del Gobierno, Sr. Álvarez Cascos, presentaba en la mencionada subcomisión un informe radicalmente distinto al filtrado, al que, de hecho, venía a desautorizar. Se trataba de un trabajo redactado por los propios servicios de RTVE[932], que hemos citado ya en varias ocasiones en este apartado. El informe propone una reforma institucional y un nuevo sistema de financiación de mixta. Pero lo más interesante es que estas propuestas se basan en una redefinición del servicio público en sentido material o funcional.

El informe considera despejadas por el Protocolo del Tratado de Amsterdam las críticas de los que denuncian el sistema mixto de financiación como una competencia desleal a las empresas privadas. *"Este Protocolo* -se dice[933]- *recoge que corresponde a cada Estado miembro atribuir, definir y organiza dicha función de servicio público. Hay que resaltar que se emplea el término función en singular. No se habla, en plural, de funciones, misiones u obligaciones específicas y concretas, sino de una función global de los radiodifusores públicos"*. Por tanto, después de repasar la situación financiera e institucional de RTVE y los distintos modelos europeos de financiación, se pasa a redefinir el servicio público desde una consideración global, de manera que los recursos públicos (en un sistema de financiación mixta) no estaría finalístamente destinados a determinadas misiones o programas, sino al servicio prestado globalmente.

Reconociendo que el derecho español no define claramente la función pública en el sentido del Protocolo y que esto origina problemas y malentendidos con Bruselas, se propone un concepto amplio y globalizador de servicio, de las siguientes características:

- Un servicio público fundamentado en la función de los poderes públicos de promover la libertad y las condiciones de igualdad entre todos los ciudadanos;
- Un servicio con una función de integración nacional, cultural y social y promoción de lengua y cultura española en el exterior;
- Con una programación amplia, variada, para todos, no elitista, pero atendiendo a los intereses de los segmentos minoritarios (a través de la segunda cadena), pluralista y con altas exigencias éticas y de calidad.

Y conforme a este diseño, se considera que la dimensión presente de RTVE no se aleja de la adecuada a la realidad española, así como de la que corresponde a las radiotelevisiones públicas europea[934]. El nivel de gasto propuesto -200.000 millones de

[932] **RTVE**, *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*.

[933] Op. cit., p. 3.

[934] El informe compara las cifras para 1995 de las grandes cadenas europeas con RTVE (pp. 25-26). ARD+ZDF: un billón de pts. (824.000 m. ingresos públicos, 89.103 m. publicidad). Televisiones públicas francesas: 206.000 m. ingresos

pesetas a valores de 1998- va, por tanto, dirigido a mantener esta dimensión y dejar abiertas las puertas para que el grupo se incorpore a los nuevos desarrollos tecnológicos y nuevas modalidades de televisión. El 35% de este montante se estima que se podría obtener del mercado publicitario[935], aunque se apunta el papel creciente de los ingresos por venta de servicios, sobre todo de Programaciones temáticas a los nuevos sistemas de pago. El otro 65% correspondería a financiación pública. Después de descartar la introducción de un canon que -se dice- no sería aceptable para la sociedad española, se aboga por la dotación presupuestaria directa[936]. En cuanto a la deuda acumulada se subraya que no está originado por déficit corriente, sino por falta de financiación pública y que como tal fue autorizada cada año en los respectivos presupuestos; en consecuencia, se propone su amortización por parte del Estado, en el marco del sistema de financiación mixta descrito.

El punto débil de todo este esquema reside en que para obtener ese 35% de financiación publicitaria habría que competir en este mercado en los mismos términos que hasta ahora. En efecto, los 70.000 millones de pesetas que resultarían de aplicar el 35% propuesto a un presupuesto de 200.000, coinciden exactamente con el actual montante de ingresos por este concepto, que se logra gracias a mantener un liderazgo de audiencia al que se sacrifica cualquier otra consideración de programación. De forma, que ni se aliviaría la presión sobre el mercado publicitario, ni se pondría término a las críticas de las empresas privadas cuyo objetivo es sacar a RTVE de este mercado o reducir drásticamente su peso en el mismo[937], ni, en fin, se mejoraría la Programación, sometida a la misma tiranía del audímetro.

En cuanto a la reforma institucional propuesta, acentúa aún más la gubernamentalización. El Director General sería reemplazado por un Presidente, con un perfil ejecutivo. Su nombramiento correspondería al Gobierno, sin ninguna clase de participación parlamentaria. El nombramiento por mayoría parlamentaria cualificada se considera inviable, añadiéndose el discutible argumento de que al tratarse de un órgano ejecutivo corresponde su nombramiento a la *reserva de administración* que -se dice[938]- la Constitución en su art. 97 atribuye al Gobierno. El Consejo de Administración sería sustituido por un Consejo de RTVE, con funciones de orientación, al estilo de los non-natos Consejos Asesores. Como representante del pluralismo social más que el del político, se propone un sistema de nombramiento mixto, parlamentario y por mediación de instituciones sociales que no se precisan. Por último, el control externo se confía a la Comisión parlamentaria.

públicos, 120..751 m. publicidad. RAI: 179.298 m. de ingresos públicos, 125.874 m. publicidad; BBC: 306.000 m. ingresos públicos. RTVE: 187.471 m. (96.530 m. publicidad, 26.737 m. subvención pública).

[935] Se sugería introducir publicidad en RNE, lo que provocó airadas reacciones de las radios comerciales.

[936] De optarse por el sistema del *contrato programa* se requiere que éste no se vincule a unos programas en concreto. Op. cit., p. 72.

[937] En este sentido, **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 85 : *"... resulta razonable pensar que la única vía útil para incrementar el número de canales privados, es retirar del mercado total o parcialmente a los operadores públicos, de modo que el acceso a los recursos publicitarios por parte de los mismos, se limite o se anule."*

[938] Op. cit., p. 71.

Pocas semanas después el Partido Socialista presenta sus ***Diez Propuestas para un Pacto de Estado sobre el modelo audiovisual público en España***. Se parte de apostar por un sector audiovisual público fuerte y competitivo. *"Sólo así* -se afirma- *se podrá asegurar que exista una oferta audiovisual que promocione los valores de igualdad y tolerancia que preconiza nuestra Constitución, que garantice la calidad de la programación, que sea un escenario abierto a la participación social y que atienda los intereses de las minorías. En definitiva, que avale, con plena confianza, la libertad y la convivencia democráticas de todos los ciudadanos".* Las propuestas más importantes son las siguientes:

- Elaboración de un nuevo marco legal, que reúna un amplio consenso social;
- Creación del Consejo Superior de los Medios Audiovisuales, al que ya hicimos referencia;
- Redefinición del papel de la radiotelevisión pública (en parecidos términos a los propuestos en el informe gubernamental) y mejora de su gestión interna;
- Se propone también la creación de la figura del presidente ejecutivo, pero nombrado por el Congreso;
- Reforzamiento del papel de la Comisión de Control;
- Reforzamiento del carácter gestor del Consejo de Administración.

En cuanto a la financiación se propone también un modelo mixto, con un reparto semejante entre ingresos comerciales (entre un 30 y un 35%) y el resto con cargo a subvenciones. Lo novedoso es un plan concreto para asumir progresivamente la deuda en un plazo de 10 años, a razón de 60.000 millones de pesetas anuales.

Lamentablemente, no existen síntomas de que exista voluntad en el conjunto de las fuerzas políticas de afrontar el problema mediante un pacto de Estado. Prueba de ello son las cifras citadas del proyecto de presupuesto para 1999.

Examinado el caso español tenemos todavía planteada una pregunta. ¿Requiere financiación pública la actividad y la Programación en su conjunto de la empresa pública de radio o televisión?. O, por el contrario, ¿deben reservarse los recursos públicos para determinados obligaciones o programas que por su especial naturaleza al servicio de la función pública sean merecedores de esta financiación?.

En el modelo de radio y televisión que conocemos hasta ahora la respuesta debe ser la de asignar una financiación pública general al conjunto de actividades y programas, pero siempre con una condición: que el criterio para programar no sea la maximización de la audiencia para maximizar los ingresos publicitarios. Cumplido este presupuesto todos los programas, incluidos los de entretenimiento y evasión, puede ser cauce para la función pública del medio. En caso contrario, cuando se depende prioritariamente de una financiación publicitaria, hasta la cultura más excelsa se convierte en un espectáculo mediático que desnaturaliza su función original. Por tanto, la financiación pública global tiene sentido en la presente situación siempre que independice de la tiranía del audímetro. Sólo de esta manera podrá la Programación de la televisión pública servir de referencia

para el contenido del resto de los canales, como propone la Comisión Especial del Senado[939].

Pero si miramos un poco más allá, a los desarrollos que ya se anuncian, la respuesta debe ser más matizada. En el estudio sobre la concentración de la comunicación en Europa[940] se aventuran cuatro posibles modelos de televisión pública:

a) Una estrategia comercial destinada a aumentar al máximo el porcentaje de ingresos publicitarios. La programación, especialmente en horas de máxima audiencia, será la que reclame la mayoría del público, ya que los programadores del servicio público lucharán por mantener la mayor audiencia posible, ante la competencia de los canales privados.

b) La búsqueda de una participación en el mercado suficiente (entre el 30% y el 40%) para justificar los derechos de licencia pagados por el consumidor. De este modo, la teoría de una audiencia máxima no es viable. Esta estrategia supone niveles moderados de dependencia de la publicidad.

c) El servicio público se considera complementario a las ofertas de los canales privados. Por ello, su programación se basará en contenidos culturales, educativos y para minorías. Ante tal panorama, su cuota de audiencia será mínima. Este modelo también excluye la publicidad como fuente de ingresos.

d) Los Estados ya no destinarán recursos públicos a la gestión de canales. En su lugar, se dedicarán a la producción y distribución de programas culturales, informativos, religiosos y educativos a través de canales privados. Esta idea se puede poner en práctica comprando espacios de la programación o introduciendo una cláusula en la regulación relativa a los canales, de modo que se reserve una cantidad determinada de tiempo para las emisiones de organismos públicos.

El modelo a) es el aplicado en España hasta ahora y conduce a la destrucción del servicio público. El modelo c) -por cierto, el preferido por las televisiones privadas- resulta injusto, pues supone financiar las necesidades culturales de una minoría, mientras se desatiende o -peor- se manipula y se le niega una identidad cultural a la mayoría. El modelo b) permite mantener una programación de calidad al servicio de muy amplias capas sociales, sin necesidad de reunir siempre una máxima audiencia. El modelo d) apunta hacia un futuro con una pluralidad de emisores y programadores de distinta naturaleza y titularidad y tiene la ventaja de atender antes a los programas que a necesidades empresariales, aunque se podría añadir que esta programación de servicio público podría también vehicularse a través de canales públicos. O, incluso, podría defenderse un híbrido: de un modelo b) se iría evolucionando progresivamente hacia un modelo d).

[939] Op. cit., pp. 3-4.

[940] Op. cit., p. 212.

Los organismos públicos europeos de radiodifusión, asociados en la Unión Europea de Radiodifusión, buscan su papel en la nueva era digital que comienza, caracterizada por la abundancia de canales y la escasez de programas de calidad. En una Conferencia sobre programación, celebrada en Bruselas, entre el 27 y 28 de octubre de 1998, apuestan por vincular su papel a la producción de programas de calidad, dirigidos a un público general, no elitista, distribuidos por medios clásicos o por los nuevos canales y soportes digitales; un papel no subsidiario a los de los canales comerciales y de pago, vital para mantener la cohesión social. Pero para ello, vuelven a reclamar, en la línea del Protocolo del Tratado de Amsterdam, una marco regulador claro y, sobre todo, una financiación estable y suficiente, que les permita afrontar los inmediatos retos tecnológicos.

Enlazan estas ideas con el concepto de *Programación de servicio público*, promovedora de los derechos humanos, que decíamos (3.4 de este capítulo) característica del régimen de la empresa pública, en un nivel superior a la programación de interés general, *Programación general*, que sería común a empresas públicas y privadas. Y para financiar de manera específica esta programación de servicio público y fomentar la programación general de calidad, independizando ya las obras audiovisuales de un medio concreto y considerando su difusión a través de medios diversos, proponemos la solución de un ***Fondo Audiovisual***[941]. La idea es simple, pero, por supuesto, de realización compleja. Las empresas públicas -y estamos pensando de un modo muy especial en España- abandonarían el mercado publicitario a las empresas privadas. A cambio, se dotaría este Fondo con un gravamen sobre la publicidad y las distintas fuentes del gigantesco negocio audiovisual[942]. En otras palabras, que los grandes beneficiarios -cadenas privadas, ya sean generalistas o de pago, la industria electrónica y eléctrica y agencias publicitaria- fueran los financiadores del servicio al público.

Como *fuentes* se proponen las siguientes:

- Un recargo sobre los ingresos publicitarios de las distintas empresas privadas dedicadas al negocio audiovisual;
- Un gravamen sobre la adquisición de equipos receptores y anexos (videos, antenas, parábolas, descodificadores) soportado por el consumidor y que puede supones cantidades muy considerables en los próximos años, teniendo en cuenta la renovación del parque a que obliga la transición a los sistemas digitales;
- Un gravamen específico sobre los beneficios de la industria electrónica;

[941] Una solución en esta línea es el *"fondo de solidaridad"*, establecido en Italia para el sostenimiento de las pequeñas emisoras locales, que, a partir de los presupuestos del 2.000, se financiará con una tasa de un 1% sobre la cifra global de negocios de las cadenas privadas. El País, 27/10/99.

[942] Según el *II Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE "Televisión sin Fronteras"* , Bruselas, 1997, Europa contaba en 1996 con más de 250 cadenas de televisión, de las que 213 son cadenas privadas, habiéndose en los seis últimos años prácticamente duplicando su número los recursos generados en el sector de la televisión (los ingresos totales de la televisión en los países de la Unión Europea se estimaron en 1995 en 43.300 millones de dólares, unos 38.000 millones de ecus, o sea un aumento del 14% en relación con 1994). En los años 1995 y 1996 tuvo lugar la preparación y el comienzo de la televisión digital en Europa. A principios del ano 1997 podían contarse unos 330 servicios digitales difundidos por satélite, frente a una decena solamente en enero de 1996.

- Un gravamen específico sobre los beneficios de la industria eléctrica, en la medida que el consumo audiovisual aumenta el consumo eléctrico;
- Un recargo sobre los ingresos por abonos y servicios de los sistemas audiovisuales de pago (incluido la exhibición cinematrográfica).

Evidentemente, no estamos en condiciones de indicar porcentajes u otros elementos tributarios, que superan el objeto de este estudio. Se trata simplemente de avanzar ideas, y en este sentido, quizá la solución más sencilla sería recargar el impuesto de sociedades de todas las empresas del sector.

El Fondo financiaría:

- La programación de servicio público de todas las empresas públicas o privadas, mediante la conclusión de contratos-programa;
- La programación general de las cadenas públicas;
- El fomento de la producción audiovisual europea, con especial atención a la producción independiente y jóvenes creadores.

Los gastos generales de las distintas empresas públicas correrían a cargo de los presupuestos de la entidad política responsable: Gobierno central, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos... Las respectivas empresas podrían también comercializar sus servicios (por ejemplo Programaciones temáticas o especializadas), pero no acudirían a la publicidad, telepatrocinios, televenta y otros sistemas semejantes.

Muchos retos plantearía un sistema semejante: desde la oposición de los sujetos tributarios hasta el establecimiento de unos criterios de reparto entre las distintas empresas públicas. Pero creo que vale la pena pensar algunas soluciones imaginativas, que liberen a las empresas públicas, a los espectadores y a los contribuyentes de elegir entre dos cargas: financiación publicitaria o financiación a cargo del presupuesto público.

3.6. El régimen de los mensajes: los programas audiovisuales.

El mensaje es -en palabras de José María Desantes[943]- *"el centro objetivo del proceso informativo... Es la razón de ser de la información, que consiste, precisamente, en poner en forma, 'informare', los mensajes...".* Los mensajes audiovisuales, estructurados en obras, programas y Programación son el núcleo esencial e integrador de los distintos medios audiovisuales. La difusión de los mismos mensajes audiovisuales por distintos medios y la interrelación de las estructuras empresariales que ello comporta convierte a los mensajes en el nexo de unión de todos los medios audiovisuales. Estudiaremos ahora el régimen de las obras y mensajes audiovisuales en su actual marco competitivo, reservando su consideración como objeto de la libertad de programación para el siguiente capítulo.

La materialidad de los mensajes audiovisuales, bien incorporados a un soporte físico reproducible y distribuible, bien considerados como derechos de propiedad intelectual[944], ha favorecido la consideración prioritaria de los programas como mercancías sujetas al tráfico mercantil. Sólo secundariamente ha recibido un tratamiento como concreción del derecho a la libertad de expresión e información y manifestación del derecho a la cultura. Esta consideración fundamentalmente mercantil tiene sus excepciones en el régimen de armonización de los programas en el ámbito europeo, en la llamada *excepción cultural* y en las limitaciones a la exclusividad de los derechos.

"Como cualquier otro producto hecho para el consumo -constata la Comisión Especial del Senado[945]- *están sometidos a la lógica del mercado... Una lógica que puede llegar a ser perversa cuando lo que se produce es un bien considerado público, accesible a todos: un bien cultural... Contrastar la calidad de un producto cultural no es fácil, mientras que sí lo es la banalización".* Y sin embargo, todo apunta a que la evolución de los mercados audiovisuales descansará, cada vez, más en los mensajes audiovisuales, un producto -en la medida que creativo y costoso- escaso. Muñoz Machado[946] lo expresa en estos términos:

---

[943] *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, op. cit., p. 230.

[944] La Ley de Propiedad Intelectual (art. 86.1) realiza una definición conjunta de las *obras cinematográficas y otras obras audiovisuales* que presupone su incorporación a cualquier tipo de soporte: *"... creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras".* Y el nº 2 del mismo artículo declara que en lo sucesivo el texto legislativo denominará a estas obras *audiovisuales*. Por tanto, en los términos de la ley, existe obra audiovisual y se generan derechos cuando imágenes y/o sonidos se incorporan a las ondas radioléctricas para su emisión, aunque se fijen en otro soporte susceptible de distribución física. El art. 126 de la Ley declara como derechos exclusivos de las entidades de radiodifusión los de: a) fijación de las emisiones en un soporte sonoro o visual; b) reproducción de este soportes; c) retransmisión; d) comunicación pública (en realidad exhibición) mediante el pago de una cantidad en concepto de admisión o entrada; e) distribución de los soportes.

[945] Op. cit., p. 3.

[946] Discurso Preliminar en *Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. XVII.

"... Habrá más oportunidades de ofrecer servicios de televisión, que operadores que puedan aprovecharlas. Habrá, en definitiva, más capacidad de transmisión que mensajes que transmitir. En ese momento, para el que ya es necesario prepararse porque está a la vuelta de la esquina, el mercado de la televisión será, fundamentalmente, un mercado de derechos. Lo importante será disponer de derechos de emisión, crearlos o distribuirlos, poder programarlos en cualquiera de sus manifestaciones y variantes..."

El régimen de los programas va a estar condicionado por estos dos polos: su importancia como mercancía escasa y exclusiva y su función de interés público derivada del derecho a la información. Las limitaciones impuestas a la libertad de comercialización responden preferentemente a la necesidad de garantizar la libre competencia o fomentar la industria audiovisual, sin perjuicio de justificarse, además, en el derecho a la información.

Ya referimos (Capítulo 1º. 3.3) el proceso que condujo a la **Directiva Televisión Sin Fronteras**. Para lograr el objetivo del mercado común audiovisual mediante la libres prestación de servicios es necesario armonizar las restricciones existentes en los distintos países europeos. La libre explotación de los programas se somete a un conjunto de excepciones que -al igual que en el Convenio de Televisión Transfronteriza- vienen fundamentados en la protección del público y la cultura europea.

Fomento de la industria audiovisual europea

El sistema de cuotas pretende que la cultura propia pueda manifestarse en las obras audiovisuales y al tiempo proteger esta industria frente a la competencia norteamericana. Volveremos en el capítulo 4º a tratar este tema desde la perspectiva de la libertad de programación, aquí resumiremos el sistema, conforme a la Ley 25/1994, modificada por la Ley 22/1999.

- Cuota europea: el 51% del tiempo de emisión se dedicará a obras europeas.
- Cuota española: más del 50% de la anterior cuota se reservará para obras europeas en expresión de cualquiera de las lenguas españolas.
- Cuota de productores independientes: el 10% del tiempo reservado a las obras europeas corresponderá un 10% a productores independientes, y de esta cuota la mitad lo será de obras de los últimos cinco años.
- Explotación escalonada de las obras audiovisuales: con el fin de proteger la producción y exhibición cinematográfica se reservaban los dos primeros años para la difusión en salas cinematográficas antes de su pase por televisión, o de un año si se trata de obras producidas para este medio o coproducidas por los canales de difusión. La Directiva 97/36/CE se limita a instar a los Estados para que protejan el cumplimiento de los acuerdos entre las partes y la Ley 22/1999 deroga este sistema.

Pese a la constatación de los reiterados incumplimientos de estas cuotas en muchos países, la reforma de la Directiva y la Ley 22/1999, que la traslada, mantienen prácticamente en los mismos términos el sistema, con la notable diferencia que se deroga la obligación de explotación escalonada. No obstante, dada la redacción de las Directivas

(*"cada vez que sea realizable y por los medios apropiados..."*, art. 4.1), estas obligaciones se consideran más como pautas de conducta que obligaciones de resultado[947].

Regulación de la publicidad

Supone, sin duda el grueso de la armonización. Se estructura en tres niveles: prohibiciones, limitaciones cuantitativas y normas de inserción. Justificadas en la protección del espectador y el consumidor, vienen a delimitar la Programación y restringir su progresiva puesta al servicio de los intereses comerciales. Remitimos su estudio detallado al Capítulo 4º. Como veremos por los propios informes de evaluación del cumplimiento de la Directiva, esta normativa no logra contener el avasallador poder de la publicidad.

Protección de los menores

La armonización europea pretende proteger a los menores frente a los efectos nocivos de la publicidad y la programación. Para su estudio detallado nos remitimos también al Capítulo 4º, donde se examinará esta cuestión ampliamente. Decir aquí que el sistema se basa en delimitar un tiempo (entre las 22 horas y las 6 horas) en el que se presupone que los menores no recibirán programas con contenidos dañinos para ellos, pero aceptables para los adultos y en orientar a los padres y responsables mediante advertencias de estos contenidos. Las nuevas formas de recepción a las que nos hemos referido en otros lugares y el desarrollo de canales temáticos ponen en cuestión este sistema y plantea la necesidad de encontrar mecanismos más eficaces de selección a disposición de los padres.

Estos tres requisitos -protección a la industria europea, regulación de la publicidad y protección de los menores- son los peajes que las obras audiovisuales deben *pagar* para circular libremente, como unas mercancías más, en un mercado europeo. Uno de ellos, la protección de la industria audiovisual, choca con la libertad de comercio a nivel global y su justificación se ha razonado como ***excepción cultural***.

La industria audiovisual es uno de los grandes sectores estratégicos. Al mercado mundial del sector audiovisual en su conjunto se destinaban, en 1992, 289.400 millones de dólares, 1'2 % del PIB mundial. Los servicios audiovisuales representan el 54% de este mercado, correspondiendo un 63'5% a la televisión, un 20% al vídeo, un 8'5% al cine y un 8% a la radio[948]. Además, la industria audiovisual es uno de los grandes creadores de empleo: un millón de personas trabajan en Europa en actividades vinculadas al cine o la televisión y si esta industria pudiera satisfacer las nuevas demandas, el empleo podría doblarse[949].

---

[947] III Comunicación de la Comisión, op. cit., p. 63.

[948] **Avila Álvarez, Antonio y Díaz Mier, Miguel A.**, *"Las cuotas comunitarias de programación televisiva y los acuerdos internacionales sobre comercio (GATT-GATS): el conflicto EE.UU.-Unión Europea" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 889.

[949] Informe del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 11. El Informe cita la cifra de 450.000 trabajadores del sector sólo en California, un dato más para explicar el interés norteamericano en conquistar los mercados extranjeros. Según estimaciones de la Comisión Europea, la industria audiovisual podría crecer en Europa un 70% para el

La protección del sector en Europa intenta paliar el desequilibrio existente en el comercio de estos *productos* con Estados Unidos. El déficit europeo por este concepto es de 6.000 millones de ecus, 7.000 millones de dólares (más de un billón de pesetas), según datos aportado en la I Conferencia Audiovisual Europea de Birminghan[950], que pueden evaluarse en 250.000 puestos de trabajo[951]. Europa compra cada año programas norteamericanos por valor de 2.000 millones de dólares; Gran Bretaña, el único país europeo que logra vender en Estados Unidos lo hace por la exigua cantidad de 85 millones de dólares[952]. En definitiva, Estados Unidos domina el 80% del mercado audiovisual europeo, mientras que Europa pugna por lograr un escaso 1% del norteamericano[953].

Las obras audiovisuales norteamericanas se amortizan en su propio mercado y salen al exterior con unos precios imbatibles y un nivel de producción insuperable. El sector audiovisual es la segunda industria exportadora de Estados Unidos y supone el 40% del mercado mundial; el volumen de negocios de la industria europea es la cuarta parte de la norteamericana[954]. Y con las obras y programas audiovisuales se exporta una concepción de la vida -el *american way of life*- que coloniza otras culturas, o, al menos, lo que se ha dado en llamar cultura popular o cultura de masas, en la que los grandes sectores de población urbanizada con un limitado nivel educativo se identifican.

Los europeos vuelven a ir al cine, pero ven cada vez más películas norteamericanas. La industria norteamericana, que ha aumentado su porcentaje de participación en el mercado del 56 al 78% en diez años. Las películas europeas registraron un descenso de su cuota de mercado del 19 al 10% durante el mismo período. De hecho, los ingresos de la industria norteamericana dependen cada vez más de las exportaciones, que actualmente representan el 43% de los ingresos de los grandes distribuidores, frente al 30% de hace diez años. Además, la causa de este crecimiento son las ventas a canales de televisión no americanos, especialmente a canales de TV de pago. Además de la exportación de programas, los grandes distribuidores también están creando canales de televisión temáticos en Europa, tales como el canal Disney en Francia[955].

Los sistemas de protección chocan con la libertad de comercio establecida en el sistema económico internacional después de la II Guerra Mundial. Las obras cinematográficas van a ser una excepción. En 1947 los gobiernos de Francia y Estados Unidos firman un acuerdo por el que se abre las aduanas francesas a las películas norteamericanas, a cambio de un préstamo para la reconstrucción de la industria cinematográfica y la aceptación por parte norteamericana de un sistema de cuotas de pantalla, complementado en los años siguientes con un fondo de desarrollo de la industria

2.005, según manifestó el Comisario Oreja en su discurso a la Subcomisión de Financiación de RTVE el 11 de diciembre de 1998.

[950] El País 8/4/98.

[951] Dato aportado por el Comisario Oreja en el discurso citado.

[952] The Economist 29/11/97, recogido en Cuadernos para Debate, nº 96, nov.-dic. 1997.

[953] Discurso del Comisario Oreja a Subcomisión de Financiación de RTVE.

[954] **Ávila y Díaz Mier**, op. cit., pp. 889-890.

[955] Informe del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 15.

cinematográfica, financiado por un gravamen sobre las entradas[956]. Este sistema viene a encontrar su consagración en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) de 1947, que en su art. IV reconoció un tratamiento especial a los aspectos comerciales internacionales del cine, a través de la legalización de las cuotas de pantalla existentes en el momento de la firma del Acuerdo y el compromiso de eliminar esas restricciones en la medida de lo posible[957].

La televisión quedaba excluida del GATT, pero la apertura de la industria audiovisual a la libertad de comercio se plantea en el proceso de ampliar el sistema al suministro de servicios, un proceso que se inicia con la Ronda Uruguay y que culmina con el Acuerdo General Multilateral sobre el Comercio de Servicios de 1994, que trata no sólo de regular el comercio, sino también la producción de servicios. Desde el comienzo de la Ronda Uruguay, los servicios audiovisuales se clasifican dentro de los servicios de comunicaciones, junto a los servicios postales, de mensajería, de telecomunicaciones básicas y de valor añadido. Ante las voces que piden una consideración de estos servicios como manifestaciones de la cultura de los pueblos, y no como simples mercancías, la Unión Europea asume la defensa de la *excepción cultural:* nada de lo regulado en los acuerdos que se negociaban podría invocarse para eliminar las medidas obligatorias relativas a los servicios audiovisuales, dirigidas a la consecución de los objetivos de política cultural. La división entre los propios socios europeos y las presiones y amenaza de represalias comerciales por parte de Estados Unidos llevan a la Unión Europea a aceptar que los servicios audiovisuales estén sometidos a las reglas generales. El GATS[958] no ha reconocido especificidad alguna para el sector, pero Europa no se ha comprometido a ninguna medida de liberalización. Esto significa que las obligaciones específicas del Acuerdo no se aplican a los países de la Unión Europea, de modo que aunque formalmente lo audiovisual se incluye en el ámbito de aplicación del GATS, materialmente no se le dota de ningún contenido[959]. En consecuencia, el sistema de cuotas de la Directiva Televisión Sin Fronteras queda a salvo, así como las medidas de fomento directo, como los programas MEDIA[960].

Es ésta una solución transitoria y de compromiso, que necesariamente hubiera debido de negociarse (como el resto de las excepciones del GATS) antes del 1 de enero del año 2.000 en la fallida Conferencia de Seattle. El tema se planteó también en 1998 en la negociación de un nuevo acuerdo global en el seno de la OCDE, el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). Su objetivo era garantizar al inversor extranjero el mismo trato que al nacional, pero so capa de evitar discriminaciones el proyecto introducía una serie de privilegios para las empresas multinacionales: ninguna obligación de contratar mano de obra local, no tener que instalar su sede en el lugar de la inversión, ninguna obligación de

[956] Ibídem, pp. 884-885.

[957] Sobre el cine y la televisión en el GATT, véase **Ávila y Díaz Mier**, op. cit., pp. 882-888.

[958] *General Agreement Trade and Servcices.*

[959] Ibídem, p. 899. Véase el cuadro de la p. 902 de la p. cit., que sintetiza el contenido del GATS en estas materias.

[960] Sobre los programas MEDIA, véase **Gay Fuentes, Celeste,** *"Los instrumentos europeos de fomento al sector audiovisual. En particular, los programas MEDIA I y MEDIA II" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 903-930.

invertir en investigación y por supuesto nada que coarte la exportación de los beneficios[961]. En este marco, Estados Unidos volvió a plantear la consideración de las obras audiovisuales como cualquier otra mercancía. Aunque su negociación final estaba prevista para mayo de 1998, el AMI quedó bloqueado por las discrepancias substanciales entre los negociadores[962].

Permítaseme una larga cita de Enrique Barón[963], que resume bien los términos del problema de la excepción cultural y su vinculación con los derechos de autor:

> *"Lo que está en juego es la hegemonía económica. GATS supuso un cambio fundamental en la calificación multilateral de los productos audiovisuales, rompiendo con el statu quo existente desde 1947, que reconocía la naturaleza 'específica' de los productos culturales, no habiendo aceptado la Unión Europea compromiso alguno con respecto a la liberalización y manteniendo una serie de cláusula de nación más favorecida.... Incluir los temas culturales en este acuerdo (el AMI) tendría consecuencias graves para la contribución de la comunidad al florecimiento de las culturas de los estados miembros, en su diversidad nacional y cultural, así como en el 'patrimonio cultural europeo' y cito los tratados, al hacer imposible políticas de apoyo.... En lo que respecta a la propiedad intelectual, además de suscitarse su compatibilidad con acuerdos ya existentes como los convenios de Berna y Roma o el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual, elaborado en el seno de la Ronda Uruguay, supondría el triunfo del copyright, la concepción dominante en Estados Unidos. Lo que está en juego es, pues, no sólo un tema de excepción cultural. El valor económico de estos derechos representa ya en muchos países desarrollados entre el 6 y 7 por ciento del PNB. El mercado de la Unión Europea está muy desequilibrado a favor de la penetración americana, cuya cuota se acerca al 80% en el sector cinematográfico y la videodistribución.... Dejar en manos del actual papanatismo liberal en teoría y mangoneador en la práctica nos expone al serio riesgo de tener que pagar copyright a Microsoft para leer al Arcipreste de Hita."*

No deja de ser curioso que la Unión Europea, que defiende la *excepción cultural* frente a Estados Unidos, haya impuesto a través del instrumento de la Directiva Televisión Sin Fronteras, un sistema que sólo parcialmente reconoce la especificidad cultural de los estados miembros[964]. Sin embargo, el sistema de armonización ha dejado margen a cada

---

[961] El País de los Negocios, 12/4/98.

[962] Por la defensa del principio de *excepción cultural* en las negociaciones comerciales pendientes se pronuncian las conclusiones del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 30.

[963] **Barón Crespo, Enrique**, *"En defensa de la propiedad (intelectual)"*, El País, 20/3/98.

[964] Contradicción puesta de manifiesto por múltiples autores. Recogemos aquí la cita de **Ávila y Díaz Mier**, op. cit., p. 881, autores que acogen también las críticas más frecuentes desde posiciones liberales (*la gente quiere productos americanos y el consumidor siempre tiene la razón*) a la política proteccionista comunitaria: " *En efecto, la Unión Europea, en su búsqueda de un mercado único, tiene que perseguir. considerándolos como medidas de efecto equivalente, aquellos obstáculos a la libre circulación de mercancías y servicios que establecen los Estados en el comercio intracomunitario, mientras que es ella, en sus fronteras, quien ha de establecerlos frente a terceros países. Esa doble responsabilidad y esa contradicción de políticas es una de sus debilidades en los enfrentamientos de la UE con otras naciones, en el GATT-OMC. Resulta también clave para entender su lucha por exceptuar, o al menos dar un tratamiento específico al sector audiovisual, y no sólo por motivos ideológicos-económicos de repudio a los americanos, sino también por esa realidad estructural de partida que es la indudable situación de inferioridad europea. En ella confluyen la pequeñez y cerramiento de los mercados nacionales, la atomización de la estructura de distribución, el alejamiento de los gustos del consumidor -que quiere ver cine americano-, en gran parte provocado por los efectos perversos de la política de protección y las ayudas, j unto a la explosión de la demanda y el aumento de los costes de producción que son escasamente competitivos en mercados cada vez más globalizados. Todo ello, junto con la necesidad puesta de manifiesto de impulsar el desarrollo tecnológico tan íntimamente vinculado al sector audiovisual y*

Estado para proteger específicamente sus industrias audiovisuales, aunque las disposiciones anteriores a la Directiva hayan sido declaradas frecuentemente contrarias al derecho comunitario[965]. El art. 151 del Tratado de la Unión (art. 128 del Tratado de Maastricht) establece un aceptable equilibrio, al considerar la política cultural comunitaria como subsidiaria de las nacionales, al tiempo que reconoce la diversidad nacional y regional como parte de una herencia común.

El tercer aspecto del régimen de los programas digno de mención es el de los **derechos exclusivos**. En este caso, las limitaciones a la libertad de comercio tienen un doble fundamento: preservar la libre competencia y garantizar el derecho a la libre recepción.

En Europa, hasta los años 80, los monopolios nacionales disfrutan, como no podía ser menos, la exclusiva de los derechos de difusión de los grandes acontecimientos artísticos o deportivos, que negocian directamente con sus derecho habientes. En cuanto a los derechos internacionales, organizados cooperativamente en la Unión Europea de Radiodifusión compiten con las cadenas norteamericanas por las exclusivas o a través de la Unión disfrutan de un acceso a precios razonables. Pero con la ruptura del monopolio se desata una lucha por adquirir exclusivas, que redunda en un encarecimiento del producto. Los tres grandes ámbitos de competencia son los de las imagen de actualidad, las producciones norteamericanas y, sobre todo, el de los acontecimientos deportivos.

La Unión Europea de Radiodifusión -que, hay que recordarlo, no es ningún *trust* creado para obstaculizar la libre competencia- ha tratado de seguir ofreciendo a sus miembros (los organismos públicos) el mismo acceso a los programas audiovisuales que venía facilitando a precios razonables. Pero tanto en lo referente a imágenes de actualidad como a derechos deportivos su actuación se ha considerado por el Tribunal Europeo como contraria a la libre competencia. Así, en una sentencia que resume otros litigios semejantes, el Tribunal Europeo, en sentencia de 11 de julio de 1996, declara contraria al art. 85.3 del Tratado la excepción concedida por la Comisión para que la UER pudiera adquirir conjuntamente derechos televisivos sobre programas deportivos y el intercambio de este género de programas en el marco de Eurovisión[966]. La Comisión admitió que la

cuya potencialidad de crecimiento ha sido reiteradamente puesta de manifiesto, subyace a los intentos europeos de lograr una excepción de los tratamientos generales relativos a políticas comerciales para el sector audiovisual."

[965] Así, el R.D. Legislativo 1257/1986, que vinculaba el otorgamiento de las licencias de doblaje a la distribución de películas producidas en alguna de las lenguas españolas, recurrido en la jurisdicción contencioso-administrativa española por la Federación Nacional de Distribuidores Cinematográficos (FFEDICINE), dio lugar al planteamiento por el Tribunal Supremo de una cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo de Justicia, fallada por sentencia del 4 de mayo de 1993, en el que el Tribunal Europeo ha considerado discriminatorio este sistema, no admitiendo que los principios de libre circulación de mercancías y servicios puedan derogarse por consideraciones de política cultura, como invocaba el Estado español, teniendo en cuenta, además que la norma de protección no vinculaba la medida a la calidad de las películas. Sobre este tema y en general la excepción cultural en el derecho europeo, véase, **Hordies, Jean Paul y Maqua, Agnes**, *"L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques états membres" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 829-866.

[966] Eurovisión es la marca externa de la UER, que sirve tanto para identificar su sistema de intercambio de programas, desde el popular festival europeo de la canción, hasta los intercambios de programas de música clásica producidos por los distintos miembros, pasando por su sistema de intercambio de programas de actualidad. Esta *bolsa* de noticias audiovisuales resultó vital para el desarrollo del periodismo audiovisual europeo. Basado en la puesta en común de las imágenes servidas por los organismos nacionales sobre la actualidad de su país, en los últimos años ha tenido que hacer frente a la competencia de las grandes agencias informativas, que han entrado a saco en el terreno del periodismo

negociación y adquisición conjunta de estos derechos permitía fortalecer la situación en el mercado de los organismos públicos, a los que estaban asignadas misiones de interés general, y que redundaban en racionalización y ahorro. El Tribunal entendió que la Comisión no había justificado esta restricción a la competencia como indispensables para garantizar un interés público, como exige el art. 85.3 del Tratado[967].

Resulta obvio recordar que la cesión en exclusiva de los derechos de autor y conexos no sólo resulta legítima, sino que en nuestro derecho está expresamente contemplada en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (arts. 48-49 Texto refundido). La limitación a las exclusivas, como dijimos, encuentra su justificación en la preservación de la libre concurrencia o en el derecho a la libertad de recepción. Pero, frecuentemente, existen otros intereses detrás de este tipo de medidas. Un caso significativo se ha dado en nuestro derecho respecto a las televisiones autonómicas, cuyo acceso a las exclusivas se reguló con la finalidad de evitar una concurrencia ilimitada y tratando de reservar a RTVE las exclusivas nacionales, al tiempo que -desde criterios identitarios- se daba un trato especial a las televisiones autonómicas con lengua propia.

La Ley 46/1983 del Tercer Canal en su art. 15.1 prohibe la adquisición de exclusivas de programas que impidan su proyección (difusión o emisión serían los términos correctos) en un ámbito territorial distinto de su propia Comunidad. Se trata de una disposición con la clara finalidad de impedir que la adquisición de exclusivas impida la difusión de un programa o acontecimiento a nivel nacional, al tiempo que se intenta ordenar la concurrencia entre las distintas televisiones autonómicas y RTVE, mediante una comisión coordinadora (art. 15.2) de la adquisición de programas en el exterior. Se busca un equilibrio entre la difusión nacional mediante RTVE y la difusión en lengua propia por la respectiva televisión autonómica: si RTVE adquiere en exclusiva un programa, la televisión autonómica podrá también adquirirlo para su emisión en su lengua propia (art. 15.3). Y, en fin, el art. 16 establece la prioridad en retransmisión en directo de los acontecimientos deportivos internacionales, aunque las televisiones autonómicas, previo pago de un canon, podrá también emitirlo cuando tenga un interés específico para la Comunidad y la retransmisión se haga en lengua propia.

Pero la creación de la FORTA supuso que las televisiones autonómicas en su conjunto se convirtieran en un actor de primera magnitud en el mercado de derechos, logrando la exclusiva de la liga de fútbol, que ha compartido, mediante complejos acuerdos, con RTVE y la televisión privada de pago Canal Plus. Esta situación de hecho viene a reconocerse por el proyecto de Ley de Televisión Autonómica[968], que justamente establece un sistema inverso a la ley de 1983. Ahora, en virtud del art. 5, las televisiones autonómicas, que podrán emitir en cadena (siempre que no superen el 25% del tiempo semanal), podrán adquirir exclusivas de interés nacional, que, lógicamente, podrán emitir

audiovisual. Hoy, los intercambios de Eurovisión sirven de soporte en un porcentaje que puede superar al 50% a noticias de agencias, para cuyo acceso los organismos miembros deben de contar con los correspondientes contratos de suscripción.

[967] Ver **Muñoz Machado, S,** *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 196-198. Sobre otros casos anteriores en los que derechos exclusivos han sido declarados contrarios a la libre competencia, véase **Gay, C,**, op. cit., pp. 266 y ss.

[968] BOCG, serie A nº 98-1, 30 de diciembre de 1997.

en exclusiva en su ámbito, pero con la condición de que la emisión de ámbito nacional se ceda, en régimen de pública concurrencia, a todos los demás operadores. En la práctica, con este nuevo sistema una sola televisión autonómica -y no, como hasta ahora, todas ellas en su conjunto a través de la Federación que las agrupa- podrá adquirir exclusivas nacionales, reservarse la emisión autonómica y negociar en régimen de concurrencia la venta de los derechos de emisión en el ámbito nacional. Es esta reforma una manifestación más de que las televisiones autonómicas superan su razón de ser originaria como seña de identidad comunitaria y se convierten en unos competidores más en el complejo panorama audiovisual del final de siglo.

El problema de los derechos exclusivos se agrava con la aparición de las televisiones de pago o por abono. Anteriormente, se trataba de una competencia económica, en la que bastaba garantizar que ninguno de los competidores se aprovechara de una posición de dominio; pero, al menos en principio, los derechos del público no se veían afectados, pues su acceso a la obra audiovisual o acontecimiento a retransmitir no se encontraba limitado. El problema surge cuando la exclusiva la adquiere una televisión de pago, que por definición, limita la difusión a sus abonados y que, además, como factor diferencial de su producto, tiende a adquirir aquellos programas o retransmisiones de mayor atractivo popular. El campo de batalla ha sido en todos los países europeos el de los derechos deportivos, pues no sólo disfrutan de audiencias masivas garantizadas, sino que, además, no cabe pensar en difusiones sucesivas televisiones de pago y abiertas, porque lo que cuenta en los acontecimientos deportivos es su seguimiento en directo. Es más, puede decirse que la posesión de estas exclusivas es el verdadero motor de arranque de la televisión de pago.

El tema ya se había suscitado en 1989, en los primeros años de las televisiones de pago, en el Convenio de Televisión Transfronteriza, pero, como es lógico, desde una perspectiva internacional. Su art. 9 obliga a los Estados Parte a adoptar medidas jurídicas *"para evitar que el derecho del público a la información sea menoscabado"* por la exclusivas de un radiodifusor privara a una parte sustancial del público de otros estados a seguir un acontecimiento de gran interés. Como indica Ripol[969], no se trata de impedir las exclusivas, sino de encontrar fórmulas alternativas para que el público de los Estados Partes tengan acceso a los acontecimientos con comentarios en su lengua y conformes con su cultura y peculiaridades.

El Consejo de Europa da un paso más con la Recomendación aprobada por el Consejo de Ministros el 11 de abril de 1991 sobre el derecho a extractar con finalidad informativa los acontecimientos que sean objeto de exclusiva. La Recomendación propone la cesión gratuita de las imágenes necesarias para estos extractos[970].

El tema no se planteó en la Directiva Televisión Sin Fronteras de 1989, pero las distintas quejas ante la Comisión y los litigios en diferentes estados, terminaron por cristalizar en una Resolución del Parlamento Europeo (B4-326/96, de noviembre de 1996), adoptada por la Comisión el 3 de febrero de 1997 y que parte del principio de que los

[969] **Ripol, S.**, op cit., p. 91.

[970] Sobre la regulación de las exclusivas y derecho de extracto o crónica en los países europeos, véase **Muñoz Machado, S.**, op. cit., p. 251 y ss.

organismos comunitarios definan los acontecimientos deportivos que presentan un interés general para todos los miembros y que luego podrá ser completada por cada uno de los Estados, conforme a sus intereses. Y se sienta el principio de que estos acontecimientos deben transmitirse preferentemente por los canales gratuitos. La Directiva 97/36/CE que modifica la Directiva Televisión Sin Fronteras incluye una nueva disposición (art. 3 (a)), conforme a la cual los Estados miembros notificarán a la Comisión las medidas que tomen o se propongan tomar respecto a la explotación de las exclusivas sobre aquellos acontecimientos de importancia principal para la sociedad, de modo que no se prive a una parte sustancial del público de la posibilidad de seguir tales acontecimientos en directo o en diferido a través de modalidades gratuitas de televisión. En tal caso, el Estado establecerá una lista de estos acontecimientos, elaborada transparentemente y en la que se establezca si tales acontecimientos son susceptibles de cobertura total o parcial en directo, o si razones objetivos de interés público justifican su emisión en diferido. La Comisión solicitará del llamado Comité de Contacto, previsto en el art. 23 a), si las medidas son conformes con el derecho comunitario y en tal caso la norma nacional será publicada en el Diario Oficial de la Comunidad[971].

En España la cuestión ha sido objeto de enconada polémica, pues los derechos exclusivos sobre las retransmisiones de la liga de fútbol han sido la moneda de cambio de encontrados intereses: tanto como punto de arranque de la televisión de pago, como medio para resolver diferencias entre los grupos multimedia, como, en fin, instrumento para apoya o atacar a un determinado grupo de comunicación en función de los diferentes intereses políticos.

De toda la evolución quizá el dato más positivo es el inequívoco reconocimiento por parte de los tribunales (Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid) de que el derecho a la información no puede ser anulado o limitado en función de los derechos de exclusiva: así podrá accederse libremente a los estadios para captar las imágenes necesarias para informar de los encuentros.

La Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, intenta pone orden en este espinoso terreno. Si en conjunto sus medidas son razonables, adolece de excesiva minuciosidad (con el añadido de una farragosa redacción) que hace sospechar que además de soluciones generales se buscan medidas concretas que puedan influir sobre las pugnas comerciales y de poder en torno al lanzamiento de dos iniciativas distintas de televisión digital por satélite de pago.

Comienza la ley en su Exposición de Motivos por invocar el mandato del art. 9.2 CE a los poderes públicos de remover los obstáculos al ejercicio de los derechos fundamentales. *"En esta línea* -sigue la Exposición de Motivos-*, la importancia social de las retransmisiones audiovisuales de los acontecimientos deportivos de especial relevancia dota a los mismos de un indudable interés público, que exige garantizar, sobre apoyos constitucionales explícitos, los legítimos derechos de los consumidores a acceder a las citadas retransmisiones, así como la eficaz protección de los diversos intereses deportivos*

[971] Por el momento ha cumplido esta disposición Dinamarca, cuya Orden 809 de 19 de noviembre de 1998, una vez cumplido el procedimiento descrito, ha sido publicado en Diario Oficial de 19 de enero de 1999.

y mercantiles afectado". Los apoyos invocados no son pocos: el derecho de la información del art. 20. 1d); la defensa de la libre concurrencia exigida por el art. 38 CE; la defensa de los consumidores (arts, 51.1 y 53.3); la citada resolución del Parlamento Europeo...

Permítaseme un toque de escepticismo. Que los acontecimientos deportivos son un objeto más del derecho a la información está fuera de duda. Pero que sea justamente el deporte, por no decir directamente el fútbol, el que provoque una intervención pública de tal calibre, invocando el interés general, no deja de ser chusco. ¿Por qué no declarar, por ejemplo, la ópera, de *interés general* y someter la retransmisión de las representaciones a un régimen de intervención semejante?. Lo que se pretende con esta norma y con sus semejantes europeas es proteger el interés del público no el interés público. Porque interés público -sea cual sea el interés que el público muestre- es el fomento de la cultura, la participación en los medios de comunicación, los programas que sirven para superar las desigualdades que pesan sobre determinados sectores, la promoción del debate público y otros programas semejantes. Pero el deporte, el fútbol, por mucho interés que el público tenga en él no tiene más interés público que ser un elemento de definición tribal, el más fuerte signo de identidad en un momento de disolución de las culturas nacionales, y una válvula de escape de las tensiones sociales, y, desde luego, un gigantesco negocio... *Panem et circensis...*

Hecha esta salvedad, analicemos el contenido concreto de la norma. Aunque el art. 1 de la Ley 21/97 declara que el ámbito de la norma son las competiciones o acontecimientos deportivos de especial relevancia y trascendencia social, de entre los oficiales que correspondan a las selecciones nacionales de España, en realidad hay que distinguir distintos tipos de situaciones:

A) **Extractos**: todos los acontecimientos deportivos estará sujetos al derecho a la información y, en consecuencia, habrá de facilitarse el acceso de los medios de comunicación a los recintos deportivos y la toma de imágenes gratuitamente para la emisión de extractos que no podrán superar los tres minutos.

B) **Programas deportivos especializados**: esta manifestación del derecho a la información deportiva supone contraprestación económica para los titulares de los derechos (clubes, sociedades deportivas, programadores u operadores) y requiere el previo acuerdo entre las partes. La norma llega a precisar (art. 3.3) que la contraprestación estará en función del tiempo total emitido, de la franja horaria de emisión, importancia del acontecimiento, cobertura territorial de la emisión y en su caso el coste de adquisición de los derechos... criterios todos ellos bastante obvios y prescindibles, pues en la práctica serán las condiciones del mercado y la autonomía de las partes las que establezcan el precio.

C) **Acontecimientos deportivos declarados de interés general** por el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas (órgano de representación de las distintas instancias deportivas, de los medios de comunicación y de las instituciones representativas de los consumidores)[972]: acontecimientos de

[972] El R. D. 991/1998, de 22 de mayo, crea el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas. Su competencia más importante es aprobar el catálogo de competiciones y acontecimientos deportivos de interés general. Su composición

especial relevancia y trascendencia social, periódicos, pero no frecuentes, atractivos para la audiencia, importantes en el ámbito deportivo nacional, con tradición... deberán retransmitirse en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado. Los operadores que carezcan de cobertura nacional podrán adquirir los derechos exclusivos de estos acontecimientos, pero cediendo su emisión nacional en régimen de pública concurrencia. Los operadores en lengua propia podrán retransmitirlos en su ámbito de cobertura

D) Acontecimientos declarados de interés general por las Comunidades Autónomas: deberán emitirse en directo y en abierto en este ámbito.

E) Partidos de Liga y Copa: la ley declara de interés general uno por jornada, que deberá ser retransmitido en directo, en abierto y para todo el territorio del Estado, siempre que haya algún operador o programador interesado. Los operadores o programadores en abierto tendrán derecho preferente de elección sobre los que emitan en otros sistemas.

La Ley remite el derecho a la información deportiva a la protección jurisdiccional de la Ley 62/78 y al arbitraje del Tribunal de Defensa de la Competencia los conflictos derivados de la aplicación de esta ley[973].

Por su parte, la Ley 22/1999, de 7 de junio, de transposición de la reforma de la Directiva Televisión Sin Fronteras incorpora una disposición transitoria semejante a la ya incluida en el Convenio de Televisión Transfronteriza. Ningún operador de televisión podrá ejercer los derechos exclusivos que haya adquirido a 30 de julio de 1997 de manera que restrinja los derechos de una parte sustancial del público de otro Estado miembro de la Unión Europea a su libre acceso, cuando hayan sido considerados de interés general en dicho Estado. Según la disp. transitoria, el incumplimiento de esta obligación no será objeto de sanción para aquellos derechos adquiridos entre el 30 de julio de 1997 y el 9 de junio de 1999[974], cuando el operador demuestre que no tiene capacidad para emitir en

permite un control directo por parte del Gobierno. El Consejo se constituyó el 29 de junio de 1998. Véase El País, 30/6/98.

[973] Ya con anterioridad el Tribunal de Defensa de la Competencia había emitido una resolución sobre esta materia de especial importancia, la de 10 de junio de 1993 en el caso Antena 3-Tele 5 contra la Liga de Fútbol, FORTA y Canal Plus. El Tribunal considera la existencia de acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia consistente en distintos acuerdos suscritos entre la Liga Profesional y las televisiones autonómicas, por un lado;, la Liga y Canal Plus, por otro, así como entre los anteriores, y, por último, entre las televisiones autonómicas y Televisión Española para la cesión de retransmisión de partidos de fútbol de la Liga española y resúmenes de dichos partidos. Según la Resolución, dichos acuerdos restringen la competencia en la medida en que han impedido a las restantes cadenas de televisión poder competir por la adjudicación del contrato y, asimismo, considera que la Liga Nacional de Fútbol Profesional ha abusado de su posición del dominio en el mercado al excluir del acceso a las imágenes de fútbol a las televisiones privadas no participantes en el esquema, así como a cualquier otro eventual operador en el mercado en el futuro. El Tribunal impone a la Liga Nacional de Fútbol una multa de 147.500.000 pesetas y obliga a las televisiones autonómicas que permitan el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas a todos los operadores que lo deseen, mediante remuneración. Se trata de un típico supuesto en el que, ante la liberalización de un mercado, el operador que tiene una posición de dominio trata de imponer condiciones discriminatorias que supongan un mayor beneficio, en detrimento de la competencia. Igualmente es importante la Resolución de 12 de septiembre de 1994 sobre la retransmisión de fútbol extranjero. Véase **Baños. J. M.**, op. cit. pp. 750-751.

[974] Periodo entre la entrada en vigor de la Directiva 97/36/CE y la entrada en vigor de la propia Ley.

abierto y que ha realizado los esfuerzos necesarios para cumplir esta obligación por medios indirectos, sin que ningún operador haya aceptado su oferta.

Como se ve, el panorama de la regulación de los derechos exclusivos es complicado, como corresponde a una situación en la que la pugna por su adquisición es manifestación de la lucha a muerte por la consolidación de grandes grupos multimedia, que aún en el caso de tener un ámbito nacional, se encuentran vinculados a empresas multinacionales.

En resumen, hasta aquí el régimen de los programas ha estado preferentemente centrado en sus efectos nocivos (protección de la infancia) y en su trascendencia económica (protección de la industria audiovisual y regulación de los derechos exclusivos); pero nada, o muy poco, han sido considerados los programas como el objeto de difundir y recibir informaciones, ideas y opiniones.

3.7. El régimen de los sistemas de transmisión

En este mismo capítulo (3.2, 3.3) hemos analizado la liberalización de los sistemas de transmisión como parte del proceso más general de liberalización de las telecomunicaciones. En nuestro país tal proceso ha dado lugar a la Ley General de Telecomunicaciones, a la que ya hicimos referencia. También hemos estudiado las normas específicas sobre medios de transmisión, como el satélite y el cable y el régimen del dominio público radioeléctrico. En este apartado analizaremos las peculiaridades de los distintos sistemas de transmisión y sus consecuencias jurídicas, con especial atención a los substanciales cambios que va a suponer la transmisión digital.

La transmisión es el último eslabón de la difusión. Es el equivalente a la distribución[975] en los medios editados y supone poner a disposición efectiva del público el mensaje audiovisual. Una primera distinción puede hacerse en cuanto a los sistemas de transmisión[976]: **transmisión por ondas y transmisión por cable**.

La transmisión por ondas supone la ordenación internacional del espectro radioeléctrico[977] y ésta es ya una decisiva diferencia con respecto a los sistemas de transmisión por cable. La asignación de bandas de frecuencias a los distintos servicios de radiocomunicación corresponde a las Conferencias Administrativas Mundiales de Radiocomunicación[978] y a las Conferencias Administrativas Regionales. Cada Estado debe notificar a la Unión Internacional de Telecomunicaciones sus necesidades de frecuencias y de recursos órbita-espectro y la Unión, a la vista de las ya asignadas anteriormente y las solicitudes de los distintos Estados, realiza la asignación y la inscripción en el registro internacional de frecuencias[979]. Esta tarea fue coordinada por la Junta Internacional de Reparto de Frecuencias (IFRB). El IFRB se encargaba de efectuar la inscripción metódica de las asignaciones de frecuencias hechas por los diferentes países, a fin de obtener su reconocimiento internacional oficial. La fecha de inscripción determina el derecho preferente sobre la utilización de la frecuencia ocupada. El IFRB intervenía a petición de los Estados parte en los procesos por interferencias, causados por frecuencias no registradas, realizando recomendaciones para resolver el problema[980].

---

[975] La distribución ha condicionado tradicionalmente la rentabilidad e independencia de la prensa. De una eficaz distribución, que pueda competir con las grandes distribuidoras norteamericanas, depende supervivencia de la industria audiovisual europea. Véase Informe del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 15.

[976] En el Derecho de las Telecomunicaciones se denomina a los sistemas de transmisión *servicios portadores* y a los contenidos a través de ellos transmitidos *servicios de difusión*. Así, por ejemplo, en la disp. adicional novena o en la disp. transitoria séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

[977] Para **Sánchez Blanco, Miguel**, *"La regulación del uso del espectro radioeléctrico" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 796 *"... el espectro radioeléctrico puede ser definido como aquella parte del espectro electromagnético que abarca desde los 9 kilohertizios hasta los 3.000 Gigahertzios y cuya utilización para aplicaciones de radiocomunicaciones está regulada por los Acuerdos Internacionales, celebrados en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones".*

[978] Nos encontramos en vísperas de una decisiva Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones, a celebrar el año 2.000.

[979] Ibídem, p. 797.

[980] **Gay, C.**, op. cit., pp. 59-60. La Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT, celebrada en Ginebra en 1992, reformó la estructura de la organización, creándose dos nuevos organismos de carácter no permanente, la Ofician de

La ordenación internacional del espectro se complementa con la realizada a nivel nacional. Cada Estado es responsable de las emisiones realizadas desde su territorio. En el marco de los acuerdos internacionales y las frecuencias internacionalmente atribuidas, la ordenación empieza por la asignación de frecuencias entre los distintos servicios[981], y sigue por la planificación de los mismos, mediante los correspondientes Planes Técnicos.

En el caso de los satélites, la ordenación internacional parte de considerar las frecuencias y órbitas de los satélites geoestacionarios como recursos naturales limitados, que deben ser planificados eficazmente para permitir a todos los países o grupos de países el acceso a este sistema de transmisión, según sus necesidades y los medios técnicos de que puedan disponer (art. 33 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones). De esta manera, en aras del principio de igualdad se abandona el criterio anterior de atribución de las frecuencias, el *derecho de prioridad*, según el cual la fecha de inscripción por un Estado le otorga un derecho preferente sobre las frecuencias efectivamente utilizadas[982]. Es ésta la mayor peculiaridad de la ordenación internacional de los satélites de comunicaciones.

Ya vimos en el primer capítulo, al ocuparnos de la dimensión universal del derecho a la información, como la oposición de Estados Unidos y los países de la Europa occidental han convertido en papel mojado declaraciones como las de la UNESCO de 15 de noviembre de 1972 o la más reciente de la Asamblea General de la ONU de 10 de diciembre de 1992[983], que exigían el consentimiento previo del Estado receptor o partían del principio de hacer coincidir, en lo posible, la zona de cobertura del satélite con los límites de la soberanía del Estado responsable del mismo[984]. Y es, sin embargo, en el ámbito europeo, paradójicamente, donde encuentra aplicación práctica el principio de responsabilidad del Estado emisor, a través de la armonización de la Directiva Televisión Sin Fronteras[985] y el Tratado de Televisión Transfronteriza, y, justamente, para lograr la libre circulación de los programas en todos los países comunitarios.

Radiocomunicaciones y la Junta del Reglamento de Radiocomunicaciones, que han absorbido la mayor parte de las competencias de la IFRB.

[981] Así, el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias aprobado por Orden Ministerial de 29 de julio de 1996 (BOE 9/8/96).

[982] **Gay, C.**, op. cit., p. 64. **Carreras, L. de**, op. cit. p. 204.

[983] **Gay, C.**, op. cit., p. 53.

[984] La Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones de 1977 (CAMR 77) planificó las frecuencias destinadas a los servicios de radiodifusión directa por satélite para las zonas I y III (Europa, Africa, Asia, Australia y Oceanía) con el fin de lograr zonas de cobertura nacional, de modo que la asignación de frecuencias sólo se protegía dentro de los límites nacionales y los Estados se comprometían a adoptar las medidas técnicas necesarias para evitar los llamados *desbordamientos* a otros territorios nacionales. Y ello a pesar de que ya en 1977 este objetivo era difícil de conseguir, dada la forma elíptica del haz de emisión. Los desarrollos técnicos ulteriores, con satélites de mayor potencia de emisión y la consiguiente reducción del tamaño de las antenas receptoras, convirtió a los satélites de difusión directa en medio privilegiado para la difusión internacional de programas. Véase el Libro Verde *Télévision Sans Frontières*, op. cit., p. 13.

[985] Art. 2 Directiva 89/552/CEE: *"1. Cada Estado miembro velará para que todas las emisiones de radiodifusión televisiva transmitidas: ... o por organismos de radiodifusión que utilicen una frecuencia o la capacidad de un satélite concedida por dicho Estado miembro o por un enlace conectado con un satélite y situado en dicho Estado miembro, que no dependan de la competencia de ningún Estado miembro... se ajusten al derecho aplicable a las emisiones destinadas al*

La ordenación internacional y la necesidad de regulación nacional del espectro radioeléctrico son elementos diferenciales con respecto al régimen del cable. Así, en España, si hasta la Ley General de Telecomunicaciones cualquier utilización del dominio público radioeléctrico requería de concesión, ahora resulta necesaria licencia individual, que podrá adoptar la forma de concesión o autorización administrativa (art. 62, p. 5º LGT), pero en este último caso sólo cuando la afectación se realice para redes privadas y exista información que acredite que la oferta supera a las solicitudes (art. 63.2 LGT). Y aunque se encuentran liberalizados los sistemas portadores mediante satélite (no así el llamado *segmento espacial* reservado al Estado y explotado actualmente en régimen de gestión indirecta por la sociedad HISPASAT) no lo están los sistemas de difusión de programas de televisión.

Los satélites de difusión directa plantean desde mediados de los ochenta un fenómeno nuevo: la multiplicación de los canales. Frente al muy restringido número de canales de cobertura nacional (menos limitado en el ámbito local) de la televisión terrena, cada satélite de difusión directa ofrece, aun en el sistema analógico, varias decenas de canales de cobertura internacional. El fenómeno supera ya la simple ordenación internacional de las órbitas y frecuencias y exige la armonización de los programas en el ámbito europeo para que los programas puedan circular sin trabas estatales. Además, esta primera proliferación de canales propicia el desarrollo de formas de televisión de pago.

Frente a la necesidad de una compleja ordenación internacional y nacional de la transmisión por ondas, la transmisión por cable es, aparentemente, un fenómeno mucho más simple, que no requiere de una ordenación internacional y que en el plano interno no está sometido a las limitaciones cuantitativas de las ondas hertzianas. Los sistemas de cable se desarrollan en la Europa central desde los años sesenta, sobre todo en Bélgica y en zonas fronterizas, para mejorar la calidad de recepción y facilitar la difusión de las emisiones de los países vecinos. El número de canales no superaba la docena. Estos sistemas de cable, a veces sometidos a una simple licencia municipal y al respeto de reglamentos técnicos, supusieron la primera ruptura del *monopolio natural* de la radiodifusión.

La introducción de las redes de fibra óptica en los años ochenta cambia el panorama. El cable sigue siendo un medio de transmisión de programas de radiodifusión, pero se convierte, antes que nada, en un sistema de telecomunicaciones, ideal como soporte de los nuevos servicios de valor añadido; al tiempo, los nuevos sistemas multiplican el número de canales para la transmisión de programas de radio y televisión y permiten formas de interactividad. Su nuevo impulso corresponde en muchos países a los organismos públicos de telecomunicaciones y su régimen será el de la de las telecomunicaciones y como tal se verá sujeto al proceso de liberalización de finales de los ochenta.

Paso previo a su total liberalización, la Directiva 90/387 ya estableció el principio de apertura de la redes públicas en condiciones objetivas a todos los suministradores de

público en ese Estado miembro." La Directiva 97/36/CE refuerza el criterio de lugar de establecimiento para determinar la jurisdicción y responsabilidad de los Estados.

servicios, garantizándose la igualdad de acceso[986]. Pero, además, el cable se convierte en muchos lugares en un monopolio de transmisión *de facto*, lo que requiere una ordenación del acceso a la red de los programadores. Y, en fin, en la última fase, la liberalización exige una protección de la competencia (con discriminaciones a favor de los nuevos operadores, frente a la posición dominante de los antiguos operadores públicos) y la regulación del cable como un medio más de distribución de los nuevos servicios liberalizados[987].

El caso de Alemania[988] es el más significativo. Hasta comienzos de los ochenta los canales públicos se transmiten mediante emisoras terrestres. Entonces el organismo público de telecomunicaciones (*Deutsche Bundespost*, hoy, ya empresa privada, *Deutsche Telekom AG*) puso en marcha un programa de desarrollo del cable, que ha llevado este sistema a la mitad de los hogares, más de 16 millones de familias. El acceso a cinco millones de estos usuarios está directamente controlado por *Deutsche Telekom*; en otros 11 millones, la antigua empresa pública sirve la red básica, correspondiendo la conexión a los hogares a empresas privadas[989]; y, en fin, otros 2 a 4 millones de hogares reciben el servicio a través de redes completamente privadas. En esta situación, sin el acceso a la red de *Deutsche Telekom*, ningún canal puede lograr la rentabilidad publicitaria. De esta manera, con una capacidad de 30-31 canales trasmitidos analógicamente, al menos 45 canales o programadores (alemanes y extranjeros) aspiran a acceder a la red. Como se ve, la regulación del acceso es un imperativo, que en el caso alemán corre a cargo de las autoridades independientes de los distintos Länder.

Desde un punto de vista técnico y económico satélite y cable compiten. A las mayores prestaciones del cable -interactividad, servicio portador de servicio de telecomunicaciones, capacidad para servir al desarrollo local[990] corresponden enormes costes de infraestructuras[991]; el satélite, en cambio ofrece una excelente capacidad para transmitir las señales al coste más competitivo, pero menos posibilidades de interactividad. No es extraña, en consecuencia, la mayor penetración del satélite, salvo en casos como el de Alemania donde la introducción del cable se hizo gracias a un programa de ingentes

---

[986] Esta apertura se concreta en lo que la Directiva denomina *Oferta de Red Abierta*, esto es, el conjunto de condiciones que garantizan un acceso abierto y eficaz a las redes públicas de telecomunicaciones y, en su caso a los servicios públicos de telecomunicaciones, así como la utilización eficaz de dichas redes y servicios. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit., p. 80.

[987] La Directiva 95/51/CE elimina las restricciones al uso de las redes de cable para la difusión de servicios de telecomunicaciones. En España, las redes de cable pueden prestar servicios de valor añadido y servicios portadores, servicios finales (incluido el servicio telefónico básico), tras la modificación del art. 9.1 e) de la Ley 42/1995 por la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones (art. 3.5).

[988] Véase **Schwarz, M**, op. cit. p. 490 y ss.; también **Heublein, Ralf**, *"The future of cable television in Germany" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1105-1113.

[989] El Reglamento español (art. 43.4) distingue dentro de la *red de acceso*, la *red troncal* (desde la cabecera hasta los puntos de distribución final) y la *red de distribución final* (desde los puntos de distribución hasta los puntos de terminación).

[990] **Roger Rull, Mariona**, *"Desarrollo de las telecomunicaciones por cable en España" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1079-1080. La autora subraya como el cable no sólo puede dar cobertura a necesidades informativas locales, sino también a un conjunto de prestaciones al servicio del desarrollo local.

[991] En España se estima que el coste de infraestructura por abonado supera las 60.000 pts. La tecnología de microondas (MMDS) puede servir para extender estas redes a pequeñas localidades. Ver **Sanz Caja, V.**, op. cit., p 1071.

inversiones públicas[992]. Pero satélite y cable son complementarios: la transmisión por satélite *alimenta* frecuentemente las cabeceras de las redes de cable. Satélites, redes de cable, redes de transmisión terrestre y otros sistemas como los de transmisión mediante microondas o por cable telefónico (todavía en desarrollo tecnológico)[993]. conforman -o llevan camino de ello- una red virtual única que integra a los distintos servicios portadores de radio y televisión. Llegará un momento en que los usuarios recibirán programas y servicios ignorando prácticamente el sistema de transmisión, aunque, eso sí, pagando a un determinado proveedor. Y es que esta gran red única será básicamente de pago, con las consecuencias que ello comporta, y de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

En tanto se llega a la red global ya se está produciendo el fenómeno de la convergencia entre telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnología de la información: no sólo se aproximan los dispositivos de consumo (como el teléfono, la televisión o el ordenador personal), sino, que, sobre todo, mensajes y servicios esencialmente similares pueden ser transportados indistintamente por distintas plataformas o redes[994].

En un sistema plenamente liberalizado y más aún si la competencia se restringe, esta red o conjunto de redes ha de ser una red abierta, con sistemas objetivos de acceso transparente y no discriminatorio para todos los sujetos emisores o programadores[995]. La liberalización no excluye el sometimiento a licencia de los distintos operadores que actúan con distintas funciones en esa red global, desde la producción de contenidos hasta la distribución al público. El *Libro Verde de la Convergencia*[996] propone un conjunto de principios comunes a nivel comunitario respecto al otorgamiento de las licencias:

- *"Las autoridades encargadas de la concesión de licencias deben ser independientes de los agentes del sector. "*
- *"Los procedimientos deben ser transparentes y no discriminatorios, contar con plazos definidos y desembocar en decisiones recurribles. "*

---

[992] En España, según un estudio del Instituto DYM, encargado por la sociedad propietaria del sistema de satélites ASTRA, en 1997 1.300.000 hogares recibían emisiones por satélite, de las cuales un 86% a través de ASTRA. Las redes de cabe empiezan a desarrollarse, una vez delimitadas las demarcaciones y fallados buena parte de los concursos.

[993] Véase sobre las distintas posibilidades de transmisión **Aznar Taberner, José**, *"Los servicios portadores de televisión en un mercado competitivo" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 1151-1166, especialmente esquema p. 1156.

[994] Véase el *Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre las consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623 , versión 3, ap. I.1. En la presentación del Libro Verde, la Comisión identifica entre los servicios especialmente propicios a la convergencia los siguientes: el acceso a los servicios de Internet a través de un televisor; el acceso al correo electrónico y a Internet mediante descodificadores de televisión y a través de telefonía móvil; la difusión de programas de radio y televisión por medio de Internet; el servicio de telefonía vocal a través de Internet. Subraya la Comisión las oportunidades que ofrece el bajo coste de la presencia en Internet.

[995] En las redes de telecomunicaciones se distingue entre *common carrier* (el titular de la red debe transportar servicios de cualquier solicitante si cumple las especificaciones técnicas y tarifarias), *contract carrier* (se requiere acuerdo previo) y *private carrier* (cuando la red se utiliza exclusivamente para la distribución de servicios del propio titular). Cabe también que el acceso se haga prorrateando las posibilidades entre los distintos solicitantes o por el orden de solicitud. **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. II Las telecomunicaciones*, op. cit., p. 231.

[996] Op. cit. , ap. IV.2.2

- *"Las tasas asociadas a las licencias deben guardar proporción con el nivel de esfuerzo necesario para la gestión del proceso de gestión de las licencias y no deben constituir un impuesto discriminatorio sobre los beneficios esperados."*
- *"A pesar del principio precedente, en el caso de licencias relativas a radiofrecuencias, las tasas podrán situarse a un nivel que fomente el uso eficiente de los recursos atribuidos."*

Vale la pena que volvamos a algunos aspectos de la regulación del cable en España, en cuanto que las redes de cable son el anticipo, a nivel local, de esa red universal[997]. Hay que advertir que se parte en la Ley 42/1995 de la declaración de servicio público y de la limitación del número de operadores competidores a dos: un concesionario a seleccionar por concurso y una sociedad en la que participe Telefónica de España con más del 50%, en aquellas demarcaciones en que Telefónica opte por prestar el servicio[998]. Ambos hechos sin duda condicionan las disposiciones a las que nos vamos a referir, pero no pueden considerarse determinantes, pues obligaciones semejantes se dan en otros derechos nacionales, en los que la actividad, ni es servicio público, ni existen estas peculiares limitaciones a la competencia, con la única condición de que el operador tenga el carácter de dominante en el respectivo ámbito. Además, la Ley General de Telecomunicaciones, como vimos, operó una *despublificación* general de los servicios de telecomunicaciones...

Los habilitados -no usamos ya el término concesionarios, pues la actividad no es servicio público, aunque su selección se realice por concurso[999]- podrán prestar el servicio en la correspondiente demarcación construyendo su propia red o utilizando redes o infraestructuras ya existentes (art. 7 L. 42/95)[1000] y están redes podrán interconectarse (art. 8). En cuanto a las prestaciones mínimas de una red de cable, conforme al art. 44 del Reglamento, deberán al menos suministrar servicios de televisión analógica y ser capaces, con la inclusión del equipamiento correspondiente, pero sin realizar modificaciones sustanciales, de proporcionar servicios avanzados, como los de televisión digital, vídeo

[997] Según **Cremades García, Javier**, *"El derecho de las telecomunicaciones en Europa y en España" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 34, en 1997 más de 70 millones de hogares europeos disponían de la infraestructura necesaria (coaxial o de fibra óptica) para recibir los servicios del cable. En Estados Unidos los abonados son 56 millones, lo que supone un 70% de penetración.

[998] El Preámbulo de la Ley 42/95 justifica la especial situación de Telefónica, habilitada para prestar el servicio en aquellas demarcaciones que desee, en la necesidad de respetar el contrato de la compañía con el Estado. Pero dada su ventajosa posición de partida (Telefónica tendrá la consideración transitoria de operador dominante en las demarcaciones en las que obtenga título habilitante, conforme la disp. transitoria 3ª del Reglamento) se retrasa el comienzo de sus actividades hasta 16 meses después de la resolución del correspondiente concurso, plazo que podrá ser extendido hasta los 24 meses por el Gobierno, a propuesta de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aunque también podrá reducirse este plazo en beneficio de la competencia (disp. adicional 2ª de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, en los términos establecidos por la Ley 12/97 de Liberalización de las Telecomunicaciones y posteriormente por la Ley General de Telecomunicaciones).

[999] La disp. transitoria primera, 6, establece el procedimiento de transformación de los títulos habilitantes otorgados al amparo de la Ley 42/95 y su Reglamento.

[1000] A este respecto tienen una especial importancia las infraestructuras de telecomunicaciones de las empresas eléctricas, que cuenta con 8.600 kms. de cable de fibra óptica y 7.700 kms. de enlaces de microondas, valoradas en 50.000 millones de pesetas, según **Fernández Plasencia, Santiago**, *"La utilización de las infraestructuras del sistema eléctrico para servicios de telecomunicaciones y de televisión" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1167-1168. De hecho, las empresas eléctricas y otros suministradoras de servicios como el Canal de Isabel II participan en las empresas constituidas para optar a títulos habilitantes de redes de cable.

bajo demanda, vídeo a la carta, servicios multimedia interactivos y servicios de comunicaciones de datos de carácter bidireccional[1001]

El servicio deberá de prestarse de acuerdo con los principios de *neutralidad, transparencia y no discriminación* (art. 11.1 c) L. 42/95 y art. 31 del Reglamento, R.D 2066/96)[1002]. Ello significa que tanto debe garantizarse estas condiciones a los posibles usuarios, como dar las mismas oportunidades a aquellos prestadores de servicios que pudieran estar interesados en utilizar la red, como, y esto es lo que más nos interesa, a los programadores en condiciones de distribuir su programas a través del sistema. Aparece, así, la nueva figura del *programador independiente* (art. 10 L. 42/95), personas físicas o jurídicas propietarios de programas audiovisuales o de datos susceptibles de ser transmitidos, sobre el que el titular de la red no puede tener una influencia relevante[1003] y al que se reserva el 40% de la programación del conjunto de los canales trasmitidos por la red[1004], manifestación del pluralismo en el seno del propio sistema[1005]. El cómputo de este 40% se hará sobre el conjunto de los canales ofertados (art. 38. 2 a) del Reglamento), lo que reafirma que el programador independiente suministra Programaciones y no simples programas aislados. La carga de la prueba de que no existe oferta suficiente de estas Programaciones recaerá en el operador de la red (Art. 38.2 c) del Reglamento).

Además, a través de la red se deberán distribuir[1006] los canales nacionales de Televisión Española y de las concesionarias de la Ley de la Televisión Privada, los

---

[1001] El art. 45 del Reglamento admite la existencia de redes analógicas y digitales. Pero todas ellas deberán soportar servicios interactivos, proporcionar un canal de retorno y permitir el flujo de señal desde el usuario hacia el proveedor del servicio. Véase **Fernández, Lionel D.**, *"La regulación de redes y servicios multimedia" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 921-922.

[1002] Principio reiterado con carácter general para todas las redes de telecomunicaciones por la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo artículo 24 establece el acceso a las redes de los operadores dominantes, tanto de usuarios como de prestadores de servicios, en condiciones objetivas, trasparentes y no discriminatorias.

[1003] La denominación de *programación independiente* puede inducir a pensar que se trata exclusivamente de pequeñas empresas, dedicadas a elaborar una programación diferenciada, pero, en realidad, conforme a la ley puede ser considerado *programador independiente respecto al titular de la red* una empresa de producción, programación y emisión, una de las clásicas cadenas generalistas, con tal de que sea independiente en términos económicos de la empresa prestadora del servicio de cable. Así, puede pensarse supuestos donde la dimensión económica de la empresa suministradora de los programas sea mucho más importante que la de la empresa que los va a transmitir a través del cable.

[1004] Tanto la Ley como el Reglamento se remiten a las normas que aprueben las Comunidades Autónomas para la concreción de esta obligación. Así, cabe citar la Ley de 5 de julio de 1995 de Generalidad de Cataluña, sobre la programación audiovisual distribuida por cable.

[1005] Véase **Quadra Salcedo, T.**, **Quadra Salcedo, T.**, *"Los programadores independientes y el estatuto de la empresa audiovisual" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 782. Para el autor *"... el programador independiente gestiona un auténtico 'canal' de televisión, aunque se trate de un canal que se transmite por cable y no por ondas hertzianas, como hasta era lo habitual".* Estamos de acuerdo en que programador es que emite una programación completa en un horario determinado, pero este horario no tiene porque ser de 24 horas y, por tanto, un solo canal del sistema puede acoger varias Programaciones. Sobre la distinción entre canal y Programación volveremos en el capítulo siguiente.

[1006] La imposición de la distribución de terminados canales o servicios es lo que se conoce por obligaciones *must carry.* Para **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 233, estas normas tienen su origen en Estados Unidos, donde se establecieron para compensar la merma sufrida por las grandes cadenas como consecuencia de la proliferación de las redes de cable. Más allá de esta razón interesada en mantener el equilibrio del mercado, las normas de transporte obligatorio son una manifestación del deseo de mantener la vinculación de todos los espectadores con las cadenas de referencia nacionales y autonómicas y, por tanto, con unos signos de identidad. En Estados Unidos,

servicios gestionados por la Comunidades Autónomas y los servicios de televisión local del correspondiente municipio, siempre que, en este último caso, lo soliciten los abonados respectivos (art. 11. 1 e), f) y g) Ley 42/95)[1007]. En cuanto a las limitaciones a la publicidad y al patrocinio, establecidos en la Ley 25/94, sólo serán aplicables a aquellos programas que se distribuyan por una red o redes interconectadas que superen el 50% de los hogares abonados en la respectiva Comunidad Autónoma o el 25% a nivel nacional (art. 12.1 L.42/95). En cambio, los programas de televisión y el resto de los servicios ofertados, sea cual sea su ámbito de cobertura, que pudieran atentar contra las normas de protección a la infancia y juventud deberán ofrecerse a los abonados de forma independiente, (art. 12.2 L42/95): esto es, deberán contratarse de forma independiente y no podrán formar parte del paquete básico de contratación (art. 41, 1 y 2 del Reglamento). Una vez transcurridos cinco años desde la aprobación de la ley (esto es, a partir del 24 de diciembre del 2.000) el Gobierno podrá establecer obligaciones de servicio público, cuya financiación correrá a cargo de los operadores (disp. ad. 4ª de la Ley 42/95 y del Reglamento).

El cable es vehículo privilegiado para la transmisión de los nuevos servicios interactivos, tengan o no contenido informativo (en un sentido amplio). Y así, el Reglamento (art. 42) nos facilita una serie de definiciones clave para entender la gama de nuevas posibilidades[1008] de este sistema de transmisión, gracias a su ancho de banda y la existencia de un canal de retorno (que no existe en el satélite)[1009]

> ***Servicio de vídeo bajo demanda****: "es un servicio que consiste en la distribución de un programa audiovisual en que el usuario final interactúa con la red para seleccionar el programa deseado y el momento del suministro."*[1010]
>
> ***Servicio de vídeo a la carta****: "es un servicio que consiste en la difusión de programas audiovisuales en el que el usuario final interactúa con la red para acceder al programa deseado, que le es suministrado en un momento prefijado por la red."*[1011]

Estos dos nuevos servicios entrarían en la categoría de servicios interactivos, que son definidos por el Reglamento en los siguientes términos:

---

estas normas y, sobre todo, las que imponen el acceso a programadores independientes, que obligan a las redes de cable con más de 3.500 abonados, han sido frecuentemente impugnadas por los tribunales, que en ocasiones las han considerado contrarias a la Primera Enmienda, como una limitación injustificable a las prerrogativas editoriales del propietario-editor.

[1007] No será suficiente que lo reclamen los titulares de estas televisiones locales para que se logre el acceso a la red. La palabra la tendrán los abonados, que podrán reclamar unos u otros servicios locales.

[1008] Sobre estos nuevos servicios, véase **Álvarez Monzoncillo, José María**, *"La producción audiovisual y las nuevas formas de consumo audiovisual" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 931-941, especialmente el cuadro comparativo de la p. 934.

[1009] Estos nuevos servicios, en especial los servicios de vídeo, son comunes a las distintas formas de transmisión digital.

[1010] La definición corresponde a lo que se ha dado en llamar internacionalmente *Video on demand (VOD).* El espectador puede elegir el momento exacto en el que desea ver el programa, como si se tratara de un reproductor de vídeo. Esta modalidad, que exige una infraestructura informática (gigantescos *servidores* de vídeo) en la cabecera de la red está todavía muy poco implantada.

[1011] Quizá la denominación no resulte suficientemente clarificadora, pues corresponde a lo que suele denominarse *Near Video on demand (NVOD)*, esto es, la repetición del mismo programa (al que se le supone gran aceptación) a intervalos regulares.

***Servicios interactivos**: "son aquellos servicios de telecomunicaciones por cable que ofrecen al usuario la posibilidad de interactuar con los centros de gestión de la red o del servicio mediante la utilización de un canal de retorno."*

Justamente esa capacidad de interactuar es lo que falta en la clásica difusión de programas, que el Reglamento denomina servicios de difusión de televisión:

***Servicios de difusión de televisión por cable**: "son aquellos que consisten en la difusión mediante redes de cable de imágenes no permanentes con su sonido asociado, transmitidas en un solo sentido, codificadas o no, que constituyen una programación prefijada dirigida de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio."*

Entre los servicios interactivos se cuentan los servicios multimedia, en los que se da la capacidad de procesamiento de información característica de los servicios de valor añadido[1012]:

***Servicios multimedia interactivos**: "son servicios de valor añadido de telecomunicaciones por cable consistentes en la distribución o intercambio de información bajo la forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinación de ellos que requieran de un canal de retorno para su prestación."*

También se distinguen los servicios de correspondencia y se da una definición técnica de red digital integrada, paradigma de esa gran red de la que venimos hablando:

***Servicios de correspondencia**: "son aquellos servicios de telecomunicaciones por cable que ofrecen al usuario la posibilidad de intercambiar información bidireccionalmente con otros usuarios de la red."*

***Red digital de servicios integrados de banda ancha**: "toda red de telecomunicaciones que proporcione o sustente con carácter general a sus usuarios una gama de servicios diferentes que utilicen de forma común interefaces digitales de usuario con capacidad para velocidades binarias superiores a la velocidad primaria de 2 Mb/s."*

[1012] Justamente esta capacidad de procesamiento de datos es un nuevo desafío para la protección de los derechos a la privada y a la intimidad. Como afirma **Martín-Casallo López, Juan José**, *"La intimidad en relación con el sector de las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997, p. 66, *"... la mayor necesidad de defensa de la intimidad personal no es consecuencia directa de los nuevos descubrimientos tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones, sino de la aplicación de sistemas informáticos a dicho sector en lo relativo a una serie de productos como el de las guías telefónicas, que comprenden datos de abonados, o de sistemas de identificación de llamadas, que son propios de los usuarios de dichos servicios. Desde este punto de vista, la defensa de aquélla se antoja más complicada, pues ya no basta con incluir una determinada figura delictiva (delito informático) o de entender incluidos los importantes avances en sistemas de telecomunicación en el tradicional concepto de comunicación telefónica, sino de precisar que, partiendo de que los datos relativos a los abonados utilizados para el establecimiento de llamadas contienen información sobre la vida privada de las personas físicas y atañen a su derecho de que se respete su correspondencia, los datos sólo podrán almacenarse en la medida en que resulten necesarios para la prestación del servicio en sí, para fines de facturación y para pagos de interconexión, siempre por un período limitado, y determinar que cualquier tratamiento posterior de dichos datos, que el proveedor del servicio público de telecomunicación pretenda llevar a cabo, solamente podrá llevarse a efecto si el abonado ha manifestado su acuerdo sobre la base de una información plena y exacta que deberá ser facilitada acerca del tipo de tratamiento que se pretende llevar a cabo por el proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones."*

Si criticable pudiera ser la limitación del número de operadores por demarcación, la ordenación del cable garantiza, sin embargo, un razonable pluralismo interno. Los otros sistemas con multiplicidad de canales, las llamada *plataformas digitales* trasmitidas por satélite, han sido sometidos a parecidos principios. Desarrolladas al amparo de la liberalización operada en la transmisión por satélite por la Ley 37/95 (desarrollada por el Reglamento Técnico, promulgado por el R.D 136/97), la polémica Ley 17/1997, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, viene a imponer a todos los operadores de sistemas de acceso condicional, sea cual sea su medio de transmisión, la apertura de su red a programadores independientes y radiodifusores, aunque los términos sean demasiado vagos[1013]. También en estas redes se reserva el 40% de la capacidad de transmisión a los programadores independientes, siempre que la demanda de éstos sea suficiente y de calidad adecuada. Y la Programación transmitida por satélite, codificada o no, se somete (art. 7 del Reglamento) a lo que podríamos denominar *régimen común*: los programas deberán respetar los principios inspiradores del servicio público recogidos en el art. 4 de la Ley 4/80 y la programación de carácter generalista[1014] que cubra en todo o en parte el territorio de la Unión Europea se regirá por lo dispuesto por la Ley 25/94.

El principio de *red abierta* ha encontrado su consagración universal en la Ley General de Telecomunicaciones. Conforme el art. 22, los titulares de redes públicas de telecomunicaciones están obligados a facilitar la interconexión con las de todos los operadores de redes del mismo tipo mediante libre acuerdo entre las partes, que podrá ser suplido por decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando resulte imposible. La interconexión se realizará en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos (art. 22.4). El gobierno fijará por reglamento las condiciones mínimas relativas a la interconexión, teniendo en cuenta la normativa comunitaria sobre la oferta de red abierta (art. 22.7). Tendrá la consideración de operador dominante el de una red o servicio que haya obtenido en un determinado ámbito territorial el 25% de los ingresos brutos globales de estas redes o servicios (art. 23). Los operadores dominantes deberán facilitar a usuarios y proveedores de servicios un acceso en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias (art. 24).

En la medida en que los servicios de difusión terminen por liberalizarse (sólo lo están los servicios portadores soporte de servicios de difusión distintos a los prestados por

---

[1013] Art. 7 c): *"Los operadores de los servicios de acceso condicional, con independencia del medio de transmisión, facilitarán a todos los programadores independientes y entidades de difusión en general, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, los medios técnicos que permitan que sus servicios de televisión digital sean captados por televidentes autorizados mediante descodificadores gestionados por los operadores de servicios, con arreglo a las normas de la competencia, especialmente en los supuestos de posición dominante...".*

[1014] A estos efectos el Reglamento entiende por *programación generalista "... la dirigida al público en general con independencia del tipo de programas emitidos".* Quedan, por tanto, fuera de este régimen cualquier canal recibido por abono o de acceso condicional. Al margen de lo poco afortunado de la redacción, es ésta una excepción discutible, pues aunque el art. 2 de la Ley 25/94 declara como su ámbito de aplicación *"las emisiones que se realicen desde territorio español por las entidades que presten directa o indirectamente el servicio público de televisión"* (art. 2.1) y la transmisión por satélite ya no es servicio público, el espíritu de la Directiva 89/552 es someter a su régimen a todas las emisiones de radiodifusores establecidos en el respectivo país comunitario. Entiendo que esta excepción ha resultado derogada al entrar en vigor la Ley 22/1999, que modifica la Ley 25/94, que refuerza el criterio de lugar de establecimiento: *"La presente Ley se aplica a las emisiones de televisión realizadas por los operadores de televisión establecidos en España..."* (art. 2.1). Otra cosa es que estas normas deban adaptarse a las características de las programaciones especializadas.

RTVE, concesionarias de la televisión privada y televisiones autonómicas, según la disp. adicional novena de la LGT) los principios de red abierta les serán plenamente aplicables.

El régimen del cable y, en general, de los sistemas de acceso condicional va un paso más allá de este concepto de *red abierta*, al adoptar medidas para garantizar un cierto pluralismo de Programaciones: no se exige sólo acceso neutral para usuarios y proveedores, sino también pluralismo en la Programaciones ofertadas. En consecuencia, proponemos como principio del régimen de los sistemas de transmisión los de **apertura de redes y pluralismo de programaciones**: acceso neutral de proveedores de servicios y Programaciones, acceso neutral de los receptores o usuarios, acceso neutral de esos usuarios como suministradores de programas de forma esporádica y pluralismo de programas y Programaciones. Sobre estos principios y las condiciones de acceso de los usuarios volveremos en el siguiente apartado, al ocuparnos de los sistemas de recepción y los invocaremos en el momento de fundamentar la libertad de programación.

En este régimen, la Programación cobra aún más relevancia: los programas serán la piedra de toque del pluralismo y los derechos del público. El primer problema residirá en distinguir los meros servicios (de mensajería, telemáticos etc.) de los programas audiovisuales, para lo cual parece aceptarse de modo general el criterio del contenido editorial: esto es, el ánimo de difundir ideas, opiniones e informaciones[1015].

Si el modelo de regulación es hoy el de las redes de cable, el patrón de esa red virtual universal es el de Internet, cuyos bajos costes favorecen el acceso generalizado del sujeto universal, tanto como receptor como emisor[1016]. Internet, que nació como un protocolo de conexión de redes telemáticas de carácter científico, ha evolucionado hasta convertirse en una red de acceso universal, red de redes interconectadas de forma abierta utilizando enlaces de transmisión alquilados a los operadores de telecomunicaciones. Internet evoluciona hacia una autorregulación técnica, hasta ahora en manos de una empresa privada norteamericana. Se va hacia la constitución de una entidad internacional sin ánimo de lucro que administre los que son recursos escasos de la red (dominios, registro de direcciones)[1017]. Y en lo que se refiere a los contenidos la prioridad la tendrá el derecho nacional del país en que se encuentre situado el *servidor*, pero con una previsible armonización de legislaciones, al menos en el ámbito europeo[1018]. El régimen de

[1015] En el Reglamento Técnico del Cable (art. 41.3) los programas audiovisuales parecen circunscribirse a los servicios de difusión de televisión, vídeo bajo demanda y vídeo a la carta, pues remite a las Comunidades Autónomas el desarrollo y ejecución de su tratamiento específico (contratación independiente) cuando pudieran entrar en conflicto con la protección de los menores, lo que apunta a que se considera materia propia de las normas básicas del régimen de la radio y la televisión, cuya ejecución y desarrollo puede corresponder a las Comunidades Autónomas (art. 149. 1. 27 CE).

[1016] Según datos del *Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit., ap. I.3, es posible acceder a través de Internet a 650 emisoras de radio y a 250 *sitios* de vídeo real.

[1017] Hasta ahora esta tarea había sido encomendada, con carácter exclusivo, por el Gobierno norteamericano a una empresa privada *Network Solutions* (NS). A partir de junio de 1999 esta empresa (que cobra 100 dólares por registro de dirección) deberá separar sus funciones de registro de la actividad registradora. A partir del año 2.000 una organización internacional, la IANA, se hará cargo de estas funciones y de la tutela general ejercida por el Gobierno norteamericano: determinará las condiciones generales en que deben realizarse los registros y se distinguirá la función de registro (custodia y administración de la base de datos de un dominio), de las empresas que realicen el registro por cuenta de los usuarios. Véase CIBERPAÍS, 15/10/98, p. 11.

[1018] Sobre la nueva regulación introducida por la ley norteamericanas de Telecomunicaciones de 1 de febrero de 1996, que castiga con multas de hasta 25 millones de dólares la propagación de material indecente o de carácter ofensivo para los

Internet[1019] supera con mucho el objeto de esta tesis y si se menciona aquí es para apuntar el nuevo marco en que en el inmediato futuro habrá que contemplar a los sistemas de transmisión[1020].

Pero presupuesto al cambio que ya estamos viviendo es el paso de la transmisión analógica a la **transmisión digital** [1021]. La conversión digital de las señales radioeléctricas permite su compresión y, en consecuencia, la circulación por un mismo ancho de banda de una muy superior capacidad de información. La utilización de la fibra óptica en los sistemas de cable ya había multiplicado el número de canales en estas redes desde comienzos de los ochenta. Mientras, la transmisión por ondas seguía sometida a limitaciones técnicas en cuanto al número de canales nacionales y regionales. La técnica digital supera la escasez característica de la transmisión por ondas, multiplica los ya abundantes canales en los sistemas de cable y ofrece en todos los sistemas posibilidades de tratamiento de la información recibida por parte del receptor, que puede seleccionarla, almacenarla, combinarla y reelaborarla, en un contexto *multimedia*[1022] . En substancia, la

menores de 18 años, y, en general, sobre la polémica creada por estos intentos de control, véase **Sahagún, F.**, op. cit., p. 281. Sobre regulación nacional y supranacional, véase **Escobar, L.**, *Derecho de la Información*, op. cit., pp. 518-541. Este autor se muestra partidario de una primera regulación nacional, basada en la extensión de las normas aplicables a otros medios: *"... la alternativa más deseable se decanta por la regulación mediante normas jurídicas de los Estados nacionales de acuerdo con sus respectivos sistemas legales. Particularmente en los países democráticos, no existe fundamento alguno para que la información de Internet no quede sometida a las mismas normas que son aplicables en cada país a la transmisión de información escrita o emitida en los medios de comunicación habituales. En suma, la singularidad de su soporte técnico no puede hacer de Internet una parcela inmune al ámbito de aplicación del Derecho o del sometimiento a la ley. "*

[1019] En España, la regulación del acceso a Internet vino dada primero por la Orden Ministerial de 11 de enero de 1996, dictando instrucciones para establecer un servicio de acceso a la información a través de la red telefónica pública conmutada y red digital de servicios integrados, en desarrollo del Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido (R.D. 804/1993). Desaparecido el monopolio de Telefónica, la Orden Ministerial fue derogada por la de 8 de septiembre de 1997, del Ministerio de Fomento, por la que se establecen las condiciones de condiciones de competencia efectiva para la prestación del servicio de acceso a información a través de las redes telefónicas públicas conmutadas o de las redes digitales de servicios integrados.

[1020] Así, por ejemplo el Informe del Grupo de Expertos presidido por el Comisario Oreja, op. cit., p. 28, pone de manifiesto las dificultades de identificar al verdadero responsable de los contenidos, pues en la difusión intervienen *proveedores de infraestructuras, proveedores de servicios, proveedores de acceso y proveedores de contenidos*. Los expertos se muestran partidarios que las empresas que difundan programas audiovisuales a través de este medio no estén sometidas a licencia, pues no se trata de un recurso escaso. El informe (p. 30) se pronuncia por la autorregulación de prestatarios de los servicios en línea, en colaboración con los usuarios y los servicios públicos.

[1021] Un cambio que, desde luego, supera, lo puramente técnico. Así, para **Marcelino Oreja,** Comisario de Política Audiovisual, en la presentación al informe *L'ere numérique et la politique audiovisuelle européenne (Rapport du Groupe de Réflexion á Haut Niveau sur la politique audiovisuelle)*, Comisión Europea, Bruselas, 1998 *"El desarrollo del sector audiovisual constituye uno de los rasgos definitorios del siglo XX. Ahora, en este fin de siglo, el sector audiovisual se encuentra al borde de una transformación, a punto de experimentar una especie de revolución. Del mismo modo que la banda de sonido y la película en color transformaron la industria cinematográfica y la televisión en color cambió el medio televisivo, nos encontramos ahora en el umbral de una nueva era cuyo motor va a ser la tecnología digital."*

[1022] Calladamente, como siempre en este medio, la radio también prepara su digitalización, que supondrá aumento del número de emisoras, calidad de sonido de alta fidelidad y posibilidad de transmitir informaciones complementarias. Así, el diario El País (14/3/98) da cuenta del anuncio en el curso de un seminario especializado en Milán de un proyecto de radio digital global por satélite. La compañía *World Space* pretende crear un sistema con un centenar de canales que podrían captarse por un receptor con una pequeña antena de 10 cms. de diámetro y gracias a la puesta en órbita de tres satélites *AfricaStar, AsiaStar* y *AmericaStar,* con cobertura mundial, excepto Europa. El proyecto tiene su origen en un estudio para difundir información de salud y educación en los países del Tercer Mundo y los promotores no descartan llegar a acuerdos con gobiernos con esta finalidad, aunque pretenden rentabilizar su inversión de 150.000 millones de pesetas. Por el momento, una de las dificultades es el precio del receptor, en torno a las 20.000 pts., que bajaría substancialmente con su fabricación masiva.

capacidad se puede multiplicar por 8 en el momento presente y puede llegar hasta ser 20 veces o más superior a la analógica en un inmediato futuro, cuando se desarrolle la técnica de *multiplex estadístico*[1023].

Se abren, así -según apuntaba el Libro Verde de 1993 sobre política audiovisual[1024]- dos opciones básicas:

Una *opción cuantitativa*: usar el mismo ancho de banda, el mismo *vector*, para difundir más canales. Esta multiplicación tiende a la especialización de las Programaciones (la llamada *televisión temática*) y a nuevas técnicas de programación, como la de utilizar un canal para difundir permanentemente el mismo programa (*programación vertical*) o emplear varios canales para difundir secuencialmente el mismo programa o conjunto de programas (*multiplexar* el programa)[1025].

Una opción *cualitativa*: utilizar la superior capacidad de transmisión para hacer circular una información (en sentido técnico) más compleja. Alta definición de la imagen[1026], multiplicación de las líneas de sonido que permiten difundir un mismo contenido en distintas lenguas, sonido de alta calidad, información complementaria textual acompañando a la audiovisual, nuevos servicios de valor añadido... son posibilidades ofrecidas por la transmisión digital.

Lo normal es adoptar una solución intermedia: combinar canales que consuman más ancho de banda con los que requieran menos, de forma que el número de canales sea atractivo y entre ellos se encuentren los que pueden ofrecer, por ejemplo, una mayor calidad de imagen o unos servicios especializados. El desarrollo de estos nuevos servicios y productos resulta vital a las empresas para garantizar su rentabilidad en un sistema con costes decrecientes para transmitir la información[1027].

Aznar Taberner[1028] atribuye las siguientes características a la televisión digital:

- Aprovechamiento óptimo del espectro radioeléctrico;
- Multiprogramación: transmisión de varios programas por canal radioeléctrico;

[1023] *III Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre el cumplimiento de los arts. 4 y 5 de la Directiva Televisión Sin Fronteras*, op. cit., p. 64.

[1024] COM (93) 556 Final, estudio previo a la Directiva 95/47/CE sobre transmisión digital. Véase **García Godoy, Antonio**, *El derecho de la televisión sin fronteras*, Aguaclara, Alicante, 1995, p. 312 y ss.

[1025] *III Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre el cumplimiento de los arts. 4 y 5 de la Directiva Televisión Sin Fronteras*, op. cit., p. 65.

[1026] Sobre la evolución de las normas de televisión de alta definición y la pugna entre Europa y Estados Unidos-Japón, véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 162. La alta definición (1.250 líneas) se acompaña con el formato ancho de pantalla (relación 16:9). Un decisión del Consejo Europeo de 22 de julio de 1993 estableció un Plan de Acción para la introducción de Servicios de Televisión Avanzada en Europa (93/424/EEC, Diario Oficial 5/8/93), que asignó 228 millones de ecus al fomento de la introducción de este formato, mediante la producción de nuevos programas y adaptación de los existentes. Véase Informe de evaluación del año 1997 del Consejo, COM (98) 441 final.

[1027] **Salvador Coderch, P.**, en el Debate en el *Régimen jurídico de la televisión*, op. cit. p. 60.

[1028] Op. cit., p. 1154-1155.

- Mayor economía para el proveedor del servicio: el coste de transmisión por programa es una fracción del coste total de utilización del actual canal analógico;
- Versatilidad: admite aplicaciones con distinta calidad de imagen, que van desde la alta definición (calidad cinematográfica) hasta la calidad actual del vídeo doméstico;
- Flexibilidad de uso: la capacidad del canal se puede adaptar a su contenido;
- Mayor calidad: la transmisión digital no está afectada por las interferencias y el *ruido* electrónico.

El mismo autor[1029] analiza la incidencia de la técnica digital sobre la transmisión por satélite, por ondas terrenas y por cable. La difusión digital por satélite es la más adelantada. Un sólo satélite puede ofrecer hasta 100 canales de cobertura nacional o continental. Ofrece gran simplicidad y flexibilidad para introducir nuevos servicios y el menor coste para la transmisión de programas de amplia cobertura, pero no es adecuado para hacer compatible emisiones nacionales, locales y regionales. Además, al ser la primera tecnología introducida, no existe todavía un *standard* asentado y, en consecuencia, el consumidor corre el riesgo de comprar unos equipos que pueden quedar obsoletos. En el caso del cable, la introducción de la tecnología digital puede multiplicar por 5 o 6 el número de canales existentes, pero siempre que se adopte en toda la red la fibra digital, lo que puede suponer altas inversiones de difícil retorno para las redes más antiguas. Pero es en la transmisión terrena donde la técnica digital va a suponer cambios más radicales. En primer lugar, la calidad de transmisión mejorará sensiblemente, incluso cuando no se opte por un nivel mayor de definición de la imagen. No sólo se multiplicarán los canales utilizados, sino que podrán explotarse canales hasta ahora abandonados para evitar interferencias, lo que supondrá una notable racionalización del espectro. Permite la multiprogramación y la compatibilidad de canales con distinto ámbito geográfico (local, regional, nacional). La inversión en los equipos de producción y transmisión es notable, pero más trascendencia económica tiene la sustitución de los receptores, que será el gran motor de la industria electrónica de la próxima década. El paso de la transmisión analógica a la digital requiere una cuidadosa planificación, para lograr un paso escalonado, que no lesione los derechos de los espectadores.

De lo dicho podría pensarse que la televisión digital terrena desbancará a los otros sistemas de transmisión[1030]. Y, sin embargo, no parece que vaya a ser así. El satélite seguirá manteniendo su ventaja en la emisión internacional de programas. Y el cable tiene una ventaja substancial sobre cualquier otro sistema: la interactividad o bidireccionalidad. Por tanto, el desarrollo del cable dependerá en gran medida en que sepa encontrar aquellos servicios interactivos que puedan ser de utilidad para el público[1031].

[1029] Op. cit., pp. 1155-1161.

[1030] El crecimiento de los servicios digitales es espectacular. Según el *II Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE,* a principios del año 1997 podían contarse en la Unión Europea unos 330 servicios digitales difundidos por satélite, frente a una decena solamente en enero de 1996.

[1031] **Carreras, L. de**, op. cit., p. 270.

Hoy por hoy, la transmisión digital por satélite es ya una realidad[1032], como redes o *plataformas* de televisión de pago en países como Italia, Alemania o España, con problemas serios para garantizar una real concurrencia entre los distintos competidores; competidores que pasan, de un día a otro, de la guerra comercial a los intentos de fusión, pues es difícil garantizar la rentabilidad de más de una de estas plataformas por país. En cuanto a la transmisión digital terrena, el Reino Unido fue el primer país en regularla con la *Broadcasting Act* de 1996[1033], con seis nuevos canales múltiplex[1034], uno de los cuales corresponde a la BBC y los otros han sido puestos a subasta por la ITC. A finales de septiembre de 1998[1035], la BBC ha iniciado sus emisiones digitales, añadiendo dos nuevas Programaciones (o canales, en la denominación tradicional), gratuitos, además de sus dos canales analógicos, que se transmiten simultáneamente por ambos sistemas y adelantándose a la *plataforma* por satélite, que el magnate Murdoch, desde su posición de dominio de la televisión por satélite de pago se prepara para lanzar a fines de 1998.

Puesto que la completa implantación de la televisión digital terrena requiere la renovación del parque de receptores, se estima que el periodo de transición puede durar hasta quince años. Y, por paradójico que parezca, durante este tiempo la transmisión digital exacerbará la escasez de frecuencias, pues el espectro habrá de ser utilizado por los antiguos servicios analógicos y los nuevos digitales (por ejemplo, el anunciado sistema universal de telecomunicaciones móviles, UTM) y sólo al final, con la desaparición de la transmisión analógica, las frecuencias dedicadas a la transmisión analógica quedarán liberadas, pero la presión de los nuevos servicios mantendrán el carácter crecientemente escaso de este recurso[1036]. En esta situación, emergen tendencias[1037] que proponen la comercialización del espectro[1038] y la *liberalización* de su régimen nacional e internacional.

[1032] El *Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit., ap. I.3, estima que en Europa existen ya 200 canales de televisión digital (la inmensa mayoría transmitidos a través de satélite) dirigidos a espectadores de Francia, Alemania, España, Italia, Benelux y Escandinavia. El número de receptores digitales se sitúa en torno al millón en toda Europa.

[1033] Véase **Kuhn, R.**, op. cit., p. 118.

[1034] La Broadcasting Act de 1996 inicia la tendencia a conceder licencias no ya para un canal, sino para un conjunto de canales o servicios. Véase *Libro Verde de la Convergencia...*, ap. IV.2.2

[1035] El País, 23/9/98.

[1036] Informe del grupo de expertos, presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 27. En el mismo sentido, *El Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit. ap. IV.2.4, pone de manifiesto la creciente demanda de espectro por los nuevos servicios: *"**El espectro de frecuencias** sigue siendo un recurso clave, pero finito incluso en la era digital. Aunque el paso de las tecnologías analógicas a las digitales, tanto para la telefonía móvil como para la radiodifusión, se traducirá en última instancia en ahorros significativos, esta transición se efectuará con lentitud. En el caso del acceso a Internet y de otros servicios en línea, la entrega por satélite representa un medio de llegar a alta velocidad hasta un PC o un televisor, pudiéndose utilizar como vía de retorno la red fija de telecomunicaciones. Además, el desarrollo de bucles locales inalámbricos y la llegada del sistema universal de telecomunicaciones móviles (UMTS) a principios del próximo siglo hacen pensar que la demanda de espectro crecerá de modo sostenido."*

[1037] Véanse estas propuestas en el *Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit., ap. III.2.

[1038] El presupuesto norteamericano para el año 2.000, presentado por el presidente Clinton el 31 de enero de 1999, incluye un nuevo impuesto por el uso de frecuencias en modo analógico. Se trata de obtener un ingreso de 200 millones de dólares, con el fin de favorecer el paso a la transmisión digital, que no estaría grabada. En las grandes ciudades este impuesto supondría 750.000 dólares anuales. Su producto está destinado a mejorar las comunicaciones de las policías local y federal y del Departamento del Tesoro. La televisión y la radio públicas estarn exentas. En rigor no se trata de comercializar el espectro (no se plantea la subasta de las frecuencias, lo que sí supondría crear un mercado de frecuencias), pero si de obtener un producto económico de un bien público que con anterioridad los titulares de emisoras usaban casi gratuitamente. Justamente, las empresas han alegado en contra de la nueva medida que su producto se ofrece gratuitamente al público. Véase El País, 2/2/99, y los despachos de la agencia Reuters, *"Clinton in broadcaster shocker"* (2/2/99) y *"Clinton proposes $200 million TV broadcasting fee"* (1/2/99).

El actual sistema de atribución se vería sustituido por la simple obligación de evitar interferencias; no existirían reservas específicas para los distintos servicios, sino que atribuidas un conjunto de frecuencias se podría dedicar a cualquier tipo; y, sobre todo, se adjudicarían las frecuencias mediante subasta, en aras de una pretendida eficiencia económica... Como vemos, en la teórica era de la abundancia puede llegarse a soluciones típicas de una escasez mal planificada (caso italiano), convirtiendo en susceptible de apropiación lo que universalmente ha sido considerado hasta aquí como un recurso público.

Estamos a punto de vivir una de las grandes transformaciones en la ordenación internacional del espectro radioeléctrico. Tradicionalmente este recurso escaso ha sido planificado por la Conferencias Mundiales de Radiocomunicaciones, repartiendo su uso entre los distintos servicios, ordenando cada uno de ello y dejando en manos de los Estados la asignación de frecuencias. En todas las fases de esta planificación, tanto en el nivel internacional como en el nacional, han venido primando criterios técnicos y políticos, pensados para una situación con un limitado número de actores, tanto internacionales como nacionales. Pero la aparición de un creciente número de nuevos servicios que reclaman su acceso al espectro ha cambiado radicalmente el panorama. Se trata de servicios con preferente finalidad de lucro, en los que convergen las distintas tecnologías, que actúan globalmente, elementos de primera magnitud para el desarrollo económico y tecnológico. Además, este recurso se ha convertido en una pieza más de las negociaciones económicas mundiales. En este cuadro, como decíamos más arriba, son crecientes las voces que proponen alguna forma de dar valor económico a la atribución de frecuencias -es decir, crear un *mercado de frecuencias*- y proponen su planificación y asignación en un nivel global, superior al nacional cuando así lo requiera el ámbito de los servicios. Todas estas opciones van a ventilarse en la próxima Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones, a celebrar el año 2.000.

La Unión Europea está tomando posición ante estas tendencias. En su Libro Verde sobre las Políticas respecto al espectro[1039] se revisan las tendencias mencionadas en el párrafo anterior y se plantea la posibilidad de armonizar los sistemas nacionales de gestión del espectro radioeléctrico y atribución de frecuencias. Ante el fenómeno de la globalización de los servicios que usan el espectro, el Libro Verde plantea la necesidad de una posición comunitaria en la que se equilibren intereses y políticas contrapuestas: fomento del desarrollo y la investigación, políticas de protección a la competencia, protección al consumidor, estandarización técnica, promoción de nuevos servicios, alternativas a la pura y simple comercialización de las frecuencias y una genérica llamada a la protección del interés público... El debate no ha hecho más que comenzar, pero no cabe duda que en un contexto de proliferación de canales, la escasez de frecuencias seguirá siendo el cuello de botella de la era digital. En esta situación es grande el riesgo de que ese recurso público que es el espectro termine por convertirse en un recurso comercial más[1040]. De ser así, se trataría de un elemento más que apuntaría en la línea de

[1039] COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *GREEN PAPER ON RADIO SPECTRUM POLICY in the context of European Community policies such as telecommunications, broadcasting, transport, and R&D*, COM (1998) 596 final Brussels, 09.12.1998.

[1040] En este sentido, refiriéndose a la subasta de las frecuencias en Estados Unidos, **Schiller, H.**, *"Vers un nouveau siècle..."*, op. cit., escribe: *"Una vez más, y sin ningún debate, el bien público que representan las ondas hertzianas ha*

condicionar el ejercicio del derecho a la información a la propiedad de unos recursos privados.

Es ésta una de las paradojas que la introducción de la técnica digital refuerza y que no debe ser perdida de vista. Por el momento, para la mayoría de los autores resultan más evidentes las ventajas. Así, para Escobar[1041]:

> *"La ventajas de la televisión digital se centran en la flexibilidad que permite el consumo, la posibilidad de personalización del ocio y un mayor rendimiento económico para las empresas de producción. Con su llegada, el concepto de cadena de televisión clásica se difumina y la noción de programación es sustituida por la autoprogramación."*

Ciertamente esa es la tendencia, en la que como, el propio autor advierte, las ingentes inversiones a realizar entrañan el peligro de concentraciones. Pero, además, a menudo se olvida, no sólo que es un modelo de televisión de pago, y, por tanto, no generalizable, sino que además para llegar a esa situación ideal, en la que el espectador sea su propio programador, debe existir una diversidad real de contenidos y no los mismos programas segmentados en diversos paquetes de pago. Teniendo como modelo las plataformas digitales por satélite a veces se aboga por una total reforma de la armonización europea de los programas.

Así, por ejemplo, Eltzroth[1042] sostiene que al imponer la televisión digital la fragmentación de la audiencia, la rentabilidad de un canal ya no viene dada por una cuota significativa de aquella, sino por encontrar el nicho de público al que ese canal puede ir dirigido. Según el autor, este cambio hace inútil el sistema de cuotas de producción europea de la Directiva, que, a su juicio, se basaba en que los altos beneficios que garantizaba una licencia podría ser grabados con este que califica de *impuesto* en favor de la producción europea. En la televisión digital los beneficios ya no pueden soportar esta carga. Además en una situación de escasez de programas, todas las obras encontrarán su *nicho*. En las televisiones temáticas tiene poco sentido -según el autor- imponer a los emisores una programación variada. Este tipo de razonamientos ignoran que el *nicho* para las obras europeas y, en general, de los programas de carácter cultural, puede ser tan pequeño que no garantice su rentabilidad... Y, sobre todo, presuponen que el modelo de las actuales plataformas de pago será el que prevalezca, cuando, en cambio, la experiencia de otros avances tecnológicos apunta hacia la coexistencia de los distintos sistemas.

Existe un evidente optimismo sobre la implantación de la televisión digital, que no termina de estar justificado. Se trata del primer cambio cualitativo del medio que no viene impulsado por el sector público, a diferencia de los anteriores (canales UHF, color, teletexto) y no existe ninguna garantía de que los planes de implantación y los nuevos

---

sido sustraido a toda forma de responsabilidad social y entregado a los intereses comerciales, fundamentalmente incompatibles con las necesidades de la comunidad".

[1041] **Escobar de la Serna, Luis**, *"Aspectos jurídicos de la televisión digital en España"*, Boletín Otrosí, nº 139, ICAM, junio 1998, p. 30.

[1042] **Eltzroth, Carter**, *"Traditional broadcasting and new technologies" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 1244-1247.

servicios audiovisuales, dependientes de la rentabilidad que logren los nuevos operadores privados, estén a disposición del público en los plazos previstos.

Sea como fuere, sin perjuicio de respetar la actual regulación para las formas de televisión tradicional independientemente de su medio de transmisión, los nuevos modos de programación que posibilita la televisión digital (interactividad, programación secuencialmente difundida por distintos canales[1043] etc.) requieren de nuevas técnicas de regulación. Así, como pone de manifiesto Castendyk[1044], ya no resultará válido el concepto de *tiempo de transmisión*, base de la normas de protección a la infancia, protección de la producción nacional y europea y limitación de la publicidad. Como apunta este autor[1045], la regulación de los contenidos obligará al programador o al titular de los derechos y ya no tanto al emisor o transmitente. En este sentido, el *Libro Verde de la Convergencia*[1046] se pronuncia por reexaminar los métodos de regulación, manteniendo los mismos objetivos.

Estos problemas se enmarcan en la más amplia polémica de si la transmisión digital hace innecesaria la tradicional distinción entre las regulaciones (y en su caso, organismos reguladores) de las telecomunicaciones y los contenidos[1047]. Los promotores de los nuevos servicios pretenden acogerse a la regulación liberalizada de las telecomunicaciones, evitando cualquier requisito sobre el contenido. Ciertamente, no tiene sentido aplicar, por ejemplo, a un servicio de correo electrónico las normas de protección a la infancia correspondientes a los programas audiovisuales. Pero el problema, como siempre, está en trazar la línea. Esta es la solución propuesta por el Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja[1048]:

> *"La reglamentación del contenido no puede tratarse en términos puramente económicos. El elemento clave es más bien la naturaleza del servicio, y esta cuestión debe por lo tanto analizarse de la siguiente manera:*
>
> - *Un servicio que proporcione información al público (o a un sector de él) o un contenido que genere derechos de autor, es comunicación al público y se le deben aplicar los mismos principios de interés público que a aquéllos sometidos a la reglamentación tradicional de radiodifusión.*
> - *Un servicio que ofrezca las instalaciones necesarias para la correspondencia privada entre usuarios no debe verse afectado por la reglamentación de contenidos ni por derechos de autor (salvo, tal vez, en caso de violación del derecho de autor). Aquí se trata de proteger el carácter confidencial de la correspondencia privada."*

[1043] Por ejemplo, según el *Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit. , ap. I.3, con 60 canales de satélites podrían emitirse simultáneamente 10 películas de 90 minutos, cada una de las cuales se iniciaría a intervalos de 15 minutos.

[1044] Op. cit. p. 1065.

[1045] Ibídem p. 1067.

[1046] Op. cit., ap. IV.3

[1047] El problema tiene dimensiones constitucionales en los países federales en los que las telecomunicaciones son competencia de la federación y la regulación de los contenidos, en cuanto que política cultural, de los estados federados. Así ocurre en Alemania, lo que ha propiciado dos regulaciones paralelas de los servicios en línea y de Internet, por parte del gobierno federal y de los respectivos Lander. Véase **König, Christian, Röder, Ernst**, *"Converging Communications, Diverging Regulators?"*, International Journal Communications Law and Policy, 1, 1998.

[1048] Op. cit. p. 29.

"La digitalización no alterará estas diversas formas de comunicación. Las diferencias entre ellas permanecen incluso si ambos tipos de servicio fueran proporcionados por un solo operador u ofrecidos vía la misma red."

Sin embargo, el informe recomienda[1049] que no se someta a un mismo servicio a dos conjuntos de obligaciones reglamentarias, conclusión ésta que parece estar en contradicción con la anterior propuesta de una regulación específica de los contenidos en función del interés público.

Ninguna de estas cuestiones son abordadas en profundidad por la regulación española de la televisión digital. La Ley 17/1997, de 3 de mayo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, que incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, es básicamente una norma que regula los sistemas de acceso condicional y en cuanto tal será estudiada en el siguiente apartado. Específicamente a la transmisión digital se refiere el art. 5 c), que exige que el correspondiente sistema haya sido normalizado por un organismo europeo de normalización reconocido[1050] y que el sistema tenga capacidad de distribuir los servicios de formato ancho, esto es, en formato de 16:9[1051], lo que no excluye su difusión simultánea en el tradicional formato 4:3 (art. 8).

La televisión digital terrena se regula específicamente por la disp. adicional 44ª de la Ley 66/1997, por el Plan Técnico Nacional (R. D. 2169/1998) y el Reglamento y de Prestación del Servicio (O. M. de 9 de octubre de 1998). Estudiamos ya este conjunto normativo en apartado 3.2 de este capítulo, desde la perspectiva del servicio público. Como se dijo, queda en el aire el número de nuevos operadores y las características de los mismos. En lo que se refiere propiamente al régimen de la televisión digital como sistema de transmisión son dignas de mención las disposiciones adicionales tercera, cuarta y quinta del Plan Técnico.

Una pista de las características que pueden ofrecer los nuevos operadores nos la da la disp. adicional tercera. La concesión para la explotación de la televisión terrena por medio de un sistema de acceso condicional incluirá el servicio *"consistente en la difusión de emisiones audiovisuales en que el usuario final se comunica a través de la red para acceder, en un momento prefijado exclusivamente por el difusor, al programa deseado".* La definición corresponde a lo que el Reglamento de las Telecomunicaciones por Cable denomina *servicio de vídeo a la carta* e internacionalmente se conoce por *Near Video On Demand* (NVOD). En cambio, las concesiones no integrarán *"la facultad de prestar el servicio consistente en la distribución de una emisión audiovisual en los que el usuario final se comunica a través de la red para seleccionar el programa deseado y el momento del*

[1049] Op. cit., p. 30.

[1050] Tal es caso del DVG, *Grupo de Vídeo Digital*, constituido por representantes de la industria europea.

[1051] El propio artículo, en sus apartados a) y b) regula la aplicación de las normas D2-MAC y HD-MAC, pensadas como anticipo en la transmisión analógica de algunas de las posibilidades de la televisión digital, como el formato 16:9 y la alta definición, y que, de hecho, se encuentran obsoletas antes de su aplicación efectiva por el advenimiento de la televisión digital. El Consejo Europeo estableció por decisión de 22 de julio de 1993 un Plan de Acción para la Introducción de los Servicios de Televisión Avanzada, basado, fundamentalmente, en la financiación de programas producidos en el formato 16:9. En su informe de evaluación para 1997, COM(1998) 441 final, la Comisión estima en dos millones en toda Europa el número de aparatos en el formato ancho de pantalla. Alemania, Bélgica, Holanda y Francia son los países con mayor número de receptores. El Plan subvencionó 21.000 horas en este formato en 1995 y sólo 9.000 entre 1996 y 1997.

suministro y recepción", esto es, lo que el citado Reglamento denomina *servicio de vídeo bajo demanda*, o *Video On Demand* (VOD), que requerirán de una habilitación específica. El uso de la términos *difusión*, en el primer caso, y *distribución*, en el segundo, así como la remisión para éste a la legislación general de telecomunicaciones, indica que esta posibilidad no se considera ya televisión, sino un servicio de distribución, que no sólo requiere un título habilitante específico y que, por tanto, quedaría fuera del régimen general de la televisión. Una vez más, por vía puramente reglamentaria, se adoptan decisiones de gran calado para el futuro sin que se haya desarrollado el necesario debate, en base a delegaciones legislativas excesivamente genéricas.

Las entidades habilitadas para la prestación del servicio de televisión digital terrena podrán hacerlo con sus propios servicios portadores o contratando los de terceros (disp. adicional cuarta del Reglamento). Pero esta liberalización de los servicios portadores se retrasa hasta el fin de la concesiones de las televisiones privadas, conforme estable la disp. transitoria séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por último, el Plan Técnico favorece el principio de *red global*, al valorar a la hora de otorgar las concesiones la utilización de infraestructuras ya existentes (disp. adicional quinta del Reglamento).

Hemos visto a lo largo de todo este apartado como la idea de *red global* se propone a modo de gran utopía tecnológica en la que conjunción de mercado y desarrollo tecnológico ofrecerán nuevas capacidades comunicativas. Así describe el vicepresidente de Estados Unidos, Albert Gore, los inmediatos desarrollos de esta red[1052]:

> *"La Infraestructura Nacional de Información constará de cientos de redes separadas, manejadas por diferentes compañías, en las que se utilizarán tecnologías diferentes, conectadas en conjunto en una gigantesca red de redes, que brindará vídeo telefónico y digital interactivo a casi todos los norteamericanos."*

Pero dejar la ordenación de ese fantástico canal global a las puras leyes del mercado engendraría, sin duda, desigualdades que recrudecerían las diferencias entre los *que tienen* (poder adquisitivo, conocimientos, educación) y los *que no tienen*. Es ésta la primera y más fundamental razón para la regulación de las redes, a través de técnicas como la del servicio universal, que pese a sus insuficiencias intenta ofrecer un mínimo de prestaciones para todos en el marco de unos servicios prestados en concurrencia. Mas tampoco puede olvidarse que no se parte de cero, sino de una situación de monopolio, liberalizado frecuentemente de modo desordenado. Aparece, así, de nuevo, la necesidad de la regulación, desde la defensa de la competencia, hasta la reglamentación de las condiciones técnicas. Y, en fin, esta utopía, ingenua o interesada (como se prefiera) olvida el problema central y que es el de los mensajes (las ideas, opiniones, informaciones, sensaciones) que circulan por ese canal global e integrado: sólo desde el desarrollo de las distintas libertades que implica el derecho fundamental a la información se logrará poner la red global al servicio de todos.

[1052] Citado por **López Lozano, Miguel Ángel**, *"La liberalización de las infraestructuras" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., p. 977.

Una de estas libertades es la libertad de programación, de cuyo concepto y fundamentación nos ocuparemos en el siguiente capítulo. Pero para ello habremos de tener en cuenta del régimen de los sistemas de transmisión, desarrollado en las páginas anteriores, los principios de *red global abierta* a operadores, programadores y público, los problemas que plantea la regulación de los contenidos a través de la regulación del sistema de transmisión y las dificultades para distinguir entre difusión y distribución de contenidos audiovisuales. La *red global abierta* será el contexto de la libertad de programación.

3.8. El régimen de los sistemas de recepción. Sistemas abiertos y cerrados

Todo el proceso de comunicación se cierra y perfecciona con la recepción. Si la difusión es el momento central, la recepción es el punto final, sin el cual, toda la actividad comunicativa carece de sentido. El de libertad es el principio esencial del régimen de la recepción. Y sólo la protección de esos sujetos inmaduros que son niños y adolescentes puede condicionar este principio. Pero, en la práctica, la libertad de recepción se ve sometida a la mediación de unos instrumentos materiales. Si en los medios editados la recepción exigió siempre la adquisición del soporte, el ejemplar al que está incorporado el mensaje, la radical novedad de la radiodifusión vino dada por la *gratuidad* de la recepción. Y, justamente ahora, cuando los desarrollos técnicos permiten condicionar la recepción de los programas audiovisuales, delimitando al sujeto receptor, es el momento en que la radiodifusión da lugar a nuevas modalidades (*vídeo a la carta*) que tienden a confundirse con la edición, pues requieren la voluntaria y diferenciada adquisición de una concreta obra audiovisual.

El derecho fundamental a la información, la universalidad de su sujeto receptor, conlleva la igualdad entre los receptores. Si en los medios editados que requieren una contraprestación económica la igualdad se ha reinterpretado como no discriminación y a lo sumo justificado medidas de fomento, en el caso de la radiodifusión su recepción universal, incondicionada y gratuita es la base para hacer real la igualdad. Justamente, como vimos, una de las justificaciones del servicio público ha sido la de garantizar la igualdad de recepción.

El sistema de recepción por antonomasia de la radio y la televisión es el *sistema abierto*: basta con adquirir un receptor para que podamos recibir el conjunto de canales portadores de Programaciones emitidas en nuestro ámbito geográfico. En este sentido, recepción abierta es sinónima de recepción gratuita, sin perjuicio de que la posesión de un receptor obligue al pago de una tasa o canon para financiar el servicio. Frente a los sistemas abiertos podríamos definir los *sistemas cerrados* como aquellos que, previo a la recepción, exigen algún tipo de acuerdo entre el sujeto receptor y un distribuidor de Programaciones. El sujeto receptor es aquí múltiple y heterogéneo, pero no ya universal. El distribuidor (operador de la red de cable, operador de una plataforma digital por satélite) exigirá un pago por sus servicios, pero eso no quiere decir que en todos los casos estemos ante una televisión de pago. Así, pueden ser distribuidos una serie de canales gratuitos, como ocurre en las redes de cable respecto a los canales de inclusión obligatoria (*must carry*). En el caso de la televisión digital terrena, la necesidad de un descodificador para la recepción no significa que se trate de un sistema cerrado, siempre que este instrumento pueda adquirirse libremente (o vaya incorporado a los receptores, como posiblemente terminará por ocurrir[1053].

[1053] La Ley 17/97, en su art. 6 (que incorpora el art. 3 de la Directiva 95/47/CE), obliga a que todos los receptores con una diagonal visible superior a 42 cms. cuenten al menos con una conexión de interfaz abierto, que permita conectar con facilidad equipos periféricos, especialmente descodificadores adicionales y receptores digitales.

La aparición de las formas de televisión de pago supone el paso de una lógica económica de demanda a una lógica de oferta. Así lo expresa Álvarez Monzoncillo[1054]:

> *"La competencia entre canales privados y públicos altera el tradicional status quo de la televisión pública europea, internacionalizando el mercado de programas. Se segmentan las audiencias y se fragmentan los mercados. Pero la multiplicación de canales centrados en la maximización de las audiencias no satisface ni segmenta suficientemente los mercados debido a la homogeneidad de las programaciones y a las dificultades para adaptarse a la demanda desde una lógica económica basada tradicionalmente en la oferta. La fragmentación social y la homogeneización y pérdida de calidad de las programaciones de los canales generalistas, tanto públicos como privados, van abonando el desarrollo de la televisión de pago y de los videoservicios. Su aparición permite el cambio de una lógica de oferta a una lógica de demanda en la economía de la televisión."*

La abundancia de canales llevará consigo la fragmentación de las audiencias y la consiguiente reducción de los ingresos publicitarios. Los nuevos canales no podrán financiarse a través de la publicidad, de manera que se predice la implantación de los nuevos servicios por el sistema de pago por visión o por abono[1055]. La televisión de pago es el último eslabón para convertir los contenidos audiovisuales en mercancía. Si la televisión de pago terminara por suplantar totalmente a la televisión gratuita, podríamos llegar a decir que la libertad de recepción es la libertad de los suscriptores de servicios audiovisuales. La eliminación total de la televisión gratuita resulta impensable. No, en cambio, su degradación a una segunda categoría, con el consiguiente riesgo de dualización social.

Por el momento, los abonados a los sistemas de televisión de pago soportan unos costes altos, con escasa variedad de programas[1056]. Aun en un sistema de audiencias fragmentadas, donde las Programaciones se ofertan por paquetes en un régimen de alta concurrencia[1057], sólo los programas con una aceptación media serán producidos y ofertados, y aunque desaparecerá la tiranía del audímetro, tampoco se garantiza una variedad real de mensajes. Como los datos demuestran (ver nota anterior) sólo una

---

[1054] Op. cit., p. 931.

[1055] Informe del Grupo de Expertos presididos por el Comisario Oreja, op. cit., p. 11. Según el Estudio encargado por la Comisión Europea (**Norcontel Ltd.**, *Economic Implications of New Communication on the Audiovisual Markets*, Bruselas, abril 1997) en el año 2.005 alrededor del 48% de los ingresos totales del sector de los medios de comunicación procederá directamente de los hogares (actualmente es el 33%).

[1056] Véase para el caso alemán **Schwarz, M**, p. cit., p. 495. En el caso del Reino Unido, según **Porter, V.**, op. cit., p. 372, los abonados al sistema de televisión de pago por satélite de Murdoch pagan cuatro veces más que por la licencia obligatoria por receptor, pero sus opciones por programas son más limitadas.

[1057] Estudios oficiales estiman que en España el máximo de hogares potencialemente abonados a algún sistema de televisión de pago asciende a 10'62 millones (de un total de 11'8 millones de viviendas principales y 6 millones de viviendas secundarias), con un volumen máximo de ingresos de 320.000 millones de pesetas anuales. Por este mercado compiten los sistemas de cable, las llamadas plataformas digitales por satélite y los nuevos sistemas digitales terrenos. La viabilidad de las plataformas digitales se estima en un millón de abonados. En el 2003 esta modalidad podría alcanzar los 3'3 millones de abonados, esto es, el 25% de los hogares principales, logrando unos ingresos de 170.000 millones de pesetas. Para esa fecha la cobertura del cable podría llegar a 5'3 millones de hogares, con 1'6 millones de abonados y 150.000 millones de pesetas de ingresos estimados. Véase **Sanz Caja, V.**, op. cit., p. 1070-1071, y cuadros comparativos del cable en los distintos países europeos en pp. 1074-1075. En lo que se refiere exclusivamente a los sistemas de televisión por cable se estima que en el 2004 el 31% de los hogares europeos estarán conectados. Véase **Roger, M.**, op. cit,. p.1080.

minoría -entre el 30 y el 40% de los hogares- tendrán acceso a estos sistemas de pago. Si los sistemas abiertos se degradaran la dualización social sería un hecho.

Los sistemas de acceso condicional *"constituyen el medio técnico mediante el que los proveedores de contenidos y servicios pueden recuperar su inversión mediante el cobro de cuotas de abono o por consumo"*[1058]*.* La Directiva 95/47/CE sobre normas de televisión proporciona el marco regulador para el acceso condicional a los servicios de televisión digital, basándose en la exigencia de que quienes exploten este tipo de sistemas ofrezcan a las entidades de radiodifusión servicios técnicos de forma equitativa, razonable y no discriminatoria. La Directiva comporta unas obligaciones para garantizar la competencia y protección de los derechos del receptor; pero estos requisitos tienen un carácter mínimo, con el fin de fomentar la innovación y la inversión en un entorno que se encuentra en una rápida evolución técnica y comercial. Puede accederse fraudulentamente a los servicios de acceso condicional mediante dispositivos técnicos que hacen inútil la codificación en que se basan estos sistemas. La Directiva 98/84/CE del Parlamento y el Consejo, de 20 de noviembre de 1998 pretende armonizar los derechos nacionales para lograr una eficaz protección jurídica contra estos fraudes.

Se adivina ya la *convergencia* entre los sistemas de recepción tradicionales y las tecnologías de tratamiento de la información. No está claro si triunfará el concepto PC/TV o el concepto TV/PC, pero no cabe duda que nos encaminamos a una *plataforma común* en el hogar[1059], puerta de acceso a los mensajes audiovisuales, informaciones de todo tipo y servicios diversos (desde el correo hasta el comercio electrónico)... Será irrelevante qué clase de transmisión se utiliza; el consumidor ni siquiera será consciente del tipo de infraestructuras utilizadas. Los suministradores de servicios y contenidos utilizarán la tecnología que les resulte más favorable, lo que puede llegar a depender de la hora del día[1060]. De ahí la batalla por controlar los descodificadores de la televisión digital, puerta de entrada de la información, primer anticipo de ese *interfaz* universal... *"Cuando algunos agentes del mercado controlan el acceso a los clientes, por ejemplo por ser propietarios del bucle local o por controlar las tecnologías de acceso condicional, estos agentes pueden estar en condiciones de favorecer a sus propios servicios"* [1061]. En palabras de Álvarez Monzonillo[1062] *"...es la llegada de la 'economía de los contadores', que, a semejanza de las telecomunicaciones, trasladaría el centro estratégico al control del descodificador y de la*

[1058] *Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit., ap. IV.2.3. La Ley 17/97 define en su art. 1.3 los conceptos de servicio de acceso condicional y servicio de acceso condicional. *"Sistema de acceso condicional: los medios, dispositivos o procedimientos lógicos utilizados para seleccionar la entrada de determinadas señales destinadas a un receptor terminal. Servicio de acceso condicional: aquél que se presta mediante la utilización de un sistema de acceso condicional".*

[1059] Véase el *Libro Verde de la Convergencia...*, ap. II.3.

[1060] **Mojto, Jan**, *"Expectations of Broadcasting Operators regrading the work of the Regulatings Authorities of the future" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 45.

[1061] *Libro Verde de la Convergencia...*, ap. III.2. Este problema se presenta de modo especial en los llamados Programas de Aplicación (API), a modo de sistemas operativos de los adaptadores de la televisión digital, todavía sin normalizar, con el riesgo de impedir la interoperatibidad y de convertirse en instrumentos para impedir la competencia. Véase el Libro Verde citado, ap. IV.2.3.

[1062] Op. cit. , p. 935.

cartera de clientes. Sólo que en este caso, el control de los contenidos mantiene un carácter esencial".

La multiplicación de canales y Programas en la era digital (*abiertos o cerrados, de pago o gratuitos*) requerirá de elementos auxiliares a la recepción, como *navegadores* y *guías electrónicas de programación*, sin los cuales resultará imposible no ya autoprogramar, sino simplemente recibir el contenido deseado. La recepción está a punto de dejar de ser una tarea tan simple como manejar el mando a distancia[1063]. El hecho de que estas ayudas a la recepción sean suministradas por los operadores de acceso condicional realza aún más su papel e introduce un nuevo elemento por el que se puede condicionar la competencia y el pluralismo. En concreto las guías electrónicas de programación estarán vinculadas a conjuntos concretos de programas o servicios interactivos facilitados en los sistemas de acceso condicional y, por tanto, resultará *"de importancia crucial garantizar la presencia en las listas de los servicios y programas de terceros y la calidad de dichas listas"*[1064].

En los sistemas de acceso condicional los mensajes audiovisuales se entregan en forma de programas, agrupados en *Programas* o *Programaciones* y éstos, a su vez, en *paquetes* que se ofrecen al receptor en especiales condiciones económicas, según las reglas de la mercadotecnia (oferta básica, *premium* etc.). El concepto de canal, tal como ha sido entendido hasta ahora, puede diluirse progresivamente y ser sustituido por unas grandes marcas aglutinadoras de Programaciones.

En definitiva, si, como el Informe Oreja[1065] afirma con una frase afortunada, *"el contenido es el rey y la distribución la llave del reino"*, el control de los descodificadores de la televisión digital es la llave de la televisión del inmediato futuro.

En el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, la Comisión Europea ha prohibido dos concentraciones en el campo del cable y de la televisión digital por satélite de pago, *MSG Media Service* (1994) y *Nordic Satellite Distribution* (1996). En ambos casos ha distinguido como un mercado diferenciado los servicios administrativos y técnicos de la televisión de pago, que incluye el suministro de descodificadores, sistemas de acceso condicional y gestión de abonados[1066]. Es justamente el control de la administración de los abonados una de las claves para el desarrollo de los nuevos servicios audiovisuales[1067]. Si esta gestión corre a cargo del propietario del descodificador tendrá una ventaja evidente sobre el operador de televisión.

[1063] No me resisto a la cita de **José Saramago** (*"A quoi sert la communication?"*, *Le Monde Diplomatique*, diciembre 1998): *"El feliz abonado a los 500 canales será inevitablemente poseído por una suerte de impaciencia febril que ninguna imagen podrá saciar. Va a extraviarse y a perder el tiempo en el laberinto vertiginoso de un 'zapping' permanente. Consumirá imágenes, pero no se informará."* Los programas de ayuda y navegación paliaran la desorientación e incluso permitirán elegir los contenidos que realmente interesan al espectador, pero no hace desaparecer el problema de la superabundancia y el *ruido* comunicacional.

[1064] *Libro Verde de la Convergencia...*, op. cit., ap. IV.2.3

[1065] Op. cit., p. 13.

[1066] Véase **Waelbroeck, Michel**, *"Community competition policy in the audiovisual sector" en Derecho Europeo del Audiovisual"*, op. cit., pp. 228-229.

[1067] **Aznar Taberner, J.**, op. cit., p. 1152.

Este es el contexto técnico de la *batalla de los descodificadores* dada en nuestro país en torno a la Ley 17/97[1068]. Estimando el legislador que el operador de la red, esto es la empresa propietaria del descodificador alquilado al abonado-receptor, podría prevalerse de una posición de dominio respecto al operador o emisor de televisión, cuya Programación se transmite a través de la red, situación contraria a la libre competencia y al derecho del ciudadano a recibir información plural, que se invoca como motivación de la norma, optó por privilegiar el sistema de acceso *multicrypt*, frente al denominado *symulcrypt* [1069]*.* En esencia, el primer sistema permite el acceso condicional a distintos sistemas con un solo descodificador mediante un simple sistema de tarjeta de acceso; el segundo, requiere un acuerdo previo entre la empresa propietaria del descodificador y los distintos proveedores que pretendan utilizarlo. En este supuesto, puede pensarse que la sociedad propietaria, sobre todo si es a su vez operadora de televisión, puede aprovecharse de su situación, por ejemplo, rechazando Programaciones que resulten concurrentes con las propias, o exigiendo le sea cedida la gestión de abonados del otro proveedor. Así, debió de estimarlo el legislador y en art. 7 de la Ley estableció que sólo sería admisible el sistema *symulcrypt* cuando, sin adaptación alguna, hubiera plena compatibilidad entre los distintos operadores y acuerdo entre ellos. Caso contrario, esto es, cuando los operadores no llegaran a acuerdo en el plazo de dos meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, se imponía el uso del sistema *multicrypt.*

Con este presupuesto legislativo, el segundo operador tenía muy pocas razones para llegar a un acuerdo con el primero. En medio de una fuerte polémica política y la discusión sobre si el sistema *multicrypt* estaba técnicamente operativo, se produce la intervención de la Comisión Europea en defensa de la competencia. En carta del Comisario Mario Monti al gobierno español de 27 de mayo de 1997[1070] se afirma que la Directiva 95/47/CE no permite elegir unas técnicas de descodificación para prevenir los abusos de posición dominante, y que de producirse éstos habrá de recurrirse a los instrumentos ordinarios de defensa de la libre competencia.

Finalmente, el conflicto se resuelve mediante el R.D. Ley 16/97, de 13 de septiembre, que da nueva redacción al citado art. 7. En la Exposición de Motivos se reitera la necesidad de que los descodificadores sean abiertos y compatibles, en los siguientes términos:

> *"... Los ciudadanos de los Estados miembros, con una antena parabólica, pueden hoy ver la televisión por satélite, en abierto, de cualquier otro Estado miembro. Sin embargo, no podrán ver este tipo de televisión si se recibe mediante acceso condicional, salvo que los descodificadores que se comercialicen sean compatibles, es decir abiertos. Éstos, además, son imprescindibles para que funcione la competencia en el mercado de la televisión de pago. Sin ellos, el usuario habría de tener tantos descodificadores como cadenas de televisión de pago desee ver, resultado absurdo que no cabe atribuir a la Directiva 95/47/CE."*

[1068] La *batalla de los descodificadores* forma parte de la *guerra de las plataformas digitales*, pugna político-económica-mediática entre Canal Satélite Digital u Vía Digital. Véase **Giordano, E., Zeller, C.,** op. cit., pp. 116-123.

[1069] Sobre las características técnicas de ambos sistemas, véase **Aznar Taberner, J.**, op. cit., pp. 1164-1165.

[1070] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. , p. 88.

En esencia, la norma reinterpreta el requisito de que los descodificadores resulten inmediata y automáticamente abiertos y compatibles. Se entenderá que cumplen estas condiciones si así resulta de sus características técnicas o si existe acuerdo entre los operadores. No se exige ya un plazo para que se alcance ese acuerdo y, por tanto, la imposición automática desaparece. Pero lo más novedoso del Decreto-Ley es el papel conferido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: aprueba los modelos de contratos con los abonados, autoriza previamente los contratos entre los operadores sobre el uso compartido de los descodificadores y establece, a instancias de cualquier operador, las condiciones que garanticen el carácter inmediata y automáticamente abierto de los sistemas en servicio y de los descodificadores ya instalados. De manera que, en la línea sugerida por la Comisión Europea, la defensa de la competencia en este terreno y de los derechos de los abonados-receptores se confía a la CMT.

El objetivo de garantizar el acceso a una información plural también ha propiciado en nuestro Derecho una profunda modificación de la Ley de Propiedad Horizontal, a fin de facilitar la instalación de las nuevas infraestructuras en los elementos comunes de los edificios y evitar la proliferación de parábolas en balcones y terrazas. El R. D-Ley 1/1198, de 27 de febrero, de Infraestructuras comunes de telecomunicaciones en edificios[1071] invoca el art. 20.1.d) para justificar la urgencia, de manera que el usuario pueda elegir entre los distintos medios, permitiendo beneficiarse de una información plural y de los nuevos servicios de telecomunicación de manera inmediata.

El Decreto-Ley se convierte en la norma marco en esta materia, al sustituir a la derogada Ley de Antenas (Ley 49/1966). La Ley de Propiedad Horizontal se modifica al establecer un régimen especial para decidir la instalación de estas infraestructuras. Se reconoce el derecho de los copropietarios al libre acceso a los servicios de telecomunicaciones mediante una infraestructura común de acceso que proporcione: la captación y adaptación de señales de radiodifusión sonora y televisión terrenal y su distribución hasta los puntos de conexión en las viviendas; el acceso al servicio telefónico básico y al servicio de telecomunicaciones por cable; otros servicios de telecomunicaciones adaptados a los anteriores. Estas infraestructuras serán obligatorias para edificios nuevos o rehabilitados y equipara estos servicios a otros básicos, como los de suministro de agua o electricidad. En los edificios ya construidos bastará para su instalación la decisión de la Comunidad de Propietarios por un tercio de sus integrantes, que representen, al menos, un tercio de las cuotas (modificación substancial de los arts. 10 y 16 de la LPH). Los costes no podrán repercutirse en los disidentes. Si los solicitantes fueran arrendatarios será a sus costa el gasto, quedando la infraestructura a disposición del propietario. Pero se introduce, además, la obligatoriedad por causas objetivas: si las antenas instaladas superaran el número de la tercera parte de los copropietarios, o si la Administración competente considera peligrosa o antiestética la instalación. Se reconoce, también, el derecho del copropietario o arrendatario a acceder a otras infraestructuras, bien a través de las infraestructuras comunes adaptadas o a través de otras individuales[1072].

[1071] Véase **Pérez García, José**, *"Comentarios al Real Decreto-Ley de Infraestructuras comunes de telecomunicaciones en edificios", Otrosí,* nº 141, ICAM, septiembre 1998.

[1072] En desarrollo de este Decreto-Ley y del art. 53 de la Ley General de Telecomunicaciones se ha dictado el R.D 279/1999, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones

El desarrollo de los sistemas de acceso condicional ha puesto de manifiesto la necesidad de una protección específica frente al fraude que supone la utilización de dispositivos de descodificación no autorizados por el titular del sistema. Esta protección resulta clave para el desarrollo del sector. Así, la Unión Europea ha decidido armonizar esta materia y ha promulgado la Directiva 98/84/CE del Parlamento y el Consejo, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basado en dicho acceso. Se trata de que todos los Estados miembros adopten antes del 28 de mayo del 2.000 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para evitar que mediante el uso de dispositivos ilícitos se reciban los servicios protegidos sin la autorización del proveedor de tal servicio.

Como es habitual en las directivas se dedica un artículo, en este caso el 2, a un elenco de definiciones. Así, son servicios protegidos los de radiodifusión televisiva y sonora y los de la sociedad de la información que se presten a cambio de remuneración y sobre la base del acceso condicional. Por *acceso condicional* se entiende *"cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio protegido en forma inteligible a una autorización individual previa"* y *dispositivo ilícito "cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor del servicio".*

Llegados a este punto, examinados los problemas que plantean los sistemas de acceso condicional y revisados los derechos comunitario y español, corresponde cerrar este apartado con los principios propios del régimen de los sistemas de recepción.

- El derecho a recibir ideas, opiniones e informaciones exige la existencia de *sistemas abiertos*, en los que se dé suficiente pluralidad y calidad de los mensajes audiovisuales (pluralismo de programas y Programaciones) para que la libertad de opción y en definitiva la libertad de recepción sea real para todos.

- En los *sistemas cerrados*, la pluralidad de programas y Programaciones se logra mejor evitando que el operador de la red sea al mismo tiempo productor y programador. En su defecto, resulta imprescindible el establecimiento de porcentajes mínimos de Programaciones reservados a programadores independientes.

- Los descodificadores deben ser abiertos y compatibles con las distintas redes *abiertas* o *cerradas*, de modo que a través de un único aparato puede accederse a todas las ofertas, gratuitas o de pago, transmitidas por cable, satélite, teléfono u ondas terrenas.

para el acceso a los servicios de telecomunicaciones en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones. En virtud de su art. 2 se consideran infraestructuras comunes las que sirven a la captación, adaptación y distribución de las señales de radiodifusión sonora y televisión terrenal y proporcionan el acceso al servicio de telefonía y al servicio de telecomunicaciones por cable.

- La protección del receptor-abonado requiere la tutela de las autoridades independientes, competentes en materia de telecomunicación y/o medios de comunicación.

CAPÍTULO 3

LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN

1. Concepto de libertad de programación

Hasta aquí hemos realizado un largo recorrido, primero por el derecho a la información, concebido como institucionalización de la libertad de comunicación, luego, por la relación jurídico-informativa en el medio radiodifusión y el régimen de sus distintos elementos. Simplificando, nuestra principal conclusión es que las relaciones jurídico-informativas deben estar al servicio y ser medio de realización del derecho a la información -esto es de la capacidad de todos de difundir y recibir ideas, opiniones e informaciones (verbales, escritas o icónicas)- so pena de resultar disfuncionales. Desde esta perspectiva, hemos visto cómo resulta superada la dicotomía servicio público-empresa privada, cómo la difusión de mensajes audiovisuales se segmenta en distintas actividades y cómo empezamos a vivir una situación de abundancia de canales, que resta importancia al llamado *derecho a la creación de medios* y realza la importancia de los mensajes audiovisuales y sus dos niveles de estructuración (los programas y la Programación o Programa). Pues bien, el objeto de este capítulo es demostrar que la difusión de mensajes audiovisuales en forma de programas y Programaciones es la manifestación típica del derecho a la información en el medio radiodifusión. En la era digital, en la era de la abundancia de canales y escasez de contenidos, si -como afirma el informe Oreja[1073] *el contenido es el rey*- la libertad de programación, su grado de realización en un determinado ordenamiento, es la medida de la realización del derecho a la información en los medio audiovisuales.

1.1. Definición y delimitación

La raíz de la libertad de programación reside en la facultad de difundir mensajes audiovisuales. Pero este ejercicio del derecho fundamental no es una simple facultad natural como el hablar, sino que requiere de una mediación material y de una cualificación por parte del que difunde. La difusión de los mensajes audiovisuales implica un complejo proceso, a lo largo del cual y en el transcurso de distintas etapas se llevan a cabo tareas diversas, todas ellas dirigidas a la difusión. Delimitar estas tareas como objeto de libertades diferenciadas es la materia de este apartado, con un propósito: sentar una definición de libertad de programación.

[1073] Op. cit., p. 13.

En el origen de toda difusión de mensajes hay un momento de creación. Quien pretende propagar masivamente imágenes, sonidos y palabras es porque quiere decir algo y lo quiere decir de una determinada manera (no de una forma puramente abstracta, sino con su presencia personal, o, en todo caso, recreando la realidad) y decírselo a un público masivo. El mensaje puede ser muy sencillo (por ejemplo, la denuncia de una deficiencia municipal, dicha de viva voz y dejada en un contestador automático, que luego es reproducida por una emisora de radio) o tener toda la complejidad de la obra artística (por ejemplo, una obra cinematográfica). Y el mensaje, al margen de su complejidad, puede agotarse en si mismo, ser concebido de una sola vez, con una finalidad propia, o por el contrario, puede ser creado para integrarse en una unidad superior, en una sucesión temporal de mensajes relacionados entre sí, que comunica algo nuevo y distinto de las partes que lo componen.

El impulso creador que pone en marcha todo el proceso de comunicación da lugar tanto a la producción-realización de mensajes audiovisuales, como a su programación[1074]. Desde luego, la producción-realización puede llevarse a cabo con independencia de la programación, y así ha sido tradicionalmente en el caso de las obras cinematográficas; pero, si esa no ha sido hasta ahora la tónica para los mensajes audiovisuales concebidos específicamente para la radio o la televisión, hoy la difusión de todos los mensajes audiovisuales se planifica, se programa, pensando en los distintos medios audiovisuales (cine, televisión gratuita y de pago, vídeo en venta o alquiler, vídeo a la carta, CD-ROM o DVD)[1075]. En este sentido, la actividad de programar integra y ordena los aspectos creativos de la difusión de mensajes audiovisuales, sin perjuicio de que la producción-realización pueda tener una consideración diferenciada. **La actividad de programar, considerada genéricamente, y englobando a la producción-realización, consiste en poner en forma y estructurar los mensajes audiovisuales para su difusión**. Los mensajes se incorporan al soporte electromagnético durante el proceso de producción-realización conforme a la idea original, pero es la programación la que ordena, jerarquiza y da sentido a los distintos mensajes y los dispone para su difusión masiva, esto es, para su emisión[1076].

Mediante la emisión, el soporte único que incorpora el mensaje audiovisual se difunde a un público general transmitido por un *vector* específico y diferenciado (canal). La emisión exige tener a disposición un canal, es decir disfrutar del derecho a emitir a través de ese canal. El título jurídico puede ser una mera declaración administrativa, una autorización, una concesión o, simplemente, un contrato mercantil con el titular de una red

---

[1074] **Corredoira, L.**, *Derecho de la Información. I Sujeto y medios*, op. cit., pp. 357-358, distingue entre las fases de creación y producción. Entiendo que esta distinción puede ser válida en la prensa, donde el proceso de producción consiste en la reproducción mecánica de los originales. En los medios audiovisuales el proceso de producción-realización es plenamente creativo; ni siquiera allí donde el guión tiene un importante papel, como en la cinematografía, puede pensarse que la realización de ese guión original es una tarea mecánica.

[1075] En este *continuum* de difusión y explotación, en ese mercado integrado de las obras audiovisuales, las distintas formas de televisión tienen un papel central. Si la explotación económica se planifica ya de una manera integrada, las posibilidades de la televisión avanzada (alta definición de imagen y sonido, formato ancho 16:9) permiten concebir y programar artísticamente de forma integrada la obra audiovisual.

[1076] Para **Cebrián, M,** *"La información audiovisual como servicio democrático"*, op. cit., p. 115, *"programar es planificar, distribuir y dosificar unos mensajes dosificados en sonidos (Radio) o en imágenes y sonidos simultáneos y sucesivos (Televisión) a lo largo del tiempo"*.

de telecomunicaciones, como las redes de cable u otros *sistemas cerrados.* La transmisión es la distribución física de las señales a través de las correspondientes redes de telecomunicaciones. Se puede tener un título para emitir y no para transmitir o para las dos cosas o sólo para transmitir.

De acuerdo con estos presupuestos podemos distinguir distintas libertades, manifestaciones todas ellas de la facultad de difundir y del derecho a la creación intelectual y artística, así como del derecho a la cultura.

Libertad de producción. Es la facultad de crear mensajes audiovisuales y estructurarlos unitariamente en un programa u obra audiovisual. Su fundamento reside en la facultad de difundir que conlleva el derecho a la información y de modo específico en el derecho a la creación intelectual y artística y en el derecho a la cultura. Tiene entidad por sí misma, aunque pueda ser englobada en la libertad de programación. Conlleva la facultad de crear las empresas necesarias para llevar a cabo la producción y realización de los contenidos[1077].

Libertad de programación. Es la facultad de concebir un conjunto coherente de programas (Programación), producirlos o adquirirlos y hacerlos emitir por un canal de propia o ajena titularidad. Dedicaremos un apartado a fundamentar esta libertad, pero puede adelantarse que se trata de la manifestación difusiva del derecho a la información y, en la medida en que engloba a la producción-realización, del derecho a la creación artística y del derecho a la cultura. Incluye la posibilidad de crear empresas dedicadas a la programación y producción.

Libertad de emisión. Es la facultad de difundir programas (una o varias Programaciones) a través de un canal del que se es titular. Se fundamenta en la facultad de difundir. Implica la creación de empresas con este fin. Lo decisivo de esta libertad es decidir *prima facie* lo que se emite por el canal del que se es titular o sobre el que se tiene título suficiente. Y desde una perspectiva liberal extrema esta libertad supone la de crear o adquirir canales.

Libertad de transmisión. Es la facultad de distribuir emisiones por redes de telecomunicaciones. Las emisiones requieren ser transportadas por redes de telecomunicaciones para llegar a sus destinatarios. Encuentra su fundamento en la facultad de difundir y tanto supone la creación de empresas específicas con este fin y la operación y gestión de redes de telecomunicaciones, como la facultad de distribuir nuestras emisiones por redes de las que no somos titulares.

El ejercicio activo o manifestación difusiva del derecho a la información supone el ejercicio de este conjunto de libertades, bien por parte de un solo sujeto organizado, bien por un conjunto de sujetos organizados, que ejercen una o varias de estas libertades. En el origen de la radiodifusión (tanto en Estados Unidos como en Europa) un solo sujeto organizado centralizaba todas estas libertades: programaba y producía, emitía por su

[1077] Según **Faus, A.**, op. cit., p. 40, la producción se independiza de la programación cuando, hacia 1933, es posible la grabación del sonido en discos blandos y, por tanto, se puede adelantar la producción de contenidos para su posterior emisión en el marco de un Programa.

propio canal y transmitía por su emisora. Luego, en la Europa occidental la transmisión se confía a los PTTs; en Estados Unidos la emisión y transmisión de los mensajes programados y producidos por las grandes cadenas corresponde a las emisoras locales afiliadas a aquellas y por todas partes surgen empresas independientes que producen contenidos audiovisuales, al margen del rígido sistema de la concesión o la licencia necesaria para emitir. En el caso español, RTVE centralizaba las libertades de producción, programación, emisión y transmisión, hasta que le fue desgajada su red técnica de transmisión y transferida a RETEVISIÓN, y así, podríamos decir que en España, refiriéndonos a la televisión analógica terrena, una diversidad de empresas ejercen la libertad de producción; TVE, las concesionarias de la televisión privada y los organismos de televisión autonómica ejercen las libertades de programación (incluyendo la de producción) y emisión y RETEVISIÓN la libertad de transmisión. En los supuestos de radiodifusión más elementales como los de los radioaficionados, un solo sujeto ejerce al mismo tiempo las libertades de programación (y producción), emisión y transmisión (para lo que utiliza su propia infraestructura emisora). Pero en la medida en que aumenta la complejidad del medio las distintas libertades se ejercen de una manera más diferenciada y pronto -como vimos en capítulo anterior al tratar del régimen de los sistemas de transmisión- por un solo canal de televisión digital terrena se transmitirán varios Programas distintos, lo que realzará aún más la importancia de la libertad de programación.

El régimen de la producción ha sido el de la libertad, mientras que la emisión y la transmisión se han desarrollado históricamente en un régimen de servicio público. Los sistemas de transmisión se han liberalizado, pero la emisión sigue estando sometida en todas partes a un régimen especial. Quizá por lo peculiar de este régimen, aquellos sujetos que han pretendido ejercer la libertad de emisión lo han hecho frecuentemente desde la reivindicación de la libertad de empresa. Conviene distinguir la libertad de empresa de las libertades propias de los medios audiovisuales. La libertad de empresa es instrumental respecto a todas ellas: la facultad de crear estructuras que organicen los medios materiales es imprescindible para el ejercicio de las libertades de producción, programación, emisión o transmisión. En realidad, en ningún ordenamiento que no sea totalitario se niega que puedan crearse empresas con el fin social de ejercer alguna de estas libertades (u organizaciones con esta finalidad, pero que no persigan el lucro), aunque en casi todas partes pueden estar sometidas a algunas formalidades y limitaciones (registro obligatorio, limitaciones en cuanto a la concentración de la propiedad). Lo que se somete a un régimen especial son las condiciones en que estas empresas pueden ejercer de modo efectivo las libertades de emisión y transmisión.

Si examinamos los distintos recursos constitucionales en esta materia, veremos que, sea cual fuere la petición jurídica concreta, al solicitar el amparo, lo que en realidad se requiere es que se declare que el derecho fundamental reconocido en el art. 20 comporta y habilita para el ejercicio de la libertad de emisión: se pide la titularidad de un canal para emitir o que no se impida la emisión que se ya se está realizando por medios propios. Igualmente, lo que autores como Bastida[1078] o Jimena[1079] han denominado *libertad de*

[1078] **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 12, se refiere a la libertad de antena *"... entendida como derecho a crear emisoras de tv. y organizar su programación de información, cultura y espectáculo".* El autor centra su trabajo en el *derecho a la creación de medios*, que hace sinónimo de libertad de antena.

antena es una suma de lo que aquí denominamos libertad de programación y libertad de emisión. La manifestación más importante de esa libertad de antena sería el derecho a la creación de medios televisivos[1080]. Pero en sentido estricto *un medio no se puede crear*, no se puede crear la radio, la prensa, la televisión... No se puede crear esa conjunción de medios materiales, mensajes de naturaleza particular incorporados a un soporte físico y el publico masivo al que van dirigidos. Lo que se puede constituir es un sujeto organizado (empresa u otra institución sin fin de lucro) con la pretensión de difundir mensajes diferenciados en un medio en particular, de acuerdo con unos principios y unas finalidades propias. Esa voz diferenciada -un *medio informativo*, en ese sentido lato del término como sinónimo de órgano informativo- es en el medio radiodifusión consustancial con el ejercicio de la libertad de programación. Para difundir mensajes audiovisuales diferenciados conforme a unos principios y unas finalidades lo decisivo es el ejercicio de la libertad de programación: la capacidad para producir o adquirir programas ordenados en una Programación, emitidos por un canal propio o ajeno. Ni siquiera es imprescindible el ejercicio por el propio sujeto de la libertad de emisión y no digamos ya la de la libertad de transmisión. Casos en los que la libertad de programación y la libertad de emisión aparecen diferenciadas son los del *Channel Four* británico y el del sistema de televisión holandés o el de los productores independientes que emiten una Programación a través de un canal del que no son titulares en un sistema de cable o plataforma digital.

La libertad de programación exige -desde luego- que el resto de las libertades, las libertades de producción, emisión y transmisión, no se encuentren anuladas o injustificadamente limitadas. La libertad de programación se proyecta hacia atrás (producción) y hacia delante (emisión, transmisión) en el proceso de difundir mensajes audiovisuales, y sin ella el resto de las libertades no tendrían sentido.

Un último concepto requiere nuestra atención, el de **libertad de radiodifusión**. El concepto (*Rundfunkfreiheit*) construido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana a partir del art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn -véase capítulo 1, 4.4- se ha interpretado como libertad institucional del medio[1081], que no puede *entregarse* ni al Estado ni a los particulares. Una libertad asentada en la función pública de la radiodifusión, que exige independencia y pluralismo y que se manifiesta como libertad externa y como libertad interna. Así, podríamos decir que esta libertad de radiodifusión englobaría a las libertades de producción-realización, programación, emisión y transmisión y, en cuanto libertad institucional, también a la libertad de recepción. Nuestro centro de atención no será esta libertad institucional considerada globalmente, sino la libertad de programación, piedra de toque tanto de la libertad interna de radiodifusión, como de la libertad externa. Pero no podremos perder de vista el marco institucional global, en el que todas las

[1079] **Jimena, L.**, *"La libertad de creación..."*, op. cit., p. 10.873, insiste también en la idea de libertad de antena como derecho a la creación de medios de comunicación.

[1080] Este parece ser el sentido de lo que **Laguna de Paz, José Carlos**, *"Televisión privada: gestión indirecta de un servicio público" en Derecho de las Telecomunicaciones*, pp. 457-460, denomina *libertad de televisión*. Para este autor, la libertad de televisión es la mejor garantía para la independencia y el pluralismo del medio, que no puede satisfacerse por el servicio público. Propone un régimen de plena concurrencia en las que las empresas públicas desarrollen funciones de servicio público.

[1081] Sobre la evolución de una concepción institucional hacia una concepción más funcional en la jurisprudencia constitucional germana y sobre el juego de los aspectos objetivos y subjetivos de la libertad de radiodifusión, véase **Alexy, R.**, op. cit., pp. 478-480.

libertades en que se concreta el derecho fundamental a la información en este medio se interrelacionan y condicionan. En este sentido puede decirse que la libertad de radiodifusión es el modo libre de constituir las relaciones jurídico-informativas en el medio radiodifusión, ordenadas por la finalidad de realizar el derecho fundamental a la información.

1.2. La libertad de programar, manifestación de la facultad de difundir mensajes audiovisuales

La facultad de difundir que comporta el derecho a la información puede manifestarse en todas las libertades mencionadas: la libertad de producción, la libertad de programación, la libertad de emisión y la libertad de transmisión. Se trata en todos los casos de *derechos de libertad*, del ejercicio libre de facultades con una dimensión evidente de autonomía, pero también de participación y capacidad, que sólo podrán manifestarse en una adecuada ordenación, o, en otras palabras, mediante la garantía de la libertad institucional de radiodifusión.

En la época de escasez de canales, la libertad de emisión era la condición del ejercicio del resto. Pero como su ejercicio incondicionado imposibilitaba el ejercicio por parte de otros posibles titulares la alternativa fue reforzar la libertad institucional de la radiodifusión, la *libertad interna* en los distintos regímenes de servicio público. Sin embargo, estas soluciones institucionales, que ofrecían posibilidades de participar en la programación a profesionales y público, ignoraban que las facultades que venían a proteger formaban parte de un verdadero derecho.

La reivindicación de la libertad de emisión insistía en el carácter de libertad personal y tendía a declarar incompatible su ejercicio con las experiencias institucionales de libertad interna. Sobre todo cuando el legislador ha abdicado de su misión y la libertad de emisión ha sido reconocida y protegida por los tribunales, sin una ordenación previa, la libertad de emisión ha tendido a ejercerse de modo que la *libertad externa*, el pluralismo externo, ha anulado a la *libertad interna*, al pluralismo interno.

Además, la libertad de emisión ha venido a compendiar el conjunto de las libertades difusivas. El reconocimiento del derecho a emitir a través de un canal, la habilitación para el uso exclusivo de un canal, venía a suponer el reconocimiento y protección de la libertad de producción, la libertad de programación y la libertad de transmisión, aunque ésta última hubiera de ejercerse a través de los monopolios de telecomunicaciones o de las limitadas redes habilitadas.

¿Qué es lo que cambia en la era digital?. Los mensajes audiovisuales tienen a su disposición una gran variedad de medios de transmisión y el número de canales se multiplica, aunque, desde luego, no es ilimitado. Las opciones para comunicar son múltiples. En el caso de un pequeño canal local su titular puede seguir concentrando las libertades de producción, programación y transmisión, manteniendo una clara identificación entre canal y Programación, pero lo normal es que la personalidad del canal se difumine. El titular del canal, el titular de la libertad de emisión, puede emitir varias Programaciones diferenciadas por el mismo canal, programadas por otros sujetos y transmitidas por una

pluralidad de redes. Como vimos en el capítulo 2º, 2.3, la noción de canal cada vez se difumina más, con fenómenos como la multiplexación digital o el vídeo a la carta. La diferenciación de los canales cada vez es menos clara, mientras que los Programas ganan personalidad propia[1082]. En esta situación, la libertad de emisión deja de concentrar a las otras libertades difusivas. La libertad de emisión (la *libertad de antena*, la *libertad de crear medios*) pasa a segundo plano, se asemeja cada vez más a la libertad de transmisión y se realza la importancia de la libertad de programación.

No puede decirse que unas libertades difusivas estén puramente al servicio o en función de las otras. Cuando se produce, se programa, se emite o se transmite se está ejerciendo el derecho a la información. Ninguna de estas libertades puede anular a las otras. La distinción entre las actividades que conforman su contenido ha venido dada por la propia evolución tecnológica y económica. Su *desconcentración* supone una realización más perfeccionada del derecho a la información: más sujetos pueden ejercer las distintas manifestaciones del derecho a difundir mensajes audiovisuales. Si el pluralismo es el principio esencial del régimen de las relaciones jurídico-informativas, esta pluralidad de libertades, ejercidas por una pluralidad de sujetos, suponen un grado más perfecto de realización del derecho fundamental. El reconocimiento diferenciado de estas libertades exigirá una ordenación que impida o limite la concentración de las mismas en un solo titular.

La libertad de programación es la referencia del resto de las libertades difusivas. La actividad de programar es la que da coherencia a los mensajes. Los programas producidos se insertan en una Programación, posteriormente emitida y transmitida. Todas las fases, todas las libertades, son necesarias para que la comunicación se perfeccione, pero es en la actividad de programar en la que realmente se eligen, se ordenan y se da sentido a los mensajes audiovisuales. **La libertad de programación es la clave, la medida, de la libertad de la radiodifusión y, por extensión, de los medios audiovisuales, en la era digital**. La libertad de programación da sentido a las libertades anteriores (libertad de producción) y posteriores (libertad de emisión y transmisión).

Si comparamos la libertad de programación con la libertad de emisión comprenderemos mejor este carácter clave. Puede no existir libertad de emisión (por ejemplo, en un régimen de monopolio público) o estar limitada (en un régimen de servicio público gestionado indirectamente por los particulares) y puede, sin embargo, existir libertad de programación, si existe pluralismo interno (en cuanto a órganos editoriales, derecho de acceso, derecho de rectificación etc.). Y puede existir una plena libertad de emisión y no existir libertad de programación, si los profesionales carecen de independencia y no puede participar en los órganos editoriales ni el público tener acceso a la programación. Y tanto una como otra deben ser puestas en el contexto de la libertad de recepción, esto es, de los intereses del público.

Hasta el presente, la libertad de emisión ha oscurecido a la libertad de programación. Parecía que la única forma concebible de difundir programas era a través

[1082] A este fenómeno también contribuye el hecho de que los canales se nutran de los programas de las mismas productoras y distribuidoras internacionales. No es infrecuente que un programa pase de un canal a otro, con apenas algunos retoques formales y a veces con los mismos presentadores.

del control de un canal. Y sin embargo, el caso holandés[1083] ofrece el ejemplo más claro de distinción entre estas libertades. Las asociaciones de espectadores, que representan a las corrientes sociales y religiosas, reciben del *Commissariaat voor der Media* los recursos provenientes del canon para que desarrollen una Programación propia, que se emite en régimen compartido por los canales existentes, de los que es titular la NOS. Antes de la liberalización del sistema, la producción debían contratarla con el organismo público NOB, al que revertían el 75% de los ingresos percibidos del producto del canon por las asociaciones de programación. En este sistema, la regulación corre a cargo de una autoridad independiente; un organismo público -NOS- es titular de la libertad de emisión; la libertad de producción se encomendaba a otro organismo público -NOB- hasta la liberalización de este sector; y, en fin, la libertad de programación es plenamente ejercida por las asociaciones culturales, sociales y religiosas de carácter institucional.

Ahora, más allá del peculiar sistema holandés, nuevos fenómenos como la aparición de los programadores independientes, que han encontrado incluso reconocimiento legal en sistemas tradicionales como el nuestro, ponen de manifiesto que existen otras posibilidades de difundir programas y Programaciones, modos que no requieren la titularidad de un canal. Además, demandas de sectores populares para disponer de sus propios canales o participar en la programación de los ajenos (básicamente de los públicos) han encontrado variado encaje y fundamentación, según las circunstancias de cada caso. La actitud difusiva del sujeto universal encuentra nuevas posibilidades en una situación que evoluciona hacia una red global de transmisión de acceso transparente. Y no puede alegarse una supuesta pasividad del sujeto universal, teóricamente interesado en recibir, pero no en difundir. La existencia de los radioaficionados, de la páginas personales y los foros de discusión en Internet, las llamadas telefónicas a programas de radio y televisión y los intentos de todo tipo de asociaciones y corporaciones por dotarse de medios de difusión desmienten tal pasividad. La libertad de programación es la referencia obligada en una situación de abundancia de canales, en la que una mayor facilidad del uso de los medios permitirá a un mayor número de sujetos ejercer las facultades difusivas que comporta el derecho a la información. De este modo, a la pluralidad de canales corresponderá una pluralidad de mensajes y se terminará con la cada vez mayor escasez de programas.

1.3. Fundamentación de la libertad de programación

Definida la libertad de programación y bosquejada su función en la era digital, corresponde, ahora, fundamentarla y establecer su naturaleza. Nuestro método consistirá en delimitar doctrinalmente la libertad de programación, para, a continuación, establecer si esta libertad pertenece al núcleo esencial de derecho a la información. De ser así nos plantearemos su confluencia con el conjunto de libertades derivadas del derecho a la información, tanto las libertades difusivas como la libertad de recepción y la posible colisión y armonización de todas ellas.

[1083] Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 168.

¿Qué es lo que resulta específico de la libertad de programación y lo que la distingue del resto de las libertades difusivas y especialmente de la libertad de emisión?. Lo característico de la libertad de emisión es el control de un canal, la definición de la personalidad de este vehículo de comunicación, la decisión de qué mensajes -qué programas o Programaciones- se emitirán y previo a ello, la disposición y ordenación de los medios materiales para la consecución de estos objetivos. En cambio, lo específico de la libertad de programación es la ordenación de los mensajes en programas y Programación para su posterior emisión. Pero a diferencia de la libertad de emisión, la libertad de programación ya no requiere el poder sobre un canal. El titular del canal, el titular de la libertad de emisión, puede ejercer la libertad de programación, elaborando una Programación y emitiéndola por su canal, pero también se ejerce la libertad de programación haciendo emitir la Programación por un canal del que no se es titular. Lo más definitorio de la libertad de programación es, por tanto, la *facultad de hacer emitir una Programación propia ya sea por un canal del que se es titular, ya por un canal ajeno*.

Así, si la libertad de emisión se ha reivindicado y reclamado ante los tribunales como el derecho a crear medios de difusión propios o, más exactamente, a obtener en condiciones objetivas del Estado la habilitación para operar un canal. La exigencia característica, la facultad propia de la libertad de programación, es la de poder acceder a un canal ajeno para difundir una Programación propia. De este modo, si la libertad de emisión se caracteriza como una facultad primaria frente al Estado, la libertad de programación es una facultad exigida frente a terceros, personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, en cuanto que titulares de un canal. En este sentido, el punto de partida de la libertad de programación es la libertad de emisión, a la que perfecciona y supera, o si se prefiere, limita.

Menos problemas plantea la delimitación de las libertades de producción y transmisión. La producción es para la programación, está en función de la programación. Requiere del uso de medios materiales, pero éstos son medios *libres*, sin el carácter institucional de *foro público* que presentan los canales utilizados en la libertad de programación y emisión. Por tanto, aunque cabe distinguirla como una libertad diferenciada, la libertad de producción se integra en la libertad de programación. Y la libertad de transmisión es una libertad instrumental, al servicio de la libertad de emisión. En rigor podrían distinguirse dos bloques: libertad de producción-libertad de programación y libertad de emisión-libertad de transmisión. Ambos bloques se coordinan en el engarce entre libertad de programación y libertad de emisión.

Entre nosotros, la jurisprudencia constitucional sobre la televisión privada y el servicio público son referencia obligada en la fundamentación de la libertad de emisión. Desde un punto de vista doctrinal, el profesor Bastida ha construido la noción de libertad de antena, en gran medida coincidente con la de libertad de emisión, que aquí se expone. La jurisprudencia constitucional y la construcción de la libertad de antena nos servirán de punto de partida en la inmediata fundamentación de la libertad de programación.

La libertad de emisión puede tener un desarrollo complejo, pero se resume en una facultad simple: el derecho a optar en condiciones objetivas a la habilitación de un canal. En cambio, la libertad de programación no puede sintetizarse en una facultad unívoca. Implica, por contra, una pluralidad de poderes, que tienen en común la disposición en

determinadas circunstancias de un canal ajeno. A continuación se enuncian tentativamente algunas de las facultades que puede implicar la libertad de programación y que se desarrollaran en lo que resta de este capítulo y en el siguiente:

1.- La libertad de programación de los titulares (empresas, sujeto organizado) de la libertad de emisión:

1.1. Libertad autonomía: ausencia de censura; independencia.
1.2. Libertad capacidad: determinación de los principios editoriales; determinación de la programación y los programas; libertad de gestión; explotación económica de la Programación; emitir o hacer emitir la Programación.

2.- Libertad de programación de los programadores independientes

1.1. Libertad autonomía: ausencia de censura; independencia.
1.2. Libertad capacidad: reserva de Programas a programadores independientes; derecho a una selección objetiva; libertad de producción de programas y programación; libertad de gestión y explotación; independencia del emisor (tarifas transparentes y no discriminatorias).

3.- La libertad de programación de los profesionales (sujeto cualificado):

1.1. Libertad autonomía: independencia; ausencia de censura; cláusula de conciencia en sentido amplio; secreto profesional.
1.2. Libertad capacidad: libertad de producir los programas y sus contenidos dentro de las pautas editoriales de la empresa emisora, titular de la libertad de emisión; derechos de autor.
1.3. Libertad participación: participación en los órganos de dirección; elección y control de los responsables editoriales; participación en los órganos que establecen los principios editoriales

4.- La libertad de programación del público (sujeto universal):

1.1.- Libertad capacidad:

1.1.- Derecho general de acceso: réplica en sentido amplio; programas de acceso público; acceso en campaña electoral.
1.2.- Derechos de réplica y rectificación.

En rigor, de todas las facultades enunciadas en la que más propiamente se manifiesta la libertad de programación es la libertad-capacidad de los programadores independientes, supuesto en el que el sujeto que programa usa como vector para difundir sus mensajes audiovisuales un canal del que no es titular. En el polo opuesto tenemos la libertad de programar de aquel que es titular de un canal. Éste, titular de la libertad de emisión, la ejerce decidiendo o seleccionando en determinadas condiciones las Programaciones que se emitirán por su canal, pero puede, al tiempo ejercer o no la libertad de programación. Y entre la libertad de programación del titular del canal y la del programador independiente se dan una variedad de manifestaciones de participación y

capacidad de profesionales y público. Algunas de ellas, como el derecho de acceso de las opciones electorales en tiempo de campaña pueden tener una fundamentación específica, pero no por ello dejan de ser facultades susceptibles de ser englobadas en el contenido de la libertad de programación. Y así, del mismo modo que al fundamentar la libertad de emisión ha de dilucidarse si el derecho a la información supone el poder de disponer los medios necesarios para crear un canal, que debe ser reconocido y ordenado por el Estado, la fundamentación de la libertad de programación tiene por delante la tarea de escrutar si el derecho a la información implica el poder de exigir, en determinadas circunstancias, la emisión de nuestra Programación al titular de un canal ajeno.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en la naturaleza de la libertad de programación podemos, pues, con lo dicho hasta aquí, considerarla doctrinalmente delimitada. ¿Forma parte esa facultad del contenido esencial del derecho a la información?. Todos las declaraciones de derechos fundamentales se sitúan entre el terreno de las reglas y de los principios[1084]: en proporción variable, según los casos, incluyen tanto normas que han de ser cumplidas (reglas), como normas de optimación que indican que algo ha de ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes y, por tanto, con una efectividad gradual (principios). La interdicción de la censura previa es una regla, mientras que el reconocimiento de las libertades de expresión e información, en los términos del art. 20, 1 a) y d), puede calificarse de principios. La presencia de los principios, mejor aún, la tensión entre reglas y principios, nos remite a la delimitación del derecho fundamental por su contenido esencial, pues en cuanto que los derechos son progresivos exigen cada vez un mayor nivel de realización, ante lo que se hace inexcusable establecer cuál es su contenido irrenunciable que no puede ser vulnerado por el Estado ni por los particulares: su contenido esencial. Nuestro constituyente se cuidó de precisar que la regulación del ejercicio del derecho por parte del legislador ordinario deberá respetar en todo caso ese contenido esencial (art. 53.1 CE).

El contenido esencial se manifiesta como contenido indisponible. En palabras de Bastida[1085]...

> *"...el programa normativo de un derecho reúne un conjunto de elementos cuya formulación abstracta propicia que el ámbito de libertad sea en cada regulación mayor o menor o responda a una u otra concepción dogmática del derecho, pero, en todo caso, los citados elementos han de estar presentes en las concreciones legislativas del derecho o libertad en cuestión. De lo contrario no se produciría una interpretación y una regulación de los derechos conforme a la Constitución. Pudiera así declararse que tales elementos forman el contenido indisponible (y, en este sentido, 'esencial') del derecho frente al legislador."*

Ciertamente, dada la variedad de concepciones doctrinales sobre la naturaleza de las libertades de expresión e información no resulta sencillo establecer el contenido esencial del derecho a la información. Nos remitimos para ello al doble criterio indicado por la **STC 11/1981**: la naturaleza jurídica del derecho y los intereses jurídicamente protegidos por el mismo. El contenido esencial comprende aquellas facultades sin las cuales el derecho no sería identificable con su naturaleza jurídica. Y, o, aquellas facultades

[1084] Véase la distinción en Alexy, nota 5.

[1085] **Bastida, F.,** *La libertad de antena*, op. cit., p. 127.

imprescindibles para que los intereses legítimos resulten realmente protegidos. O, en los términos utilizados por la **STC 81/1983**:

a) Por un lado, habrá de estarse a su *naturaleza jurídica*: *"...Constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a estar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así"* (FJ. 8º);
b) Y, complementariamente, a través del análisis de los intereses jurídicamente protegidos, el contenido esencial hace referencia a aquella parte del derecho *"que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos."* (FJ. 8º).

¿Corresponde con la naturaleza jurídica del derecho a la información, forma parte de los intereses que legítimamente tutela, el poder de comunicar por la radio y la televisión mediante un canal del que no se es titular?. Para responder a estas preguntas debemos remitirnos a nuestras conclusiones sobre los medios, desarrolladas en el cap. 1º, 5.4, a luz de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

Concluíamos que el derecho a crear y utilizar los medios necesarios para comunicar forma parte del contenido esencial del derecho a la información. Este es un *derecho de libertad*, que no requiere de interposición legislativa, en la medida en que se trate de medios naturales o su uso no impida el ejercicio por parte de los demás. En caso contrario, se requiere de la previa ordenación por parte del Estado, pero si el legislador por la vía de la inactividad viene, en la práctica, a anular el derecho, este podrá ser directamente ejercido y será accionable ante los tribunales. Puesto que el meollo de la libertad de programación consiste en hacer uso de un medio podemos afirmar que forma parte del contenido esencial del derecho a la información, de su naturaleza jurídica característica y que esta libertad da cobertura al interés legítimo de todo hombre de comunicar por cualquier medio. Mas en cuanto que ese medio nos es ajeno y carecemos de titularidad y de poder sobre el mismo, no le podremos usar libremente, no bastará la abstención de los poderes públicos para que podamos utilizarlo, y requeriremos de una habilitación del legislador para comunicar nuestras ideas, opiniones e informaciones a través de un canal de radio o televisión del que no somos titulares. En otras palabras, la libertad de programación forma parte del contenido esencial del derecho a la información, pero requiere del desarrollo e interposición legislativa, previamente a su ejercicio, máxime si se acepta, como sostenemos, que no se trata de una facultad unívoca, sino de un conjunto de poderes que no se realizan por la simple abstención del Estado.

En el capítulo 1º, 5.4, ya resumimos la tesis del profesor Bastida sobre lo que denomina *libertad de antena*. Resulta necesario volver sobre su argumentación, en cuanto que pueda resultar útil para fundamentar la libertad de programación y distinguirla de la libertad de emisión.

La libertad de antena consistiría en la creación y el uso de los medios necesarios para difundir a través de la televisión o, en términos más amplios, el derecho a crear televisión. De acuerdo con la conceptuación que utilizamos en esta tesis la libertad de antena sería equiparable a la libertad de emisión, pero englobando también a las

libertades de producción, programación y transmisión. No obstante, toda su argumentación -como la de la jurisprudencia constitucional que analiza- se refieren al derecho de emitir y, por tanto, podemos perfectamente hacer sinónimas libertad de antena y libertad de emisión.

Para este autor, las libertades del art. 20 están en relación directa e inescindible con los medios para su ejercicio y, por tanto *"...necesitan para su efectividad de medios de comunicación, cuya creación, dada esa relación directa, es un derecho implícito en el reconocimiento de aquellas libertades; que, por tanto, no se precisa de una mención explícita de tal derecho instrumental para afirmar su existencia..."* [1086]. Lo que aporta la mención del art. 20 a *cualquier medio de reproducción* o a *cualquier medio de difusión*, de modo indiscriminado, sin privilegiar a unos sobre otros[1087], *"...es la extensión del ámbito de ese derecho implícito a cualquier medio de difusión y no sólo a los indispensables; que el tenor literal del citado precepto evita de este modo las dudas que pudieran suscitarse acerca de qué medios son los 'indispensables', ya que el amparo se despliega a todos los que sirvan para difundir ideas, pensamientos o noticias y la TV no es una 'excepción'..."* [1088]. La conclusión es que la libertad instrumental es pieza sustancial del contenido esencial del derecho y aunque el legislador puede concretar esta libertad no queda a su albedrío, a su discrecionalidad política, el hacerlo o no. El autor acude en su argumentación al voto particular del magistrado Rubio Llorente (analizado en el cap. 1º, 5.4) en la **STC 12/1982**:

> *"La Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones... y a comunicar o recibir libremente información veraz..., consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades... Puede (el legislador) regular de distinta manera... el contenido concreto de los derechos garantizados... lo que no puede hacer el legislador es negarlos"*

Poco a poco, la jurisprudencia constitucional fue evolucionando y suavizando su distinción entre libertades primarias e instrumentales -al menos a nivel de principios, aunque no de consecuencias prácticas- como se expresa en el siguiente *dictum* de la **STC 127/1994**, en un sentido más próximo a las tesis que comentamos:

> *"... Es, sin duda, cierto que los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra en estos derechos fundamentales"* (FJ. 4º B) [1089]

[1086] *La libertad de antena*, op. cit., p. 117.

[1087] Como podría interpretarse en los casos de la Constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn, véase ibídem p. 19.

[1088] Ibídem, p. 117.

[1089] La sentencia, que declara conforme a la Constitución la Ley de la Televisión Privada, aunque considera que los medios de *algún modo* se integran en el derecho fundamental, termina por reiterar la tradicional distinción entre libertades sustanciales e instrumentales: *"... tampoco es menos cierto que la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación -en el caso que nos ocupa, la emisión por ondas radioeléctricas con cobertura nacional- es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, que son en gran parte derechos de libertad, pese a la clara conexión presente entre uno y otro aspecto. Son conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse*

Como ya dijimos, la **STC 31/1994** marca un hito al sentar que aun considerando el derecho a usar los medios para comunicar a través de la televisión por cable como un derecho requerido de interposición legislativa, éste no puede negarse en la práctica por la inacción de los poderes públicos, pues forma parte del contenido mínimo garantizado por el art. 20 (FJ. 7º). En definitiva, la sentencia viene a dar amparo a la libertad de emisión, no ya sólo en los casos de televisión local por cable, sino de modo más general, siempre que, en unas determinadas condiciones técnicas, y a falta de ordenación legislativa de su ejercicio, éste no venga a impedir el de los demás[1090].

Bastida[1091] interpreta esta sentencia como un respaldo al carácter subjetivo de estos derechos:

"La sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994 representa el triunfo de la concepción de las libertades de expresión e información como 'derechos complejos, *en los que libertad sustancial y libertad instrumental, aun con contenidos propios, está engarzadas de manera inescindible. Su contenido esencial es un límite infranqueable a cualquier acción u omisión que suponga su supresión o su ignorancia."*

Como es lógico estas tesis han merecido las críticas de parte de la doctrina, muy apegada a la jurisprudencia constitucional de los años 80. Así, Esteve[1092], comentando el voto particular de Rubio Llorente a la STC 13/1982, consideraba una contradicción con el carácter directamente exigible de los derechos fundamentales (Sección 1ª , Cap. II, Título Primero) el sostener que el establecimiento de televisiones privadas constituye un derecho *ex-Constitutione* y aceptar, sin embargo, que tales derechos requieran una intervención previa del legislador, que caso de no existir daría lugar al amparo constitucional por violación del derecho fundamental, como de hecho vino a ocurrir más tarde en la STC 31/1994. A estas críticas podría responderse, en línea con la citada sentencia, que no se trata de que el Tribunal Constitucional ordene una determinada regulación al legislador,

libremente y a transmitir y recibir información veraz en radiodifusión -sustancialmente unos derechos de libertad-, y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan y en los cuales dichos derechos se ejercen, que reclaman -por su misma naturaleza- una detallada regulación estatal, entre otras razones, para posibilitar su ejercicio en condiciones de igualdad y no interferir otros usos del dominio público radioeléctrico." (FJ. 4º). Se trata, en definitiva, de una puesta al día de la doctrina tradicional, formulada en los siguientes términos por la **STC 206/1990** *"... no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el artículo 20 CE y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial*» (FJ 6°).

[1090] La **STC 88/1995** en un caso semejante, pero sobre televisión local por ondas hertzianas, relativiza el fallo de la STC 31/1994 al considerar que aquella sentencia no contiene pronunciamientos genéricos que sean referibles a todos los medios técnicos y a todas las posibles coberturas territoriales. En el caso de la televisión local por ondas se hace imprescindible para ejercer el derecho una previa ordenación por parte del Estado de frecuencias y potencias, que en ningún caso puede efectuarse por el Tribunal. Sin embargo, creemos que puede sostenerse, invocando la STC 31/1994, que, a falta de ordenación previa, forma parte del contenido mínimo del derecho a la información el ejercicio de la libertad de emisión, siempre que ese ejercicio no comprometa el ejercicio presente o futuro de los demás. Las condiciones que el Tribunal entendió se daban en el cable local, se dan ya en otros muchos medios de transmisión integrados en la red global de telecomunicaciones.

[1091] **Bastida, F.**, *La jurisprudencia constitucional...*, op. cit. p. 1058.

[1092] Op. cit. pp. 139-141.

sino que de su inacción, equivalente a la pura y llana anulación, se desprenden una determinadas consecuencias, consolidándose el ejercicio de un derecho, que encuentra su origen en la Constitución, y que hubiera estado delimitado y hasta limitado -si así se quiere expresar- por una ordenación positiva de haber existido desarrollo legislativo.

Parten las críticas referidas de considerar que el reconocimiento de ésta que aquí denominamos libertad de emisión supone el uso de un bien público, el éter o, más precisamente, el dominio público radioeléctrico, sin que pueda afirmarse un derecho constitucional al uso privado de bienes públicos, esto es, un derecho individual cuyo contenido consista en la utilización de bienes públicos[1093].

A estas críticas responde Bastida recurriendo a la teoría del foro público desarrollada en la jurisprudencia constitucional norteamericana[1094]. Si en un principio se afirmó la potestad discrecional de las autoridades para permitir el uso de las propiedades públicas, a partir del caso *Hague* (1939) el Tribunal Supremo sienta las bases de esta doctrina, según la cual, sea cual sea el título jurídico sobre los lugares públicos, desde tiempo inmemorial éstos se han usado para reunirse, con la finalidad de debatir, manifestar peticiones... en definitiva con uso dirigido a expresar pública y colectivamente una idea u opinión. No hay un derecho a ocupar sin más el espacio público -dice el Tribunal Supremo- pero la libertad de manifestación ampara la pretensión de que no se impida de manera injustificada tal ocupación y obliga a que su desarrollo normativo regule las condiciones de ejercicio de modo que se permita su más amplia y ordenada efectividad[1095]. La jurisprudencia posterior se ocupará de ir delimitando las condiciones de ejercicio y de extender este uso del *foro público* más allá de los lugares públicos, como calles y plazas, a otras propiedades públicas, como, por ejemplo, escuelas, ayuntamientos o bibliotecas públicas.

El autor propone que se reinterprete la doctrina del dominio público a la luz del foro público: *"Cuando están en juego derechos fundamentales, no es suficiente que el Estado exhiba un título de propiedad o dominio público. Es necesario demostrar que su régimen jurídico, lejos de ignorar tales derechos, los tiene en cuenta como principio de configuración"* [1096]. Desde la perspectiva del reconocimiento de las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión es posible sostener que *"... la calificación del espacio radioeléctrico como foro público es la más adecuada cuando se trata de relacionar su uso con el ejercicio de tales libertades. En este sentido ... dentro del genérico 'derecho al foro público' ha de presumirse la existencia de un 'derecho al uso del espacio radioeléctrico' ",* que se convierte en *"... un derecho a acceder a un proceso no arbitrario de*

[1093] **Pace, A.**, op. cit. p. 145. Como ya se citó en el primer capítulo, el profesor italiano critica desde estas premisas la tesis del profesor Bastida y que repetimos de nuevo aquí: *"... a mi parecer, su interpretación del art. 20.1 .a) de la Constitución española no es convincente, porque él concibe del mismo modo la libertad de prensa (que no necesita intermediación legislativa para ser ejercitada) y la libertad de empresa radiotelevisiva (que opera utilizando recursos públicos y, por tanto, necesita la intermediación legislativa y administrativa)".*

[1094] **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit., pp. 170-173.

[1095] Por ejemplo en *Cox versus Lousiana* (1965) el Tribunal Supremo declara conforme con la Primera Enmienda la regulación del foro público (en concreto, la prohibición de manifestarse en determinados lugares de la ciudad para preservar la fluidez del tráfico), pero exige que esas regulaciones no sean discriminatorias. O, como se declara en *Police Dep't versus Mosley* (1972) una vez abierto ese foro público no puede discriminarse el acceso al mismo.

[1096] **Bastida, F.**, *La jurisprudencia...*, op. cit. p. 1044.

selección de acceso al foro. Pero el derecho no sucumbe por ello. Su existencia es anterior a la autorización para acceder al foro público, está en la CE, y el Estado no es libre para decidir si abre o no este proceso" [1097].

Un último bloque de ideas contrario a la tesis del profesor Bastida sostiene, como hace Carmen Chinchilla, que la libertad de antena (o en nuestros términos, libertad de emisión), en cuanto que creación de un medio de difusión, es una manifestación concreta de la genérica libertad de empresa del art. 38, comprendido en la sección 2ª del capítulo 2º del Título I, que goza de una garantía constitucional sensiblemente inferior a la otorgada a los derechos y libertades de la sección 1ª : *"... en nuestro ordenamiento jurídico la libertad de empresa informativa no está reconocida constitucionalmente si no es como concreción de la libre iniciativa privada del artículo 38"* [1098]. Para Bastida, por el contrario, la prohibición de organizar medios de comunicación social no lesiona, más que secundariamente, la libertad de empresa, sino que quebranta directamente las libertades de expresión e información:

> *"... lo que se ve efectivamente comprometido son unos derechos de naturaleza no económica, sino de libertad (de expresión e información) y también, como consecuencia, la formación de una opinión pública libre. Por tanto, no puede decirse que la libertad de empresas informativas surja de la mixtura de dos derechos, los reconocidos en los arts. 20.1, apdos. a) y d) y 38 CE. Nace, en cuanto derecho a crear medios de difusión, del art. 20.1 y su régimen jurídico dependerá de uno u otro precepto en función del nexo que las diferentes actividades de las citadas empresas mantengan con una u otra libertad sustancial."* [1099]

Para este autor[1100] resulta indiferente que el titular del medio persiga, simplemente, la obtención de beneficios económicos. La dimensión objetiva de las libertades de expresión e información, como garantía de una opinión pública libremente formada, está presente con independencia de la finalidad informativa o económica del titular de la empresa. La existencia de un medio -un canal, en lo que a nosotros nos interesa- redunda en mayor pluralismo externo y ello comporta un nexo objetivo entre la libertad instrumental de creación del medio y la libertad sustancial de difundir ideas, opiniones o informaciones

También el profesor Desantes ha insistido a lo largo de toda su obra en la vinculación entre derecho a la información y libertad de constitución de empresas informativas. Así, el pluralismo informativo es la condición positiva para que el derecho a la información garantice el desarrollo pleno de las libertades:

[1097] **Bastida, F.** , *La libertad de antena*, op. cit. , p. 173. Sobre el derecho de acceso al foro público, véase **Barendt, E.**, *Freedom of speech*, op. cit., p. 86.

[1098] **Chinchilla, C.**, op. cit., p. 38. La autora añade que cuando el constituyente quiso garantizar no sólo el ejercicio de una libertad, sino también el derecho a crear el medio para ejercerla, así lo ha hecho expresamente, como ocurre el art. 27 respecto a la creación de centros docentes.

[1099] **Bastida, F**, *La libertad de antena*, op. cit., p. 96. Apuntaremos, por nuestra parte, que esta remisión del régimen jurídico de la empresa informativa, bien al derecho a la información, bien a la libertad de empresa, dependiendo del nexo que tenga la regulación en cuestión con unas u otras libertades, permite fundamentar las normas anticoncentración tanto en la libertad de empresa, cuando esta regulación pretenda garantizar ante todo la libre competencia económica, como en el derecho a la información, cuando se intente lograr un mayor pluralismo informativo.

[1100] **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit., p. 91-92.

> *"La primaria de estas condiciones, pues de ellas se deducen las demás, es el pluralismo informativo. Si existe un ejercicio libre del derecho a la información, existe también la libertad de creación de medios y, para que esta libertad sea efectiva, ha de existir igualmente la libertad de constitución de empresas informativas. El reconocimiento -no concesión- de tales libertades depende del Poder."* [1101]

En términos generales nos adherimos a las tesis del profesor Bastida. Nos parecen sólidos tanto su razonamiento sobre el carácter inescindible de las libertades sustanciales y las libertades instrumentales, como el origen *ex-Constitutione* de la libertad de emisión, su aceptación de la necesidad de la ordenación de esta libertad y su carácter directamente ejercible a falta de regulación y, en fin, su interpretación de la teoría del foro público como derecho a acceder a un proceso objetivo del uso de los recursos públicos para ejercer el derecho a la información. Sin embargo, es de criticar que, en el contexto de la polémica servicio público-televisión privada (que se quiera o no ha pesado sobre toda la doctrina) la libertad de antena, la libertad de emisión, no se confronte con el resto de libertades que el derecho a la información implica. La cuestión, a estas alturas, no es que un régimen de servicio público impida la libertad de emisión, sino como ponderar esta libertad, cada vez más incondicionada merced al proceso de liberalización, con otros derechos en presencia; o como modalizar su ejercicio para lograr el máximo de realización de todas las libertades que se despliegan en el proceso de comunicar mediante la radio y la televisión y, en general, a través de los medios audiovisuales.

Al estudio de esa ponderación y modalización dedicaremos el final de este apartado, pero antes profundizaremos en la fundamentación de la libertad de programación y en los problemas que plantea.

Volvamos sobre la naturaleza jurídica del derecho a la información y los intereses legítimos cuya protección implica.

Si equiparásemos su naturaleza jurídica con la libertad de emisión reduciríamos el derecho a la información a una libertad de los titulares -simplificando, de los propietarios- de los medios, que secuestrarían en su beneficio esta libertad[1102]. Ya nos hemos expresado anteriormente sobre los términos en que el derecho a la creación de los medios forman parte del contenido esencial del derecho a la información, pero ahora queremos subrayar como la libertad de programación puede suponer el uso de medios ajenos. En este sentido, si la naturaleza jurídica del derecho a la información exige que sus titulares puedan crear y dedicar unos medios materiales a la comunicación, el uso de esos medios por otros sujetos es complemento obligado para que esa libertad no se absolutice. El reconocimiento de la libertad de programación comporta que el derecho a la información pueda reconocerse como una verdadera facultad de todos los hombres.

[1101] **Desantes, J. M.**, *"La formación del informador"*, op. cit., p. 72.

[1102] **Chinchilla, C.**, op. cit., p. 37, que subraya como desde su origen la libertad de expresión se manifiesta como libertad de prensa: *"la evolución de los factores tecnológicos y económicos reveló que esta libertad no era de todos, sino sólo de los propietarios de los respectivos medios de producción. Como advierte Burdeau, 'los capitales pueden elegir las ideas, las ideas no pueden encontrar los capitales' "* (Burdeau, Les libertés publiques, 4ª ed. París, 1972 LGDJ, p. 249).

Los intereses legítimos que dan vida al derecho son mejor servidos por la libertad de información. Son éstos los de todos aquellos interesados en comunicar a través de la radio y la televisión: los de los titulares de los canales, pero también los de los profesionales, el público y los programadores independientes... unos intereses específicos que emergen día a día con las nuevas formas de radio y televisión. El reconocimiento diferenciado de la libertad de programación en una situación de proliferación de canales redunda en mayor pluralismo interno y externo y sirve a los intereses de los sujetos que la ejercen y del público en general.

Al tratarse de una facultad que comporta el uso de medios ajenos, de los que no se dispone directamente, parece imprescindible una intervención legislativa que habilite para su uso y ordene su ejercicio. Pero, ¿qué ocurre si el legislador no desarrolla la libertad de programación?. Se trata, ésta, de un conjunto de facultades que requieren del desarrollo legislativo, pero que forman parte del contenido esencial del derecho a la información. Nace la libertad de programación *ex Constitutione* y, por tanto no es un derecho de pura configuración legislativa y, en consecuencia, de existir alguna manifestación que pueda ejercerse sin intervención legislativa será directamente invocable. En tal supuesto encajan algunas manifestaciones de la dimensión *autonomía* y *participación* de los profesionales en los medios para los que trabajan. Los informadores difunden informaciones por medios de los que no son titulares, en el marco de una relación laboral, y conforme a las directrices editoriales del titular de la empresa informativa. Cuando en la relación jurídico informativa entre los editores y los informadores aquellos abusan de su posición, exigiendo conductas informativas que, por ejemplo, vulneren principios deontológicos generalmente aceptados, o impidiendo la participación normal del informador en el proceso de selección de las noticias, entonces, en tales casos, la negativa del profesional a cumplir tales directrices puede considerarse manifestación de la libertad de programación, por mucho que falte el desarrollo legislativo. Pero son casos excepcionales, en los que la libertad de programación adopta la forma de derecho de resistencia. Lo normal es que para que las facultades que comporta la libertad de programación se hagan realidad sea necesaria la interposición legislativa.

No se trata de una posibilidad discrecional del legislador, que pueda o no *conceder* esa facultad. En los acertados términos de la **STC 53/1985**:

> *"... de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa."* (FJ 4°)

El legislador está, pues, obligado a hacer realidad el programa constitucional: que todas las personas puedan expresarse e informar a través de cualquier medio. Cuando los medios se *desconcentran* y los titulares de las distintas fases del proceso tienden a *concentrarse*, como ocurre en la *era digital*, el legislador debe desarrollar el derecho y ordenar los medios de tal manera que el mayor número posible de sujetos puedan comunicar o, en otros términos, participar en las distintas fases del proceso de

comunicación. Y no puede establecer una regulación cualquiera, sino aquella que favorezca el mayor pluralismo externo e interno.

La jurisprudencia constitucional, entre otras la **STC 119/1991**, caracteriza a la libertad de emisión (derecho a la creación de medios) como un derecho instrumental (FJ 5º), y como tal, el legislador dispone de mucha mayor capacidad, de mayor discrecionalidad, a la hora de su configuración. Por nuestra parte, aceptamos que ese derecho instrumental es parte sustancial del contenido esencial del derecho, sin perjuicio de esa mayor discrecionalidad de configuración. Pero, aunque tanto la libertad de emisión como la libertad de programación pueden caracterizarse como instrumentales, de alguna manera la libertad de programación lo es en menor grado, pues si es cierto que supone el uso de medios, estos son ajenos y por tanto el contenido de la libertad de programación ya no reside tanto en la organización de las mediaciones materiales, sino en un uso mucho más directamente relacionado con la propia esencia del derecho a la información; esto es, la libertad de elegir las ideas y opiniones que se van a expresar o los acontecimientos de que se va a informar. En consecuencia, la capacidad del legislador de configurar la libertad de programación en distintas regulaciones positivas habrá de estar en función de dar la mayor extensión a esa libertad de elegir los contenidos y promover un amplio pluralismo interno y externo.

Conforme la teoría de los derechos-fuente[1103], ese desarrollo legislativo de la libertad de programación, esa habilitación para el uso de medios ajenos y las facultades que pueda comportar, vendrían a incorporarse al derecho a la información, pues, como bien indica la **STC 61/1989** *"... el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades que haya reconocido el legislador"*.

La prueba de fuego de la libertad de programación es su exigibilidad no ya frente a los poderes públicos, sino frente a terceros, pues en cuanto supone el uso de medios ajenos, tal libertad no existiría si no pudiera vincular a cualquier titular de un canal, ya sea persona pública o privada. Ya concluimos en el capítulo 1º, 5.2.3, que los particulares se encuentran vinculados por los derechos fundamentales, pudiendo el legislador limitar unas libertades en función de otras (y citábamos a este respecto la L.O 5/92, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal) y los tribunales amparar la violación de los derechos fundamentales originadas por omisiones o actos de particulares. Como afirma Baz[1104], *"... de no admitirse la 'Drittwirkung der Grundrechte' o eficacia inter-privatos de los derechos fundamentales y libertades públicas, al menos a través de la regulación de los cauces de su ejercicio en actos normativos de los poderes públicos ('Mittelbare Drittwirkung'), carecería de sentido la constitucionalización de muchos de ellos..."*

Admitido, pues, el principio general, la vinculación de los particulares por la libertad de programación -o, en otros términos, la limitación de la libertad de emisión por la libertad de programación- encuentra fundamento específico en la doctrina del foro público.

[1103] Sobre la teoría de los derechos-fuente, véase **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit. p. 112.

[1104] **Baz, J. M.**, op. cit., p. 723.

En la radio y la televisión tradicionales la titularidad de un canal implica el uso del dominio público radioeléctrico[1105] y en, consecuencia, el acceso a un foro público. En la sociedad digital, la transmisión puede hacerse por esa pluralidad de medios que configuran la red global y no necesariamente en todo caso a través de la utilización del espectro radioeléctrico. Sin embargo, ya se trate del uso del dominio público, ya del uso de unos medios privados, todos ellos están ordenados al fin de hacer posible la difusión de mensajes. Un canal supone el uso de unos medios públicos o privados para difundir mensajes de un modo diferenciado. Y así podemos considerar los canales como formas de ese foro público. De hecho, aunque los medios de transmisión se encuentran cada vez más liberalizados, es práctica casi universal habilitar al titular del canal mediante alguna forma de licencia.

Puede pensarse que estas licencias son un residuo de otra época, de la época de los oligopolios y la escasez de canales. Pero no debe confundirse esta habilitación con una previa autorización administrativa que haga nacer el derecho a difundir. Como el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente refiriéndose a la libertad de edición, *"... el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración..."* (**STC 12/1982**, FJ. 1º). La habilitación es instrumento de una ordenación sin la cual el ejercicio del derecho resultaría caótico. Esta es la diferencia con la prensa, donde una publicación puede considerarse como foro público cuando disfruta de un monopolio u oligopolio local, por ejemplo, como establece la jurisprudencia norteamericana en el caso *Tornillo*. La diferencia es que al resultar necesaria en la radiodifusión la ordenación previa de los canales, éstos, en todos los casos, adquieren la condición de *foro público.*

A este respecto resulta de interés recordar el caso ***Metro Broadcasting Inc. versus FCC*** (1990). El Tribunal Supremo norteamericano consideró conforme con la Primera Enmienda las prácticas de la FCC de discriminar positivamente a favor de las minorías el otorgamiento de licencias y transferencia de las mismas en los supuestos de quiebra de la empresa titular. El Tribunal reitera su doctrina de *Red Lion*, en el sentido de que, dada la escasez de frecuencias, nadie tiene un derecho previo a la concesión de una licencia y sí, en cambio, un derecho a contender por estas licencias en un plano de igualdad. Pero en la concesión de licencias la FCC debe guiarse por criterios de interés público, entre los que resulta especialmente relevante el del pluralismo. En efecto, *"... la más amplia posible difusión de información de diversas y antagónicas fuentes es esencial al interés público... Salvaguardar el derecho del público a recibir una diversidad de opiniones e informaciones a través de las ondas es, por tanto, un componente esencial de la misión de la FCC y sirve a los importantes valores de la Primera Enmienda y resulta un importante objetivo gubernamental, base suficiente para estas políticas..."*. Puesto que la Comisión Federal de Comunicaciones ha constatado empíricamente que el pluralismo de los mensajes, en términos generales, aumenta cuando una minoría ostenta una licencia, las discriminaciones positivas no suponen una limitación de las libertades de la Primera Enmienda.

[1105] La **STC 12/1982** (FJ 3.°) afirma que *" ... la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público"*. En el mismo sentido las **SSTC 74/1982, FJ 3.° y 181/ I 990, FJ 3**.

En definitiva, si la libertad de emisión supone el acceso no discriminatorio a un proceso de concesión de licencias para operar un canal, esta libertad puede condicionarse o limitarse para favorecer el pluralismo. La libertad de emisión se *modaliza* en favor de la libertad de programación y ambas se ponderan al servicio de la libertad de recepción.

En consecuencia, el titular de un canal no puede arrogarse un uso exclusivo porque es un simple habilitado para usar un foro público, por muy propietario que sea del patrimonio de la empresa informativa. Del mismo modo que un concesionario de autopistas no puede condicionar el paso, el titular de la libertad de transmisión no puede discriminar quién circula por la red, ni el titular de la libertad de emisión monopolizar los contenidos del canal: debe dar paso libre al que le pida usar ese foro público para ejercer su libertad de programación en unos términos razonables. El derecho civil ofrece ejemplos de un uso razonable y limitado de bienes privados por aquellos que no son titulares (por ejemplo, las servidumbres) y existen ordenamientos, como por ejemplo en Finlandia, que han dado reconocimiento positivo a un derecho tradicional como el de paso público a través de los bosques que pueblan el país, incluida la recolección de bayas y setas en términos razonables que no dañen los árboles ni su entorno. Podemos, pues, afirmar que la libertad de programación encuentra fundamento en el derecho de acceso a un foro público confiado a particulares, en determinados supuestos y términos razonables.

El fundamento de la libertad de programación no se agota en las libertades de expresión e información. Los medios audiovisuales son cauce privilegiado para el ejercicio de las libertades de producción y creación artística, comunicación de sensaciones que, a nuestro juicio, la Constitución española engloba acertadamente en el ámbito del derecho a la información (art. 20.1. b)). En la mayor parte de los programas antes que los contenidos informativos o de opinión predominan los artísticos y de espectáculo; otra cosa es el juicio que su calidad nos merezca desde unos parámetros de la cultura tradicional. Al programar y elaborar los programas se eligen contenidos y se ejerce la libertad de programación. Precisamente, si esta libertad puede ser ejercida no sólo por el titular del canal, sino también por los profesionales y los individuos que conforman el público, existirán mayores oportunidades para una mayor diversidad cultural.

Enlazamos, así, con otros de los fundamentos de la libertad de programación: los derechos a la cultura y al ocio. La libertad de creación intelectual y artística es, justamente, el gozne entre el derecho a la información y el derecho a la cultura. El derecho a la cultura ha sido tradicionalmente considerado como uno de los derechos sociales y, así viene incluido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en nuestra Constitución entre los principios rectores de la política social y económica (Título Primero, Capítulo III)[1106]. Se concibe este derecho como la facultad de participar en el

[1106] Recogemos aquí las distintas formulaciones de los derechos a la cultura y al ocio:

Declaración Universal de los Derechos Humanos: *"Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre..."* (art. 24). *"Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten"* (art. 27.1)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *"Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: d) el descanso, el disfrute del tiempo libre..."* (art. 7). *" 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones ... 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el*

acervo intelectual y espiritual de una sociedad, pero se articula como derecho de prestación, que los poderes públicos sirven creando las situaciones materiales para que todos, en las condiciones de mayor igualdad posible, puedan acceder a la cultura de su comunidad.

Nuestra Constitución consagra los principios de neutralidad de los poderes públicos en la vida cultural, al tiempo que les impone la misión de promover la participación y la creación cultural[1107]. Ruiz Robledo[1108] expresa la dialéctica entre ambos principios en los siguientes términos:

> *"Esta participación de una persona en la vida cultural puede ser, lógicamente, activa, como creador de cultura, o pasiva, como espectador, dualidad que obliga a los poderes públicos a una doble actividad: por un lado, a facilitar que nadie con capacidad e interés deje de incorporarse al reducido grupo de creadores culturales, y por otro, a procurar que todas las personas puedan disfrutar del mayor número posible de bienes culturales. Es decir, el Estado debe promocionar tanto la creación como la difusión de la cultura, pero sin cercenar la libertad cultural. Y aquí se llega a la máxima tensión entre la neutralidad y el intervencionismo: su equilibrio debe estar en algún punto medio entre el abstencionismo total de ni siquiera subvencionar económicamente las actividades culturales privadas (se vulneraría el principio de promoción) y el dirigismo avasallador de controlar cualquier iniciativa particular (se vulneraría el de libertad cultural).*

El art. 44, como incluido en el Cap. Tercero del Título Primero, es un precepto programático, no un derecho público subjetivo directamente invocable ante los tribunales, sin perjuicio de su carácter informador de la actividad legislativa y reglamentaria y de la actuación de los poderes públicos y de su función como principio interpretativo, pese a su escasa invocación tanto por la justicia ordinaria como por constitucional[1109].

El Informe de la Comisión Especial del Senado[1110] sobre los contenidos televisivos realiza una reflexión sobre el derecho a la cultura que vale la pena tener en cuenta. Superadas concepciones elitistas de la cultura y entendida ésta como el entorno intelectual en el que nos movemos, que se desarrolla en todos los aspectos de la comunicación y que opera en la socialización del individuo y en la transmisión de valores que orientarán sus vidas, los contenidos televisivos configuran ese entorno cultural entendido en sentido amplio. Participar de la cultura de nuestra comunidad es imprescindible para ser ciudadanos y ese acceso a la cultura sirve a la nivelación de las desigualdades sociales. El derecho a la cultura -dice el Informe- debe entenderse como un derecho fundamental

---

pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura ..." (art. 15).

Constitución española: *"1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general"* (art. 44)

[1107] Para **Ruiz Robledo, Agustín**, *"La Constitución cultural española", La Ley-Actualidad*, 10 de marzo de 1999, el principio de neutralidad o libertad se desprende de los arts. 16, 20.1 b), 20.1 c), 27.1, 27.6, 21, 22, mientras que el de promoción cultural se desprende de los mandatos de los arts. 9.2, 27.5, 44, 46, 48 y 50.

[1108] Ibídem.

[1109] Ibídem.

[1110] Op. cit., Exposición, pp. 73-74.

autónomo, como un derecho de prestación, teniendo en cuenta su ubicación en el texto. *"Si nuestro modelo de estado es el de un estado social, que provee a los ciudadanos de los bienes básicos considerados imprescindibles, tales como la educación o la sanidad, lo que la Constitución indica es que también la cultura se cuenta entre uno de los bienes básicos que deben ser distribuidos equitativamente".* Y cita el Informe para apoyar tal afirmación los preceptos de la Constitución[1111] que desarrollan la voluntad declarada en el Preámbulo de *promover el progreso de la cultura ... para asegurar una digna calidad de vida*. La Comisión constata el papel de la televisión sobre la transmisión de valores que forman nuestra cultura y cómo la degradación de la programación contribuye al repliegue egoísta sobre lo privado, al crecimiento de comportamientos insolidarios y a la crisis de la conciencia colectiva. El Informe se pronuncia en favor de hacer compatible la no injerencia pública en el ejercicio de la libertad de creación cultural con la adopción de medidas positivas de desarrollo, a fin de hacer accesibles a todos los bienes culturales.

Avanzando sobre las conclusiones de este Informe, sería error concebir esos bienes culturales como simples productos de consumo, que el Estado pone a disposición de todos los ciudadanos, conforme la demanda. El Estado debe -como dice el Informe de la Comisión Especial del Senado- suscitar esa demanda. Bienes culturales son los productos de la libertad de creación intelectual, artística y cultural, y hacerlos llegar a todos para que puedan disfrutar de ellos es obligación que impone a los poderes públicos este derecho de prestación. Pero bienes culturales son también aquellas infraestructuras y condiciones materiales que permiten una participación como sujeto activo cultural, ejerciendo esa libertad de creación. Y el derecho a la cultura obliga a los poderes públicos a promover esa participación cultural, poniendo a disposición de los ciudadanos los medios necesarios y removiendo los obstáculos que la impidan.

Pues bien, la cultura de nuestros días, se quiera o no, es una cultura audiovisual. La libertad de programación, en cuanto que permite que un mayor número de sujetos puedan ejercer la libertad de creación intelectual y artística, sirve al derecho a la cultura. O, si se prefiere, el derecho a la cultura, es otro de los fundamentos de la libertad de programación. Y otro tanto puede decirse del derecho al ocio, en cuanto que la libertad de programación redunda en una mayor riqueza de los contenidos y, por tanto, en mayores posibilidades de elección para ocupar ese tiempo libre, sin descartar que pueda emplearse en comunicar a través de un canal de radio o televisión y, por tanto, ejercer la libertad de programación en nuestro tiempo libre.

Invocar el derecho a la cultura como fundamento de la libertad de programación nos plantea el problema de la **naturaleza** de la libertad de programación. ¿Es la libertad de programación un derecho de libertad o un derecho de prestación?. Sin perjuicio de que esta libertad pueda manifestarse -como desarrollaremos a lo largo de este capítulo- como libertad autonomía, libertad participación y libertad capacidad, la respuesta a la anterior pregunta es que la libertad de programación es, en primer término, un derecho de libertad. Un derecho de libertad porque toca al núcleo esencial del derecho a la información: elegir el contenido de los mensajes. Ni los poderes públicos, ni el titular del canal pueden

[1111] Arts. 9.2 (facilitar la participación política, económica, cultural y social), 25.2 (el condenado a prisión tendrá acceso a la cultura) Art. 48 (los poderes públicos promoverán la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económica y cultural). Art. 50 (acceso de la tercera edad a la cultura y al ocio).

interferir esa facultad cuando se ejerce por los profesionales, por los programadores independientes o por los miembros del público que han obtenido acceso al canal. En este sentido es un derecho de libertad, que exige la abstención de poderes públicos y particulares.

Pero para que las dimensiones de participación y capacidad sean reales se requiere -sin perjuicio de las excepciones mencionadas anteriormente en las que es posible una ejercibilidad inmediata- la habilitación del legislador. De este modo la libertad de programación es un derecho de prestación. En el Estado social y democrático los ciudadanos tienen derecho a que los poderes públicos desarrollen políticas que remuevan los obstáculos que impiden el ejercicio por parte de todos del derecho a la información. Como bien indica Villaverde[1112] *"...el derecho de libertad puede que necesite del complemento de un derecho de prestación, bien porque así lo impone la Constitución o porque su efectivo disfrute impone al Estado una política de prestaciones normativas, de bienes o de servicios (artículo 9.2). El artículo 53.1 reserva a la ley el establecimiento de esas prestaciones en tanto son parte de la regulación del ejercicio efectivo de un derecho fundamental"*.

Para hacer realidad la libertad de programación no es necesario que los poderes públicos presten unos servicios; basta con que el legislador habilite para usar, en determinadas condiciones, un canal que no es propio. Por tanto, es un derecho de prestación, en cuanto que derecho a una ordenación que permita a todos el acceso razonable y lo más amplio posible[1113] a los canales existentes. No se trata de garantizar a cada ciudadano, ni siquiera a los profesionales, la disposición incondicionada y en todo momento de los medios necesarios para difundir[1114]. Se trata de ordenar los medios, los canales existentes, para que, en determinadas condiciones, en presencia de intereses legítimos, se abran a los que no son sus titulares. Para ello, además de la habilitación legislativa se hacen imprescindibles políticas públicas que fomenten la participación, vigilen que no se pongan cortapisas al ejercicio de la libertad de programación, impidan la concentración y, en su caso, dispongan de subvenciones u otros medios materiales para facilitar su ejercicio[1115] o mantenga canales públicos, en los que se establezca un mayor grado de acceso que en los privados.

[1112] **Villaverde, I**, op. cit., p. 212.

[1113] Como recuerda la **STC 83/1984** el principio de igualdad no significa la absoluta igualdad material: *"No implica sin embargo este precepto (art. 14) que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los poderes públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios."* (FJ 3°). En el mismo sentido STC 8/1986. Lo que se propone con el reconocimiento y desarrollo de la libertad de programación no es la absoluta igualdad de medios, sino abrir cauces para que puedan comunicar aquellos que no disponen de canales.

[1114] Posibilidad que la **STC 6/1981** (tanto el fallo, como el voto particular de Fernández Viagas) considera carente de apoyo en el art. 20 CE. Para **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit., p. 72, lo que garantiza la Constitución es la disponibilidad jurídica, que no la material, de los medios, dada la relación necesaria entre la libertad sustancial y la libertad instrumental.

[1115] Ciertamente no existe un derecho constitucional a que los poderes públicos subvencionen los medios de comunicación. El art. 20 no hace ninguna manifestación en este sentido, e incluso cuando la Constitución ordena a los poderes públicos ayudar a los centros docentes en los términos dispuestos por la ley, el Tribunal Constitucional, **STC 86/1985**, declara que el derecho a la subvención no nace de la Constitución, sino de la ley. La **STC 6/1981** negó expresamente fundamento

Desde luego, la doctrina del foro público y más específicamente el reconocimiento y desarrollo de la libertad de programación, llamada a coexistir con la libertad de emisión, choca con la arraigada idea de que el propietario de la empresa es propietario del medio informativo. En nuestra concepción, el medio -el medio radio, o el medio televisión- es un conjunto de estructuras sociales; pero aun circunscribiéndonos a la noción de medio informativo como modalidad de comunicación diferenciada, esto es, en la radio o la televisión clásicas, el canal, no puede decirse que el propietario de la empresa lo sea del canal. En estos términos distingue el profesor Desantes[1116] entre propiedad empresarial y titularidad del medio (en la acepción de *voz* diferenciada):

> *"... El propietario individual o societario del capital de la empresa es propietario de los elementos materiales instrumentales que permiten la producción y difusión del medio; pero no es propietario del medio en el sentido dominativo romano recogido en los Códigos civiles, sobre todo los de corte napoleónico. ... El mensaje no es propiedad del empresario en cuanto empresario informativo. El redactor o el colaborador, salvo pacto en contrario, no le transmiten más que la facultad de difusión en un número del impreso periódico o en un programa audiovisual. Incluso cuando se pacta algo más que la cesión de tal facultad, nunca se transmite la totalidad del derecho del autor pues las llamadas facultades morales son intransferibles. Tampoco se puede decir que el empresario es propietario del soporte. En el soporte intangible porque no puede ser propietario de las ondas radioeléctricas que usa, que por axioma no son de nadie en concreto, sino patrimonio de la Humanidad y que le son atribuidas exclusivamente para que pueda servir al derecho a la información. En los soportes tangibles, que son todos los demás, porque, en el momento de formar parte de un medio por la difusión efectiva, pasan a ser, a diferencia del mensaje, propiedad del adquirente del ejemplar."*

El que no sea propietario del canal no quiere decir que el titular de la empresa de emisión carezca de poderes, el más importante el de decidir sobre los contenidos y su

constitucional a un pretendido derecho de subvención de los medios de comunicación privados. En un régimen de concurrencia, las ayudas públicas se encuentran limitadas por el ordenamiento comunitario a supuestos estrictos. No proponemos, pues, la subvención a canales que pudieran ser considerados alternativos, sino ayudas económicas para favorecer las actividades de los sujetos que pudieran ejercer la libertad de programación (programadores independientes, jóvenes creadores, asociaciones constituidas con el fin de promover una comunicación plural, fundaciones que ofrezcan medios de producción), con la consiguiente ampliación del pluralismo. En cualquier caso, toda ayuda o subvención deberá, según declara la citada sentencia (FJ. 3º) estar dirigida a lograr una mayor igualdad de oportunidades entre aquellos que desean comunicar: *"... la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente)..."*.

[1116] **Desantes, J. M.**, *"La formación del informador..."*, op. cit., p. 75. El autor ha desarrollado posteriormente esta idea en *"La titularidad de la empresa informativa sobre el medio que difunde"*, Comunicación y Sociedad, Vol. VIII, nº 2, Pamplona, 1995. Para el profesor Desantes *"mensaje y soporte, unidos en una común finalidad difusiva, son ... los elementos que configuran el medio"* (p. 15). El propietario de la empresa informativa no es propietario de los mensajes, sólo titular parcial y por transmisión de los derechos de autor sobre el mismo. No puede ser tampoco propietario del medio, ya sean las ondas radioeléctricas, ya los ejemplares puestos a disposición del público en que se ha transformado el papel. El empresario, la empresa informativa, es titular del medio. Esta titularidad comporta *facultades promocionales* (facultad de fundar la empresa, facultad de organizar la empresa, facultad de representación, facultad de organizar y gerenciar, facultad de crear el medio propiamente dicho, facultad de disposición), *facultades coordinadoras* (establecer y hacer cumplir los principios editoriales, facultad de contratar al personal y otras aportaciones intelectuales, facultades de incorporación, difusión y distribución) y *deberes empresariales* (obtener beneficios, aprovechar las medidas de fomento, gestionar la publicidad, cumplir los principios editoriales, controlar la calidad de la información, difundir efectivamente el medio, establecer vías de participación, deber de responder). Estas facultades y deberes no corresponden con el contenido típico del dominio.

correlato de responsabilidad jurídica. Pero ese poder del titular del canal habrá de modalizarse en el marco de la específica relación jurídico-informativa y ponderar su ejercicio con el de la libertad de programación.

Llegamos pues a la cuestión clave. ¿Qué circunstancias legitiman el ejercicio de la libertad de programación?. En otras palabras, ¿cómo podemos determinar en que supuestos de hecho puede ejercerse ?. El método es ponderando esta libertad con otros derechos distintos del derecho a la información y armonizando y modalizando su ejercicio con el resto de las libertades derivadas del derecho a la información en el marco de una relación jurídico-informativa armónica. En lo que resta de capítulo, tras delimitar su sujetos, objeto y contenido, estudiaremos, a través de sus dimensiones de autonomía, participación y capacidad, su modalización con la libertad de emisión. En el capítulo 4º nos ocuparemos de su ponderación con la libertad de recepción y, en general, con otros derechos, al estudiar la responsabilidad a que pudiera dar lugar su ejercicio. Pero ahora avanzaremos algunos criterios generales.

Nos remitimos al capítulo 1º, 5.5, para recordar las nociones de conflicto de reglas y colisión de principios. En un conflicto de reglas, una debe ser sacrificada en favor de otra: o bien se introduce en una de ellas una cláusula de excepción, bien se declara inválida una de ellas. En la colisión de principios, en cuanto que mandatos de optimación, en ciertas circunstancias un principio precede a otro, precedencia que en un supuesto distinto puede revertirse. La colisión entre principios distintos se resuelve mediante la aplicación del principio de ponderación, articulado a través de los principios de idoneidad (adecuación de la medida limitatoria de un principio al fin de la realización de otro), necesidad (exigencia de que se realice por el medio menos lesivo) y proporcionalidad propiamente dicha.

En la declaración que la Constitución española hace del derecho a la información hay una regla taxativa: la interdicción de cualquier tipo de censura previa (art. 20.2). Históricamente se ha entendido la censura previa como el control por parte de los poderes políticos de la previa difusión del pensamiento: libertad de expresión era equivalente a prohibición de censura, como modo de afirmar un ámbito de inmunidad individual frente al poder. Nuestra jurisprudencia constitucional, remisa -como vimos, capítulo 1º 5.6- a extender esta garantía institucional a las medidas limitativas sobre el funcionamiento de los medios, ha caracterizado la censura previa en los siguientes términos:

> *"Por censura previa puede entenderse cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente el hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido, y siendo ello así parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que ... tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1..."* (**STC 52/1983**, FJ. 5º; en igual sentido la **STC 13/1985**, FJ. 1º)

En el presente las *medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu* no provienen tanto de la injerencia de los poderes públicos a través del previo examen oficial, como de la absolutización de la libertad de emisión (y la libertad de edición), que se reclama con la doble legitimación del derecho a la información y del

derecho a la propiedad[1117]. Es desde luego, un control previo más sutil, pues se ejerce a través de diversos mecanismos, como los que suponen los condicionamientos de la financiación publicitaria; pero no por sutil deja de constituir un poder sobre los mensajes, sobre las ideas, opiniones, sensaciones e informaciones que pueden difundirse y recibirse por un público masivo. La situación se agrava cuando en un ámbito determinado -geográfico o especializado[1118]- nos encontramos con un único o un muy limitado número de canales.

Si los derechos fundamentales son eficaces también frente a los particulares, el espíritu de nuestro tiempo nos exige considerar censura cualquier medida limitativa previa a la difusión, cuando el sujeto que pretende difundir no pueda hacerlo por otros medios. Y no basta decir que siempre se pueden utilizar medios de distinta índole. Si se nos impide realizar una denuncia contra el alcalde en la única emisora de la localidad, siempre nos quedará repartir octavillas con nuestra denuncia, pero el efecto no será, desde luego, el mismo, ni por el público receptor ni por los recursos expresivos del medio. Si sostenemos la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares no puede circunscribirse la censura previa al control previo ejercido por los poderes políticos. Impedir el acceso al foro público que supone un canal único o privilegiado es una medida de censura previa.

Para Barendt[1119] resulta aceptable la reducción de las libertades de editores o emisores en los supuestos de cuasi-monopolio que impiden la expresión de una relevante opinión:

> *"El reconocimiento de derechos positivos de expresión para permitir que la gente pueda comunicar sus opiniones a una audiencia masiva puede, por tanto, ser justificada allí donde sus voces serían de otro modo sistemáticamente excluidas, o donde existiera alguna indicación de discriminación por parte de las autoridades públicas..."*

En consecuencia, en estos supuestos, la libertad de emisión decae ante la libertad de programación. Dada la actual pluralidad de canales pueden ser supuestos muy limitados, pero en ellos sería legítimo y digno de amparo constitucional, incluso, el acceso al canal sin previa habilitación o acuerdo del titular -pensemos, por ejemplo, en esa única emisora local y en la posibilidad de interceptar sus emisiones con el mensaje que sistemáticamente su titular ha rechazado. Equiparable también a la censura previa puede considerarse cualquier concertación de los canales existentes para impedir la difusión de una idea, opinión o información relevante. Pues, aunque nuestra jurisprudencia constitucional[1120] se limita a exigir de las noticias (y no de las ideas o de las opiniones) esta relevancia pública para que la comunicación sea digna de protección preferente, este criterio de la trascendencia para la comunidad a que va dirigida es requisito imprescindible para considerar que un mensaje es censurado si se impide su difusión por los canales existentes. Es materialmente imposible garantizar la difusión a toda idea, a todo hecho, a

[1117] Y así, cualquier medida reguladora de los contenidos suele calificarse por los titulares de los canales o desde posiciones liberales como censura previa. Por ejemplo, el Secretario General de Comunicaciones declaró (EL PAÍS, 3/4/98) que *"... entrar con un hacha en la telebasura sería tanto como recaer en la censura previa..."*.

[1118] Piénsese, por ejemplo, en el monopolio de un canal de información económica y financiera.

[1119] **Barendt, E.**, *Freedom of speech*, op. cit., pp. 85-86.

[1120] Véase capítulo 1º, 5.2.1, y por todas, la **STC 190/1996**.

toda opinión, a todo sentimiento... que un ser humano pueda concebir. En una pluralidad perfecta de canales -en un ideal *mercado de las ideas*- los mensajes compiten para ver reconocida esa relevancia mediante su difusión pública; pero cuando tal pluralismo externo no existe o es muy limitado, impedir que esos mensajes relevantes lleguen al conjunto de la sociedad, es, venga de quien venga la obstrucción, persona pública o privada, una pura y simple censura.

La **relevancia** es la característica que deben presentar los mensajes para que su difusión sea debida. Y lo es porque la difusión es en función de la recepción: quien difunde ejerce su derecho, pero también cumple un correlativo deber respecto al receptor. El sujeto universal, el público, tiene derecho a recibir esos mensajes relevantes y obstaculizar su difusión es también impedir, censurar, la libertad de recepción.

El requisito de la relevancia es, por supuesto, un concepto indeterminado, pero pueden apuntarse criterios indicadores de esa relevancia: que afecte a los asuntos públicos o más, concretamente, al gobierno de la correspondiente comunidad, que se refiera a una minoría cualificada, que se pretenda difundir por un grupo o asociación suficientemente representativo, que exista una amplia polémica sobre la cuestión a la que se refiere el mensaje... y otros semejantes. A los tribunales correspondería valorar las circunstancias concretas para determinar si existe o no censura; ciertamente, en un sistema de *common law* es mucho más fácil construir este concepto amplio de censura, mientras que en nuestro derecho sería conveniente un previo desarrollo legislativo, por la dificultad de iniciar una acción de amparo frente a un particular, titular de un canal que disfruta de una situación de monopolio o posición dominante, que se niega a permitir la difusión de un mensaje relevante.

Si la interdicción de la censura es una regla, la libertad de programación puede ser considerada como un principio, un mandato de optimación, susceptible de ponderarse con otros derechos. La libertad de programación tiene que ponderarse con los derechos de la personalidad en los supuestos de colisión, como cualquier otra facultad derivada del derecho a la información, aspecto éste especialmente desarrollado por nuestra jurisprudencia constitucional. Pero, en lo que aquí interesa, son el derecho de propiedad y la libertad de empresa, obstáculos a la libertad de programación, los que deben ser sometidos a la técnica de ponderación. Si en ciertos supuestos hasta los derechos de la personalidad pueden verse constreñidos, con tal de que su sacrificio resulte imprescindible, idóneo y proporcionado al doble fin de permitir el ejercicio de la libertad de difusión y de no privar al público de recibir los mensajes que resulten relevantes, cuanto más estos derechos más externos al núcleo esencial de la persona. En palabras de Desantes y Soria[1121] (véase su concepto de *compresión* de un derecho, capítulo 1º , 5.5):

> *"Hay también otros derechos, reconocidos constitucionalmente, que quedan fuera del ámbito de la personalidad y, por tanto, tienen una menor potencia compresora. Son los derechos de las personas sobre las cosas exteriores a ellas, sobre los bienes materiales. El principal de estos derechos en las Constituciones que proceden de la francesa de 1789 es la propiedad. De acuerdo con su naturaleza, el derecho de propiedad es el que debe comprimirse ante el derecho a la información. Este criterio de armonización tiene unas*

[1121] Op. cit., p. 67.

importantísimas consecuencias para la profesión informativa y para el sujeto universal, sobre las que no se ha recapacitado suficientemente. El tema no ha llegado a plantearse tampoco ante el Tribunal Constitucional."

Es frecuente que los titulares de las empresas de emisión opongan a cualquier solicitud de participación o de acceso una invocación de una libertad de expresión incondicionada, cuya supervivencia se hace depender de la rentabilidad económica de la empresa. Es decir, se enmascara bajo la etiqueta de la libertad de expresión el derecho de propiedad y la libertad de empresa, tendiendo a confundir ambos títulos en un mismo régimen[1122]. Se confunde también la empresa con el medio u órgano informativo[1123]. La libertad de empresa es, al tiempo, contenido de un derecho subjetivo y garantía de una institución básica de la economía social de mercado. La libertad de empresa tiene como contenido esencial la libertad de crear organizaciones que realicen una actividad económica de producción o distribución de bienes o servicios y, en este sentido, es tanto un derecho subjetivo como una institución básica de la economía de mercado[1124]. La base de la libertad de empresa es la titularidad, que en la mayor parte de los casos es de propiedad, derecho del que nuestro Tribunal constitucional ha reiterado la doctrina tradicional de su función social, delimitadora de su contenido[1125]. En caso de colisión, el derecho a la información prima sobre el derecho de propiedad y la libertad de empresa. Pero, en palabras de Bastida[1126]:

"... La colisión entre dos derechos no se ha de solucionar recurriendo a una jerarquización de los mismos, sino evitando la colisión, y ello sucede cuando se delimita convenientemente los ámbitos de cada uno y los hechos objeto de calificación jurídica. En definitiva, la pertenencia de la libertad de empresas informativas al contenido de las libertades de expresión e información viene marcada por la relación interna y directa de la creación de las mismas con esas libertades sustanciales y en tanto en cuanto las actividades de las empresas informativas -tengan la naturaleza que tengan- se estimen involucradas en la relación, habrá que considerarlas dentro del contenido o esfera de ejercicio de los derechos reconocidos en los apdos. a) y d) del art. 20.1 CE. Ésta es la razón por la que el derecho a crear medios de difusión se sitúa dentro del citado ámbito, incluso si se considera su ejercicio sólo una actividad económica conexa a las libertades de expresión e información."

La libertad de programación también se sirve de la libertad de empresa: productores y programadores independientes constituyen organizaciones empresariales y el propio titular de la libertad de emisión ejerce también la libertad de programación a través de su empresa. Las relaciones de estas organizaciones desde el estricto punto de vista de la libertad de empresa pueden ordenarse por el derecho de la concurrencia. Pero el mayor obstáculo que los titulares de un canal pueden oponer a la libertad de programación de los titulares de otras empresas informativas, de los profesionales o de cualquier persona, no es invocar la libertad de empresa y el derecho de propiedad, sino su

[1122] **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit., pp. 83-84.

[1123] La distinción entre empresa y medio informativo se ha desarrollado por el profesor Desantes. Véase nota 1068.

[1124] **García Llovet, E.**, op. cit., p. 173.

[1125] **SSTC 37/1987**, **227/1988, 89/1994**

[1126] *La libertad de antena*, op. cit., p. 98.

propio derecho a la información, concretado en la libertad de emisión. Si uno de los criterios para ponderar dos derechos es dilucidar cual resulta más imprescindible a la dignidad humana, aquí nos encontramos con la invocación de dos libertades con un fundamento común: la facultad de difundir por cualquier medio que implica el derecho a la información. Corresponde, por tanto, más que ponderar una y otra en cada caso concreto, establecer una ordenación general de las relaciones jurídico-informativas que armonice las libertades de emisión y programación. Pero esa ordenación no puede ignorar la libertad de recepción del público: armonizar las libertades difusivas de emisión y programación con la libertad de recepción del público supondrá dar un carácter institucional a la ordenación de las relaciones jurídico-informativas mediante la radio y la televisión.

El ejercicio de la libertad de programación conllevará siempre una limitación a los poderes del titular de la libertad de emisión, que se verá obligado a difundir (y en su caso contratar) unos programas que no le son propios. Sacrificio que, desde luego, debe estar sometido al principio de proporcionalidad y, por tanto, resultar imprescindible e idóneo para la realización de la libertad de programación y ser lo menos gravoso posible.

No son la colisión entre la libertad de programación y la libertad de emisión las únicas posibles. Pudiera existir también entre, de una parte, la libertad de producción y programación y, de otra, la libertad de emisión y transmisión. El primer supuesto es descartable, porque la libertad de producción se subsume en la libertad de programación. El segundo puede ser bien real si el titular de la libertad de transmisión se niega a transmitir la emisión de la Programación de un determinado canal. En tal caso, no se impediría sólo la libertad de emisión, sino también la libertad de programación y, en general, la libre comunicación. Sin embargo, esta colisión no es difícil de resolver: basta con establecer un régimen de esa red global que garantice la transparencia y el acceso no discriminatorio a todos los titulares habilitados de la libertad de emisión.

Nos concentraremos en la colisión entre la libertad de programación y la libertad de emisión. A continuación enunciamos los previsibles supuestos de conflicto. Con ello queremos indicar no tanto pautas para la ponderación judicial, como supuestos que deberían ser abordados por una legislación de desarrollo de la libertad de programación. Partiendo de que el titular de la libertad de emisión es un sujeto organizado (de estructura empresarial o institucional) habilitado para operar un canal a través del cual emite una Programación, los supuestos, que serán desarrollados en el resto de este capítulo 3º, son los siguientes:

A) Entre el titular de la libertad de emisión y los profesionales:

- Participación en la orientación de la Programación
- Libre elaboración de la Programación

B) Entre el titular de la libertad de emisión y el sujeto universal:

- Participación del público en la orientación de la Programación
- Acceso del público a la programación

C) Entre el titular de la libertad de emisión y otros sujetos organizados

- *Coprogramación* de los productores y programadores independientes

La armonización entre las libertades de emisión y programación sirve al pluralismo, principio rector de la relación jurídico-informativa. En efecto, admitido que la libertad de emisión forma parte del contenido esencial del derecho a la información, no disponible por el legislador, si ésta se ejerce en un marco de mercado, en virtud de la concentración, tal libertad de programación será el derecho de unos pocos conglomerados a difundir ideas, opiniones e informaciones... Sólo el reconocimiento al mismo nivel, esto es como formando parte del contenido esencial, de la libertad de programación puede permitir neutralizar la imparable construcción de oligopolios informativos. Se logrará, así, la capacidad efectiva de que todos se expresen e informen mediante mensajes audiovisuales, al tiempo que se garantizan los derechos del público receptor.

Hasta aquí la consideración de las libertades difusivas desde un punto de vista subjetivo. Pero no basta con armonizar las libertades de programación y emisión. Las libertades difusivas no pueden perfeccionar la relación jurídico-informativa; la programación y emisión son para la recepción y la relación jurídico-informativa se completa con la libertad de recepción. Al ponderar libertad de programación y libertad de emisión no puede olvidarse el derecho del público (y de la minorías dentro de ese público masivo[1127]) a recibir. Si, como establecimos en el capítulo 2º, 2.2, las relaciones jurídico-informativas constituidas en los medios audiovisuales tienen una relevante función pública, es necesario que la armonización de las libertades difusivas y de éstas con la libertad de recepción se institucionalice en una ordenación de la relación jurídico-informativa, en la que la libertades e intereses legítimos queden ponderados y garantizados frente a injerencias externas. Si esta ordenación está presidida por el principio de pluralismo podremos hablar de libertad de radiodifusión: la libertad del medio exige el equilibrio entre las libertades de los que pretenden difundir y los intereses de los que tienen derecho a recibir.

En esta institucionalización de la relación jurídico-informativa hay lugar para un servicio público renovado, entendido como una ordenación que parta del reconocimiento de las libertades de emisión y programación (superando la concepción concesional), que atribuya obligaciones públicas a los sujetos emisores (más exigentes a los de titularidad pública, por ejemplo un mayor grado de acceso y participación del público en la Programación) vigiladas y garantizadas por una autoridad independiente. Reconocido el carácter *ex-Constitutione* de las libertades de emisión y programación, un régimen de servicio público renovado puede ordenar estas libertades, pero nunca limitarlas de tal manera que su ejercicio sea imposible en la práctica. El servicio público ya no se caracteriza por la oferta única o limitada de una Programación capaz de satisfacer todos los intereses, sino que se convierte en el marco que garantiza la emisión de una pluralidad de Programaciones variadas y plurales (pluralismo de Programaciones y programas)[1128].

[1127] **Saavedra, Modesto** en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado: *"El público tiene derecho a recibir información por cualquier medio de difusión como reverso de la libertad de expresión. Pero también el derecho a la información libre y veraz se basa en el pluralismo que garantiza el contraste informativo y, por ende, la posible objetividad de la información. No obstante, el pluralismo exige el respeto de las minorías culturales, lo cual está reñido con las leyes del mercado. Es así como los medios de comunicación traicionan o incumplen sus funciones informativa, cultural y educativa. " Informe Com. Esp. Senado, op. cit., p. 31*

[1128] El peligro es que al pasar de un concepto a otro el servicio público pierda personalidad y se diluya sin que exista una alternativa apropiada. Así lo ponen de manifiesto para el Reino Unido **Curran y Seaton**, op. cit, p. 302.

Cualquier ordenación traba y vincula distintas libertades entre sí y con elementos institucionales. Así, por ejemplo, las cuotas en favor de la producción audiovisual europea tienen su fundamento, desde un punto de vista subjetivo, tanto en el derecho del público a recibir unos mensajes audiovisuales que les sean propios y cercanos y les sirvan para entenderse mejor como miembros de una comunidad, como en el de los creadores en ver promocionadas su obras. Pero este fundamento subjetivo tiene un correlato objetivo o institucional: preservar y fomentar la cultura propia. Desde un punto de vista subjetivo, las cuotas son una indudable limitación a la libertad de emisión, pero, también, un cauce para que las libertades de producción y programación de los nacionales y europeos puedan realizarse, aspecto subjetivo que se complementa con otro elemento objetivo de la ordenación: las medidas de fomento del audiovisual europeo a través de los programas MEDIA.

Entiendo que en esta institucionalización de la relación jurídico-informativa la libertad de programación, que es manifestación directa y subjetiva del derecho a la información, sirve objetivamente al pluralismo y tiene, por tanto, una dimensión objetiva o institucional. Sin libertad de programación la libertad de emisión se hará absoluta, poniendo toda la relación al servicio de los sujetos emisores, esto es, de los titulares de las empresas emisoras. Y a su vez, el ejercicio de la libertad de programación debe regirse también por el principio del pluralismo, de modo que se difundan programas y Programaciones variadas y plurales. De que las relaciones jurídico-informativas a través de los medios audiovisuales estén presididas por el principio del pluralismo depende, en gran medida, la democracia, pues, como afirman los expertos -nada sospechosos de querer *expropiar* la libertad de emisión- que asesoran al Comisario Oreja:

> *"Una sociedad que limita el acceso a la información o la libertad de expresión a unos pocos privilegiados no es democrática. El papel de los medios de comunicación, incluso en su acepción más minimalista, es crucial para el funcionamiento de las sociedades democráticas."* [1129]

Para que esa función pública, esencial en una sociedad democrática, pueda realizarse la libertad de programación tiene que ejercerse responsablemente. De ello nos ocuparemos en el capítulo 4º, 2

1.4. Los sujetos de la libertad de programación

Toda persona es titular de las libertades de expresión e información, tanto en su dimensión difusiva como en la receptiva. Pero este sujeto universal puede -por diversas motivaciones- desear expresarse o informar mediante mensajes audiovisuales y pasar de una actitud simplemente receptiva a una actitud difusiva. Para ello es posible organizarse empresarialmente (o institucionalmente) o cualificarse profesionalmente para producir, programar y emitir programas. O puede también actuar este sujeto universal como sujeto difusor mediante el acceso y la participación en la Programación de personas y grupos, que ni están cualificados profesionalmente, ni se organizan con la finalidad específica de programar. Organización empresarial (e institucional), cualificación profesional y

[1129] Informe Alto Nivel, op. cit., p. 9.

participación social son las mediaciones que permiten, en general, a todo hombre difundir mensajes colectivos y, en particular, ejercer la libertad de programación.

Podemos, conforme a esta mediaciones, realizar una tipología de los sujetos de la libertad de programación:

A) Sujetos empresariales[1130]

Los sujetos empresariales se caracterizan por organizar de modo permanente unos medios materiales al fin específico de comunicar. Distintivo de estos sujetos es la búsqueda del lucro con su actividad, aunque en esta categoría incluimos también aquellos sujetos que adoptan un estatuto jurídico mercantil, aunque la consecución del lucro resulte para ellos un objetivo secundario, como frecuentemente ocurre con los medios informativos fundados por partidos, confesiones religiosas u otras instituciones. Utilizamos, pues, el término sujetos empresariales como paradigma de los sujetos organizados.

- Empresas de producción y programación. Sus titulares lo son de la libertad de programación, que sólo podrá encontrar su realización mediante una empresa de emisión.
- Empresas de emisión. Sus titulares lo son de la libertad de emisión y de la libertad de programación, en cuanto que produzcan y programen por sus propios medio[1131]. Las libertades del sujeto emisor deberán ser armonizadas con las del resto de los sujetos, que, justamente, requieren de la empresa de emisión para llevar a la práctica sus facultades.
- Empresas operadoras de redes cerradas (sistemas de cable y *plataformas digitales*). Sus titulares lo son primariamente de la libertad de transmisión. Salvo que gestionen directamente alguno de los canales del sistema no son titulares de la libertad de emisión ni de la libertad de programación. Pero en la medida en que determinan los canales que serán emitidos por el sistema (a diferencia de los operadores de redes abiertas), están ejerciendo una libertad de emisión de segundo grado: no controlan los programas concretos, pero sí los canales distribuidos a los abonados. Esa libertad de emisión de segundo grado deberá ser armonizada con la libertad de emisión de primer grado de los titulares de los canales y con la libertad de programación de éstos y del resto de los sujetos. Estos sistemas son especialmente apropiados para que los sujetos participativos ejerzan su libertad de programación.

[1130] Sobre la distinción empresa-empresario me remito a la teoría mercantil clásica: **Uría, Rodrigo**, *Derecho Mercantil*, 9º edición, Madrid, 1974, p. 30. Véase también la crítica a las concepciones jurídicas de la empresa en **Garrigues, Joaquín**, 6ª edición, Madrid, 1972, p. 167, y especialmente como persona jurídica (p. 162), y a la identificación de los conceptos jurídico y económico de la empresa.

[1131] El estudio de Arthur Andersen *"The impact of digital television on the supply of programmes"*, uno de los documentos bases para el Informe de Alto Nivel, op. cit., clasifica a las empresas de emisión en operadores de primera generación (radiodifusores públicos que disfrutaron del monopolio, o los privados, como TF1, que tienen su origen en ellos y que siguen siendo dominantes en sus respectivos mercados, caracterizados por una integración de las distintas actividades), operadores de segunda generación (entran en el mercado como consecuencia de la liberalización) y operadores de tercera generación (los nuevos operadores digitales). Si en los primeros se produce una concentración de actividades, según avanzan las *generaciones*, las actividades se desagregan y, así, los operadores digitales tienden a ser empresas puramente de emisión, que confían la producción y programación a empresas ajenas.

B) Sujetos institucionales

El sujeto universal se organiza institucionalmente con la finalidad de programar, pero para ello no crea una empresa sino alguna forma de asociación. Estas organizaciones no tienen, por supuesto, fin de lucro (aunque puedan utilizar empresas instrumentales que sí lo tengan) y su finalidad exclusiva es la de programar, expresando a través de los programas tendencias relevantes de la sociedad -políticas, religiosas, culturales. La libertad de programación de estos sujetos es una libertad institucional: sus titulares lo son en cuanto expresan el pluralismo social, medido a través de ciertos requisitos. Esta libertad institucional está ordenada de modo muy enérgico al fin de garantizar los derechos e intereses del público receptor. Su ejemplo (prácticamente único) es el caso holandés, que desarrollaremos más adelante.

C) Sujetos profesionales

El sujeto universal puede hacer de la producción y programación de mensajes audiovisuales profesión y medio de vida. No por eso deja de ser titular de la libertad de programación, ni siquiera en el supuesto -el más frecuente- de que su actividad se realice en el marco de una relación laboral. Su libertad de programación habrá de armonizarse con la libertad de programación y emisión del titular de las empresas productora/programadora y emisora y sirve, al tiempo, de medio para satisfacer su deber de informar.

D) Sujetos participativos

Quien no se organiza permanentemente, ni se cualifica profesionalmente para comunicar mediante programas audiovisuales, puede sentir ocasionalmente, sin embargo, la necesidad de expresarse o informar por este medio. Lo tendrá entonces muy difícil, porque no encontrará cauces jurídicos ni materiales para ejercer esta libertad, una de las que conforman el contenido del derecho fundamental a la información, que a todos se reconoce. Es habitual afirmar la pasividad del público como demostración de la escasa necesidad de afrontar las dimensiones participativas del derecho a la información. Pero la realidad desmiente al tópico: los radioaficionados, a quien tanto debe la radiodifusión, los internautas, las llamadas telefónicas a radios y televisiones, la reivindicaciones del derecho de respuesta y de acceso a tiempos de emisión en campaña electoral, ONGs deseosas de comunicar... son todas ellas manifestaciones de que el público no puede ser reducido a simple receptor. Estas son algunas modalidades de sujetos participativos:

- Particulares que participan en la programación por concesión de los titulares de la libertad de emisión. Presencia en programas como protagonistas, testigos, expertos y, más específicamente, elaborando de modo no profesional un segmento de programación, cedido por los titulares empresariales de la libertad de programación y la libertad de emisión.
- Particulares que acceden a la programación en virtud del ejercicio del derecho de respuesta (respuesta, réplica o rectificación), que presenta especiales dificultades en los medios audiovisuales.

- Organizaciones que participan en la programación mediante la reserva legal de tiempos de emisión. Se trata de organizaciones con un status especial (por ejemplo confesiones religiosas, que mantienen acuerdos especiales con el Estado) o que reúnen los requisitos específicos exigidos por la norma.
- Partidos, coaliciones y candidatos que participan en la programación mediante la reserva legal de tiempos de emisión durante la campaña electoral.
- Instituciones (por ejemplo organizaciones empresariales y profesionales, sindicatos) que participan en la orientación de la programación, mediante su presencia en los órganos de gobierno y orientación de las empresas de emisión públicas (por ejemplo, en los órganos que garantizan el pluralismo interno en el sistema alemán), o incluso privadas, en los supuestos de monopolio o pluralismo externo reducido.

Puede que la armonización de la libertad de programación de todos estos sujetos encuentre un marco favorable en un régimen de servicio público. Pero como se habrá observado, en ningún caso consideramos al Estado o a las distintas autoridades públicas como sujeto de la libertad de programación. Puede, incluso, que la empresa de emisión tenga carácter público; ni siquiera en tal caso el titular de la libertades de emisión y programación será el Estado, sino la persona jurídico-pública habilitada para la emisión, pero su libertad de programación tendrá un carácter institucional, al servicio del interés público, y ya no será una facultad derivada del derecho fundamental a la información. En otras palabras, la institución pública ya no tiene un derecho a programar, sino un deber de programar para satisfacer las necesidades del público receptor. La libertad de programación tiene también un carácter institucional en el modelo holandés, pero en él las asociaciones de programación tienen un derecho, que no es sino sublimación del de cada uno de los particulares, que con su agrupación expresan el pluralismo social . Persisten en algunos ordenamientos, no obstante lo dicho, reservas de determinados programas (por ejemplo informativos, o emisiones destinadas al exterior) en favor del Estado[1132]. Se trata de anacronismos, residuos de concepciones autoritarias, que concebían al Estado como el único titular de las libertades de emisión y programación. Distinto es el caso en el que el Estado interviene las emisiones en situaciones de emergencia: forma parte de las prerrogativas que permiten dejar en suspenso el ejercicio de los derechos fundamentales.

Los distintos sujetos asumen grados diversos de compromiso, cargas y responsabilidad. Los sujetos empresariales arrostran el riesgo patrimonial y desarrollan poderes organizativos, lo mismo que los sujetos institucionales. Los profesionales aportan una cualificación y dedicación específica. En la relación jurídico-informativa todos ellos ostentan títulos específicos, además del la libertad de programación. En cambio, el sujeto universal, la persona y el público, no tienen otro título que la libertad de programación para participar en esa relación como sujetos difusores: su compromiso es menor, sus poderes y responsabilidad también. Desde posiciones doctrinales distintas no faltan los autores que piden un reequilibrio de estas relaciones, hasta ahora dominadas por los poderes de los sujetos empresariales. Así Desantes y Soria[1133] proponen una cotitularidad del medio:

[1132] Desarrollaremos este tema al estudiar la libertad de programación como libertad autonomía (cap. 3º , 2).

[1133] Op. cit., p. 40.

"Si se advierte que el deber de informar y la responsabilidad por los mensajes que hacen posible el medio es atribuible también al informador, puede deducirse que existe una cotitularidad del medio dirigida a hacer posible y efectivo el derecho del público a la información. La cotitularidad, que tiene como base la delegación tácita del público a la vez en la empresa y en el informador, ha de subyacer en la relación laboral entre empresa informativa y redactor, que tendrá así un especial carácter conforme a la realidad, aun cuando no lo haya advertido el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores."

Gómez-Reino[1134] propone un reequilibrio constitucional de poderes en el marco de la empresa:

"Se echa en falta también un reparto del poder en el seno de las empresas privadas de comunicación. Esto es, la determinación en una ley de los derechos constitucionales que le corresponden en el seno de esas empresas a los propietarios, directores y periodistas, para evitar mutuas interferencias y condicionamientos en el ejercicio de los derechos y, también, obligaciones constitucionales".

Y Quadra-Salcedo[1135], refiriéndose específicamente a la empresa audiovisual se manifiesta partidario de definir su estatuto, en el que los poderes se reequilibren en función de la responsabilidad:

"... es evidente que el Código Penal presupone un estatuto de la empresa de comunicación que tiene, ciertamente, existencia positiva en las empresas periodísticas y editoriales, aunque eso no sea así para las empresas audiovisuales. La existencia de un director, por ejemplo, que el Código Penal presupone, precisa de un estatuto del director que defina cuáles son sus poderes y que le ponga a cubierto de presiones de los propietarios que puedan pretender descargar en él la responsabilidad civil o penal que les correspondería por la presión que sobre él ejercen. Quiere con ello señalarse que la figura del director no es una figura que pueda dejarse a los pactos en el seno de la empresa de comunicación, sino que responde a una posición estatutaria en la que le coloca el ordenamiento y que pretende definir con claridad los poderes y las responsabilidades."

Desde nuestra perspectiva, ese estatuto debe armonizar las libertades de programación de los sujetos empresariales, institucionales y profesionales. En este estatuto deberían contemplarse también la participación de instituciones en la orientación de la programación en las empresas públicas o empresas privadas en situación de pluralismo limitado -*pluralismo interno* en defecto de *pluralismo externo*. En cuanto al resto de las facultades del sujeto universal relativas a la programación, deben ser configuradas como deberes o cargas externas para la empresa, sin que resulte necesario incorporarlas a su estatuto jurídico.

En realidad, en el derecho comparado se contempla exclusivamente el estatuto de la empresa de emisión. En el caso de las empresas públicas, este estatuto puede incluir algunas facultades de los profesionales y limitadas posibilidades de participación del sujeto universal, todo ello, desde la perspectiva de garantizar un *pluralismo interno*. En cambio, el estatuto de las empresas privadas viene presidido por medidas anticoncentración y

[1134] *Prólogo...*, op. cit., p. 30.

[1135] Op. cit. p. 798.

obligaciones de transparencia, dirigidas a proteger el *pluralismo externo*. Entendemos que estos objetivos no pueden lograrse sin una garantía adecuada de la libertad de programación de los distintos sujetos, y a ello dedicaremos el siguiente subapartado. Pero, antes es necesario referirse al estatuto de los sujetos institucionales mediante el estudio del caso holandés.

Holanda tiene una historia de división religiosa y política, pero, también una tradición de cooperación y consenso entre las instituciones y asociaciones que expresan y organizan ese pluralismo social. En los años 20 y 30, al tiempo del primer desarrollo de la radiodifusión, las organizaciones religiosas y políticas temen que la radio pueda romper el consenso establecido por sus líderes y deciden *pacificar* el medio[1136], atribuyendo las licencias de emisión a las asociaciones de radioyentes formadas por los principales confesiones religiosas y partidos políticos, repartiendo igualitariamente entre ellas el tiempo de emisión. Las asociaciones de radioyentes, por tanto, expresan el pluralismo social y estructuran a la audiencia: el número de afiliados (a través de la suscripción de las correspondientes guías de programación) es el criterio a tener en cuenta para admitir una asociación en el sistema y determinar su peso relativo.

Desde el punto de vista de la organización se trata de un sistema cooperativo. Para acceder al mismo[1137], las asociaciones debe tener personalidad jurídica, tener como objetivo social la difusión de programas de radio o televisión, no perseguir beneficios económicos y dedicar todos sus ingresos a la programación, contar con un número mínimo de miembros al corriente de cuotas y ofrecer una programación que satisfaga las necesidades culturales, religiosas y de esparcimiento de la población. Las asociaciones de programación constituyen un organismo de emisión, *NOS*[1138], que ofrece una Programación completa[1139]. Según la redacción de 1995 de la ley de los medios[1140], la *Mediawet*, es el Ministerio de Cultura quien otorga las licencias por cinco años a las distintas asociaciones en función del número de afiliados, la calidad de los programas, la predisposición a cooperar con otras asociaciones. Las asociaciones se financian con los ingresos del canon, las cuotas y aportaciones de sus afiliados y una participación en los ingresos publicitario, encauzados a través de una oficina central.

De este modo, Holanda -mientras otros servicios públicos perseguían una casi inalcanzable objetividad- logró un alto grado de pluralismo externo, precisamente instaurando el pluralismo en el seno de la empresa de emisión, con el Consejo de la *NOS* compuesto mayoritariamente por representantes de las asociaciones. Sin embargo, el modelo entra en crisis por los ataques de la radiodifusión comercial. Las asociaciones expresan el pluralismo y reflejan en la Programación las distintas corrientes religiosas y políticas, de modo que siempre un programa de una determinada tendencia se verá

[1136] **Dommering, Egbert**, *"The dutch audiovisual landscape: an interesting case" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 522.

[1137] **Esteve, J.**, op. cit., pp. 57-62.

[1138] *Nederlandse Omroep Stichting.*

[1139] Las asociaciones de programación constituyeron un organismo público de producción (*NOB)*, que fue privatizado en 1988.

[1140] **Hins, Wouter**, *"Funtions and competences of the Commissariaat voor de Media in the Netherlands" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 977-980.

equilibrado en el conjunto de la Programación con otros que representan diferentes puntos de vista. Pero este mecanismo de equilibrio funcionaba difícilmente en el dominio de los programas de puro entretenimiento, donde las distintas asociaciones producían a lo largo de los sesenta semejantes, neutros y poco atractivos programas[1141]. Aparece, entonces, el fenómeno de las radios piratas. Radio Veronica emite desde un barco en el mar del Norte una Programación dirigida al público juvenil holandés. Radio Veronica se clausura, pero no tardará en convertirse en el caballo de Troya de este modelo institucional. La ley de 1967 abría el sistema a nuevas asociaciones sin ánimo de lucro que reunieran 15.000 miembros. Veronica y otra radio pirata, también clausurada, deciden infiltrarse en el sistema. Crean sus propias asociaciones y captan los asociados entre el público juvenil con una agresiva campaña publicitaria; una fundación paga los cuotas de los que no desean hacerlo. Y aunque la ley prohibe la promoción musical o la publicidad encubierta, estas asociaciones (teóricamente sin ánimo de lucro), utilizando las lagunas y vaguedades del texto legal, empezaron a ganar dinero, se convirtieron en las dos asociaciones más grandes en detrimento de las religiosas y políticas tradicionales e introdujeron un factor de comercialismo, ineludible ya en los 80.

Pese a sus limitaciones y lo peculiar de su origen, la experiencia holandesa presenta elementos aprovechables en una situación de multiplicación de canales, como ya ofrecen los sistemas cerrados (cable y plataformas digitales) y se anuncia para la televisión digital terrestre. Es difícil la constitución de sujetos institucionales de base asociativa, como los holandeses, para operar canales de ámbito nacional sin que exista el recurso a la financiación pública o el disfrute de un mercado monopolístico. Pero a nivel local o regional, con un mayor grado de cohesión social y unos menores costes de producción, el papel de asociaciones de espectadores constituidas como sujetos institucionales puede ser importante. Cabe reservar canales a asociaciones de espectadores que superaran un determinado número de afiliados y que se convertirían en titulares de la libertad de emisión. O, una solución más sencilla, reservar uno o varios canales para que asociaciones sin un fin comunicativo exclusivo puedan compartir una Programación, utilizando unos medios de producción puestos a disposición por el titular de la red de transmisión cerrada o de una pluralidad de canales de pago. En este caso estas asociaciones serían titulares de la libertad de programación, pero no de la libertad de emisión. Todas estas experiencias podrían ser financiadas en todo o en parte por el Fondo Audiovisual, propuesto en el capítulo 2º, 3.5.3. Las soluciones prácticas pueden ser muy diversas y, en todo caso, deberán de hacerse en función del ámbito geográfico del canal, pero de lo que no cabe duda es que la era digital ofrece más posibilidades para los sujetos institucionales de las libertades de emisión y programación, a condición, por supuesto, de que exista voluntad política para ello.

1.4.1. Pluralismo, concentración y transparencia

El pluralismo es -como dejamos sentado en el capítulo 2º, 1.2.3- el principio ordenador básico de todas las relaciones jurídico-informativas. El régimen de los sujetos de las libertades de emisión y programación debe estar presidido por el pluralismo. El reconocimiento de la libertad de programación a los sujetos profesionales y participativos

[1141] **Dommering, E.**, op. cit., pp. 523-524.

supondría incluir en el estatuto de la empresa de emisión medidas de pluralismo interno. Salvo el caso alemán, no ha sido este el camino seguido y se ha preferido fomentar el pluralismo externo mediante medidas limitadoras de la concentración empresarial, esto es, por medio de limitaciones a la libertad de programación, o, dicho en términos económicos, confiando el pluralismo al libre mercado.

Vale la pena recordar una vez más el tratamiento alemán del pluralismo, en un sistema dual público-privado[1142]. En los organismos públicos se manifiesta el pluralismo interno, mediante la participación de los grupos sociales en el consejo de la entidad, que elige al director. En las televisiones privadas, el pluralismo viene dado en el marco del mercado, por la competencia de distintos emisores y la aplicación de medidas anticoncentración[1143]. En los supuestos (por ejemplo, a nivel local) en los que es imposible la pluralidad de emisores, las leyes de algunos Land, como Renania del Norte-Westfalia, pueden impone formas de pluralismo interno. En cada Land hay un *Landesmedienanstalten*, autoridad independiente con presencia de los grupos sociales, que controla el cumplimiento de la legalidad y el respeto a una programación plural y equilibrada, según el art. 20 (4) del Tratado Inter-Länder. Además, estas autoridades independientes pueden ordenar que se adopten medidas de pluralismo interno en las empresas emisoras privadas, si su número baja de las tres recomendadas por el Tratado Inter-Länder. Por último, el pluralismo tiene que manifestarse también en las programaciones de las compañías públicas y privadas: la información debe ser completa y no selectiva, independiente y objetiva; las diferentes opiniones deben ser tomadas en cuenta y en los campos de la religión, la ciencia y el arte ninguna posición o tendencia debe ser suprimida o recibir tratamiento preferencial.

Como vimos (capítulo 1º, 4.4) esta construcción viene modelada por la propia jurisprudencia constitucional, que aún reconociendo la legitimidad del sistema de pluralismo externo, no deja de mostrar su prevención respecto a que el sistema degenere en oligopolio[1144]; desconfianza bien fundada, pues, según constata el Libro Verde de la Comisión Europea sobre concentración[1145], el aumento del número de sujetos emisores no ha redundado en un mayor pluralismo político. Razones todas ellas que justifican las medidas para favorecer el pluralismo interno en el marco de la libertad institucional de radiodifusión.

En este modelo, el pluralismo se manifiesta, por tanto, como pluralismo externo, pluralismo interno organizativo y pluralismo de programas. Al tiempo que se fomenta la libertad de emisión (pluralismo externo) de los sujetos empresariales, se delimita ésta mediante la libertad de programación de los sujetos profesionales y participativos (pluralismo interno organizativo y de programación).

[1142] Seguimos aquí la exposición de **Rainer, A.**, *"The role..."*, op. cit., pp. 385-389

[1143] Por resultar éstas insuficientes para prevenir la concentración, el Tribunal Constitucional declaró contrarias al art. 5 de la Ley Fundamental ciertas disposiciones de Radiodifusión de Baja Sajonia, de 23 de mayo de 1984.

[1144] **Bastida, F.**, *La libertad de antena*, op. cit., p. 238.

[1145] Comisión Europea, *Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior.* COM (92) 480 final, Bruselas, 1992, p. 178.

Pero, como anticipábamos, lo normal ha sido intentar garantizar el pluralismo mediante medidas tendentes a evitar la concentración empresarial, dejando de lado en la práctica el fomento del pluralismo interno, apenas apuntado en el resto de las jurisprudencias constitucionales[1146]. El fenómeno de la concentración y las normas que lo limitan está sobradamente estudiado[1147]. Aquí nos limitaremos a una somera revisión de sus causas y manifestaciones, para plantear, a continuación, las relaciones entre medidas anticoncentración-pluralismo-libre competencia, la naturaleza jurídica de tales medidas, la incidencia del ordenamiento comunitario, algunos datos de derecho comparado y el análisis del régimen de los titulares de la libertad de emisión en el derecho español.

Desde la perspectiva de los sujetos de la libertad de programación pueden distinguirse dos niveles de pluralidad: el de los sujetos programadores-emisores y el de las personas físicas o jurídicas que controlan a esos sujetos. En el primer nivel, si estamos ante un único sujeto programador-emisor no cabe duda de que no existe pluralismo externo y la única alternativa es introducir medidas de pluralismo interno. El primer objetivo de una política promovedora del pluralismo es favorecer la diversidad de sujetos programadores y emisores; así, en una situación de sujeto emisor único, el pluralismo externo se favorecerá, por ejemplo, obligando a ese emisor a difundir los mensajes audiovisuales de otros sujetos programadores o adoptar una estructura interna pluralista. En general, el objetivo de estas políticas será mantener el mayor número posible de sujetos programadores y emisores diferenciados. Pero no basta la existencia de esos sujetos ni su proliferación[1148]: no habrá pluralismo externo si uno o unos pocos sujetos

[1146] Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional no ha sacado consecuencias prácticas de afirmaciones como la de que *"... tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión"* (**STC 13/1982**), en la que **Gómez-Reino, E.**, *Prólogo...*, op. cit. p. 22, ve un atisbo de la libertad interna de los medios. En Francia, la jurisprudencia del Consejo Constitucional (p. e la sentencia de 18 de septiembre de 1986, que declara que las libertades del art. 11 de la Declaración de 1789 no serían efectivas si el público no pudiera disponer de programas, tanto en el sector público como privado, de programas que garanticen la expresión de distintas tendencias y que, en consecuencia, la libertad de emisión puede ser limitada para garantizar la expresión pluralista de las corrientes de opinión) ha servido para fundamentar la legislación anticoncentración. De modo parecido, el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia 826/1988, resaltaba el valor central del pluralismo en el sistema democrático e instaba al legislador a preservar el pluralismo tanto externo como interno, aunque todas las medidas prácticas que apuntaba (como controlar de la publicidad o tutelar la independencia de la emisoras locales) suponían más el fomento del pluralismo externo que del interno. Sobre jurisprudencias constitucionales, pluralismo y políticas anticoncentración, véase **Gay, C.**, *La televisión...*, op. cit., pp. 249-253.

[1147] La bibliografía sobre concentración informativa es muy abundante. Resulta básico el Libro Verde de la Comisión Europea *Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior. COM (92) 480 final*. Datos más actualizados sobre concentración puede encontrarse en el Informe Oreja, op. cit. Como estudio general puede citarse: **Sánchez Tabernero, Alfonso y** otros, *Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público*, Centre d'Investigació de la Comunicació-European Institute for the Media, Barcelona, 1993. Artículos y estudios más específicos: **Niewierra, Manfred**, *"A european regulation on media concentration, is neccesary?" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 759-768; **Baño León, José María**, *La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 747-758; **Lange, Bernd-Peter**, *"The adoption of transparency measures in relation to the ownership of media enterprises" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp.769-780; **Corredoira y Alfonso, Loreto; Sánchez-Tabernero, Alfonso,** *Transparencia y control de los medios informativos. Informe sobre la situación española y perspectiva europea*, Fundación de la Comunicación Social, Madrid, 1994. Sobre la política de la Unión Europea, **Ungerer, Herbert**, *"EU Competition Law in Telecommunications, Media and Information Technology Sectors"*, Fordham Corporate Law Institute: 22nd Annual Conference od Antitrust Law and Policy, Fordham University School of Law, Nueva York, 1995

[1148] En el panorama audiovisual europeo no deja de crecer el número de emisores. Según el *II Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE*, COM (97) 523 final, Europa cuenta hoy con más de 250 cadenas de televisión, de las que 2/3 son cadenas privadas, habiéndose prácticamente duplicando su número en entre 1991 y 1997.

dominan la audiencia, siendo irrelevante la difusión de los mensajes realizada por el resto. En el segundo nivel -el de quien controla efectivamente a estos sujetos- será necesario impedir que la lógica del mercado lleve a que unas pocas personas físicas o jurídicas terminen por controlar esa pluralidad de sujetos aparentemente diversos; en tal caso, bajo la apariencia de diversidad, unas pocas personas monopolizarían el derecho a difundir mensajes audiovisuales.

Teniendo en cuenta estos análisis se entenderán mejor las políticas anticoncentración que vamos a estudiar a continuación[1149]. Presupuesto para que sea necesario un regulación contra la concentración y a favor del pluralismo de los sujetos es que nos encontremos en un régimen total o parcialmente liberalizado: la liberalización, que se basa, como punto de partida, en la pluralidad de sujetos, termina conduciendo, por la lógica económica, a la reducción de los mismos. Hay que advertir que todas estas regulaciones se refieren a los sujetos emisores, que han venido concentrando la libertad de emisión y la libertad de programación. Tres son los tipos de medidas comúnmente adoptadas:

- Medidas tendentes a garantizar pluralidad de sujetos emisores: por ejemplo, prohibición de que un licenciatario obtenga nuevas licencias.

- Medidas tendentes a garantizar la diversidad de los controladores de los sujetos emisores, limitando el porcentaje de capital en manos de un único socio.

- Medidas tendentes a que un sujeto emisor no concentre una cuota excesiva de audiencia.

La amenaza de la concentración se cierne sobre la comunicación libre desde que, a mediados del pasado siglo, la prensa comienza a convertirse en una actividad industrial. Después de la II Guerra Mundial, la prensa, que debe hacer frente a la competencia de la radio y la televisión, al encarecimiento del papel y, en general, de sus costes de producción, sufre en toda Europa un fuerte proceso de concentración. Pero es a partir de los setenta y sobre todo de los ochenta -con la liberalización de la radiodifusión- cuando las empresas de comunicación se convierten en multimedia, intentando controlar, al tiempo, las diversas fases del proceso informativo en cada medio. Se distingue, así, operaciones de concentración *monomedia*, cuando una empresa adquiere o llega a un acuerdo limitativo de la competencia con otra empresa del mismo medio, y operaciones *multimedia*, cuando las adquisiciones o acuerdos se efectúan entre empresas que operan en distintos medios. Además, la concentración puede ser *horizontal*, cuando se efectúa entre empresas que actúan en la misma fase del proceso informativo y *vertical*, cuando tiene lugar entre empresas situados en momentos distintos del proceso.

[1149] Una completa síntesis de los esfuerzos del Consejo de Europa y de las políticas de la Unión Europea pueden encontrarse en **Cavallin, Jens**, *"European Policies and Regulations on Media Concentration"*, International Journal of Communication Law and Policy, marzo, 1998. El artículo realiza una revisión de los grandes temas planteados por la concentración y la transparencia, y se muestra partidario de abordar simultáneamente políticas que combinen restricciones, "contrapesos", intervenciones económicas, medidas de transparencias y medidas organizativas.

Ganar dimensión parece un objetivo natural de cualquier empresa, aunque no siempre de la misma se derive una mayor rentabilidad[1150]. Pero si el mayor tamaño se logra eliminando a otras empresas o mediante acuerdos de colaboración, la ventaja obvia es la reducción de la competencia. En cuanto que amenaza para la libre competencia las concentraciones han estado sometidas, ya desde el siglo XIX, a regulaciones restrictivas. Muchas son las razones económicas alegadas para justificar las concentraciones, la principal, la de favorecer economías de escala[1151]. Así, se dice, que las concentraciones multimedia favorecen las *sinergias*[1152] y que del logro de una dimensión mínima depende la subsistencia financiera de la empresa[1153].

Si al comienzo de los 80 las concentraciones son preferentemente monomedias y de carácter horizontal, ya al final de la década, y decididamente en los 90, predominan las multimedia tanto de carácter horizontal como vertical. Una tendencia que se acelera con la convergencia de medios en curso, de forma que se produce una confusión entre emisores-transmisores-productores-programadores. Y todo ello en el marco de un mercado global. En palabras de Muñoz Machado *"son globales los mercados que ahora se reparten"* [1154].

En estos mercados globales hay que proteger la libre competencia del exceso de libre competencia. Por primera vez en la historia es posible establecer una posición dominante a nivel global que controle el acceso y distribución de informaciones. El riesgo de un mundo virtual, ajeno al real, y hecho a la imagen e intereses de ese comunicador dominante, es ya más que una ilusión de escritores de ciencia ficción[1155]. Dada la escasa eficacia de las regulaciones mundiales, como las promovidas en la Organización Mundial

---

[1150] Según el Estudio sobre la *Concentración en Europa...*, op. cit., pp. 55-56, las diversas estrategias de crecimiento de las empresas informativas pueden ser: a) Diversificación: empresas ajenas al mundo de la comunicación que diversifican riesgos; b) estrategia multimedios: empresas presentes en un medio que quieren consolidar su posición invirtiendo en otros medios; c) estrategia mundial o global: empresas cuyo objetivo es *"dominar el planeta en todas las esferas"*; d) estrategia de especialización: las empresas introducen en nuevos mercados un tipo de negocio de comunicación que hasta entonces se gestionaba en un espacio geográfico limitado. Estas estrategias pueden buscar: a) poder y prestigio para propietarios y gerentes; b) Sinergias entre diversos métodos de cada compañía.; c) Dominio de mercados; d) Compartir técnicas entre compañías fusionadas o adquiridas; e) Economías de escala; f) Diversificación de riesgos; g) Más posibilidades de innovación; h) Oportunidades de promoción y ascenso para los empleados. Ibídem, p. 187.

[1151] Según el *Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997, en 1996, más del 15% del valor total de las fusiones y adquisiciones mundiales (un billón de dólares) correspondió a actividades que pueden incluirse en términos generales en el sector de la información y la comunicación (ap. 1.3).

[1152] El estudio *Concentración de la Comunicación en Europa...* , op. cit., p. 172, matiza esta afirmación: *"... la única sinergia propia de todos los grupos multimedios es la promoción cruzada de medios impresos y audiovisuales que pertenecen al mismo grupo...".*

[1153] Para el estudio *Concentración de la Comunicación en Europa...* , op. cit. p. *"... Los grupos de comunicación - basándose en su gran tamaño- intentan construir una imagen de socio fiable. Esto resulta particularmente útil en lo que respecta a inversores financieros y accionistas. Los medios de comunicación se han convertido en un sector verdaderamente industrial, para el cual todas las fases de desarrollo requieren el apoyo de instituciones financieras La inversión de compañías financieras e industriales en el sector de la comunicación ha aumentado, causa del incremento del coste de entrada en los nuevos medios de comunicación o en nuevos territorios. Por tanto, las empresas de comunicación deben contar más que nunca con el tamaño adecuado y con unas fuentes de ingresos que estén lo bastante en consonancia con ello, el beneficio de los préstamos y otras ventajas financieras".*

[1154] *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 13.

[1155] **Niewarra, M**, op. cit., p. 762.

del Comercio, pensadas más que para impedir las concentraciones para favorecer el desarrollo de las compañías norteamericanas, las regulaciones nacionales y de ámbito europeo son el único instrumento para impedir la extensión de los grandes *pulpos* de la comunicación.

Pero no es necesario evocar este peligro de concentración global de tintes apocalípticos. En los mercados nacionales y locales las más recientes concentraciones se dirigen a controlar las distintas fases del proceso de comunicación y, muy especialmente, al dominio de los contenidos[1156]. La tecnología digital permite utilizar fácilmente el mismo contenido en diversos formatos, abriendo un mayor mercado para lo que es básicamente un mismo producto[1157]. Se producen, entonces operaciones de integración vertical ascendente con el objetivo de controlar los programas[1158]. Si al comienzo de la década el peligro de las concentraciones en Europa residía, sobre todo, en la absorción de canales[1159], en este momento la amenaza para la libre comunicación consiste en el dominio de unos pocos grandes productores-emisores-transmisores sobre los programas. Si la concentración había afectado principalmente a las empresas de emisión, ahora, en virtud de la convergencia de medios, se da en todos los tipos de empresas: ya no sólo afecta a la libertad de emisión sino también a la libertad de programación. En esta situación -podemos adelantarlo ya- la libertad de programación es el mejor remedio frente a la concentración.

[1156] El *Informe Oreja*, op. cit., p. 15, afirma que *"Europa no ha reconocido todavía la importancia estratégica de controlar el conjunto de derechos sobre los contenidos de calidad. No se trata de una mera consideración cultural: quien controle los derechos sobre los contenidos, influirá considerablemente sobre el modo en el que serán distribuidos. De hecho, el control del contenido no sólo confiere el control sobre la distribución, sino sobre la exhibición también: por ejemplo, las grandes distribuidoras norteamericanas están invirtiendo importantes sumas actualmente en comprar salas de cine en Europa. Es esencial que las empresas audiovisuales europeas incrementen al máximo los ingresos por explotación de los derechos que controlan, aprovechando todos los posibles medios de distribución, incluidos los proporcionados por los nuevos medios (CD-ROM, servicios en línea, etc.)".*

[1157] Al referirse a este fenómeno, el *Informe Oreja*, op. cit., p. 11, pone de manifiesto el papel vital para la cultura europea de las empresas de radiodifusión: *"El desarrollo tecnológico también conduce a la integración de medios de difusión tradicionalmente separados: de imágenes, de texto, de sonido o de voz. Internet permite ya acceder a ciertos servicios de televisión, en directo y con una calidad razonable. Es posible que, en los próximos años, la transmisión de datos cada vez más rápida y las mejoras consiguientes en la calidad de imagen permitan que se distribuya en la Red contenidos de calidad como por ejemplo, largometrajes. No obstante, la fuerza principal de las empresas de comunicación europeas reside en la radiodifusión. Es vital, tanto desde un punto de vista industrial como cultural, que Europa aproveche las oportunidades que se le brindan durante estos años para que la radiodifusión digital se convierta en un medio de comunicación importante. Esto es esencial para que los radiodifusores y productores europeos sean competitivos en un mundo donde los productos audiovisuales van a poder distribuirse igual y simultáneamente a través de una multitud de sistemas".*

[1158] *La concentración en Europa*, op. cit. , pp. 84-85. Si a finales de los sesenta los fabricantes de productos electrónicos japoneses se lanzaron a la compra de estudios norteamericanos para controlar sus derechos, hoy son las grandes distribuidoras norteamericanas las que dominan buena parte de la producción audiovisual europea. Más recientemente, compañías europeas de telecomunicación (los monopolios apenas privatizados) desarrollan una política de adquisiciones de productoras independientes y, sobre todo, de compra o participación en las empresas emisoras que en Europa han sido hasta ahora las principales generadoras de programas. El *Informe Oreja*, op. cit., ap. IV2.3, subraya que si la tendencia a la convergencia de los medios se confirma se propiciará un desplazamiento en la cadena del valor, de manera que la producción de contenidos, el acondicionamiento y la prestación de servicios adquieran un mayor valor (aunque no necesariamente en tanto que actividades empresariales independientes), al tiempo que los servicios de transporte a través de una red fija o inalámbrica pasen a convertirse en actividades de valor comparativamente bajo, según se refleja en algunas actividades de fusión. Los operadores de redes actuales tratarán posiblemente de extender sus actividades a las áreas de valor más elevado.

[1159] El *Informe Barzanti* (PE DOC A 2-153/1989) ya advertía del riesgo de que emisoras locales y regionales se convirtieran en meros medios de redifusión de la Programación de las grandes cadenas.

La concentración de las empresas de comunicación, en la medida en que atenten contra la libre competencia suponen una limitación al pluralismo. Es cierto que, en principio, una concentración puede fortalecer a emisores que operan en mercados reducidos (caso belga)[1160] y promover, por tanto, el pluralismo, pero son supuestos excepcionales[1161]. Más discutible es que normas que limiten la competencia para preservar la viabilidad económica de las empresas redunden en mayor pluralismo[1162]. Inaceptable me parece pretender que las operaciones de concentración no ya es que sean neutras, sino que son necesarias para consolidar grupos de comunicación fuertes que puedan competir en el mercado global, cuya seña de identidad es, precisamente, el pluralismo, en cuanto medio de conquistar una audiencia que es plural[1163]. Entiendo que este pluralismo de los grandes grupos globales es más ficticio que real; justamente por la diversidad de órganos informativos que controlan pueden permitir que cada uno de ellos adopte su propia orientación, pero los intereses globales del grupo -estos grandes conglomerados son actores económicos y políticos de primer orden- condicionan la marcha de todos ellos.

De las relaciones entre libre competencia y pluralismo se han ocupado, entre nosotros, Gay[1164], García Llovet[1165] o Baño[1166]. El *Libro Verde sobre Concentración y*

[1160] Como pone de manifiesto el *Libro Verde sobre Concentración y Pluralismo*, op. cit., anexo legislaciones nacionales, p. 5, en el caso de Bélgica, con una penetración del cable del 93% y abierta a programas de todos los países limítrofes, las normas anticoncentración se dirigen, justamente, a reforzar la posición de los emisores nacionales.

[1161] Resulta difícil aceptar con carácter general el carácter neutro de las concentraciones respecto al pluralismo, como afirmó la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa al no considerar las concentraciones un atentado contra el Convenio de Televisión Transfronteriza (citado por **Ripol, S.**, op. cit., p. 62). Para el Libro Verde sobre Concentración y Pluralismo, op. cit., p. 19, tienen, en principio, un impacto neutro para el pluralismo

[1162] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit, p. 50, nota 30, sostiene que... *"El legislador, aunque existiera una posibilidad infinita de conceder canales de televisión, no debería permitir, en buena lógica, la existencia sobre un mismo espacio territorial nada más que de aquellos que puedan sostenerse económicamente..."*. La afirmación se realiza al comentar los preceptos que prohiben a las televisiones autonómicas adquirir derechos en exclusiva fuera de su ámbito territorial. No parece una posición muy coherente cuando a lo largo de toda la citada obra se defiende la escasa utilidad de las regulaciones sobre publicidad y programación, alegando que el consumidor soberano sabrá elegir los programas que mejor le convengan.

[1163] En este sentido, **Chamoux, J.-P.**, op. cit. p. 123: *"Estos grupos son multiformes, diversos en su propio seno; cultivan el pluralismo interno como condición necesaria a su supervivencia y crecimiento... tienen que cubrir las demandas variadas de una clientela..."*. En defensa de la concentración para formar grandes grupos multimedia europeos que puedan competir con los americanos, **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. IIII La televisión*, op. cit., p. 207: *"Los grupos privados tienen unas posibilidades de pacto y de crecimiento de dimensiones mundiales, mientras que los operadores públicos, vinculados al poder político de las Estadas miembros, tienen un límite difícilmente franqueable en sus propias fronteras territoriales. Por otra parte, la política europea de concentraciones no puede establecerse desconociendo el evidente fenómeno de mundialización o globalización de las economías de la información, que está conduciendo de forma imparable a la formación de unos cuantos grupos que van a controlar todos los mercados en un plazo inmediato. No es posible seguir en Europa una política de concentraciones que impida a los grupos europeos participar en esos mercados globales. Los criterios nacionales sobre concentraciones tienen que tener en cuenta las mismas perspectivas generales y otras cuantas específicas: por ejemplo, lo ya indicado sobre la necesidad de que los grupos de comunicación nacionales tengan entidad económica suficiente como para poder competir en los mercados que se están formando y, además, no resulten n desventaja con otros grupos europeos que han podido crecer y desarrollarse en el marco de legislaciones nacionales más ventajosas"*.

[1164] Op. cit. p. 269.

[1165] Op. cit.. p. 354. Este autor subraya como la libre concurrencia exige, simplemente, que no se abuse de posiciones dominantes, sin que desde un punto de vista económico, a diferencia del informativo, la pluralidad de sujetos sea un objetivo: *"... El mercado económico, de distinta naturaleza que el mercado informativo, no exige una pluralidad de*

Pluralismo[1167] realiza una síntesis. Entre las disposiciones que pretenden preservar la competencia y las que intentan desarrollar el pluralismo existen coincidencias, pero las ópticas son distintas. Un entorno de concurrencia y un mercado que funcione son propicios al pluralismo, en la medida en que el mercado esté abierto y permita la incorporación de nuevos sujetos emisores y esa competencia redunde en una diferenciación de los productos, esto es, de los contenidos editoriales. Existe, por tanto, un interés coincidente entre el objetivo de mantener la libre competencia y el objetivo de lograr el pluralismo. Pero las respectivas regulaciones tienen distinta naturaleza. Mientras las normas *antitrust* tienen una naturaleza económica y van dirigidas a impedir el abuso de una posición dominante, las normas protectoras del pluralismo deben confrontarse con la diversidad de informaciones realmente existentes. Y así, es posible que operaciones que no redunden en una menor concurrencia puedan limitar el pluralismo. Cita el Libro Verde, como ejemplo, algunas concentraciones monomedia como la adquisición por una cadena generalista de una cadena temática de pago, donde no sufre la competencia, porque son mercados distintos, pero sí el pluralismo. Podemos encontrarnos con dos conjuntos normativos, uno protector del pluralismo informativo y otro de la libre concurrencia, aplicados incluso por dos autoridades distintas, con diversos objetivos. Como sostiene Scharf[1168] en caso de conflicto debe primar la protección del pluralismo informativo, cuya primacía viene exigida constitucionalmente en las sociedades democráticas.

Bastida[1169] considera las normas anticoncentración como un límite externo[1170]. Entiende este autor que allí donde el pluralismo no es espontáneo las medidas han de ser del fomento de las libertades en que éste se plasma; allí donde el pluralismo corre peligro por la existencia de posiciones dominantes, las medidas preventivas o restrictivas han de ser de contención. Estamos de acuerdo en que el pluralismo es límite externo cuando nos encontramos ante medidas limitativas de la libertad de emisión en razón de impedir la consolidación de posiciones dominantes, o, en otras palabras, cuando se trata de las típicas medidas *antitrust*, que aunque protejan el pluralismo informativo van destinadas antes que nada a preservar la libre competencia económica. En cambio, nos parece que aquellas otras destinadas a promover directamente el pluralismo, aunque puedan

oferentes y demandantes, sino tan sólo que éstos, independientemente de la situación, no utilicen ésta para alterar una competencia lícita, cuya perversión redundaría en perjuicio de los consumidores y del conjunto del sistema económico. Por el contrario, en el mercado informativo la pluralidad de empresas informativas es un valor en sí mismo por la naturaleza de su actividad; no siendo separable la situación de dominio, mediante acuerdos o por una concentración de la propiedad real, del abuso de esta posición; produciéndose este último de forma automática, al reducirse el abanico de ofertas informativas de las que disponen los ciudadanos. Una reducción de la competencia en el mercado informativo es una reducción en términos reales del funcionamiento de un sistema democrático. Los valores en juego no son ya el equilibrio de las reglas del mercado económico, sino la esencia misma del sistema político. "

[1166] Op. cit., p. 747: *"En más de una ocasión se ha dicho que el Derecho de la Competencia en el ámbito de los medios de información debe ceder ante las exigencias del pluralismo (Gómez-Reino, García Llovet, Bastida), pero también podría decirse en justo título que la aplicación de las normas de competencia puede reforzar la garantía constitucional de la libertad de expresión. Ambas proposiciones no son, bien miradas, contradictorias. "*

[1167] Op. cit., pp. 84-85.

[1168] **Scharf, Albert**, *"What TV and radio operators expect from future audiovisual regulatory authorities - from the viewpoint of public networks"*, op. cit., p. 58.

[1169] *La libertad de antena*, op. cit. , pp. 263-264.

[1170] El Libro sobre Concentración y Pluralismo, op. cit., p. 151 y ss. distingue en el concepto pluralismo un sentido subjetivo (pluralismo interno y externo) y un sentido objetivo (variedad de informaciones). En el primer sentido considera que el pluralismo es un límite a la libertad de expresión.

condicionar la libertad de programación, puedan ser calificadas de límite externo. Como concluimos en el capítulo 2º, 1.2.2, el pluralismo es el principio esencial ordenador de las relaciones jurídico-informativas y, por tanto, no podemos estar de acuerdo con la expresión del citado autor, según la cual, *"la argumentación de la existencia de límites implícitos a las libertades de expresión e información y a la de sus instrumentos, prensa, radio y tv., no refleja otra cosa que miedo a la libertad"* [1171]. Y es que, reiteramos una vez más, el pluralismo requiere tanto su manifestación externa, como su manifestación interna. Precisamente, un desarrollo de la libertad de programación, en los términos que intentamos proponer en esta tesis, supone atender a ambas dimensiones.

La Unión Europea[1172] ha venido a reconocer la necesidad de un conjunto de medidas específicas de protección del pluralismo. Como concluye el *Libro Verde de la Concentración*[1173] la creación del espacio audiovisual europeo a partir de la Directiva Televisión Sin Fronteras requiere preservar el pluralismo como exigencia de una sociedad democrática, conclusión reiterada por el Parlamento Europeo en diversas ocasiones y ha confirmado el Tribunal de Justicia[1174]. Para lograr este fin, resulta insuficiente la aplicación del Reglamento Anticoncentración 4064/1989, de 21 de diciembre[1175] (reformado por el Consejo el 24 de abril de 1997, para acomodarlo al Tratado de Amsterdam). Sin embargo, se considera que el pluralismo informativo propiamente dicho se encuentra suficientemente protegido por las medidas nacionales, sin que exista un título claro para la intervención comunitaria. Ahora bien, en cuanto que esas medidas nacionales -en general limitatativas del acceso a la propiedad- son muy diversas[1176], constituyen obstáculos al

[1171] Ibídem, p. 264.

[1172] Fuera del ámbito europeo cabe citar la normativa norteamericana. La FCC ha establecido tradicionalmente un conjunto de medidas para impedir la concentración de la propiedad y otras específicas para fomentar la diversidad de los programas. La ley de 1984 limitaba el número de emisoras de radio y televisión controladas en todo el país e introducía el techo de disfrutar de un 30% de la audiencia total. La *Telecomunications Act* de 1996 ha derogado la mayoría de estas limitaciones. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 208-209.

[1173] Op. cit., pp. 102 y ss.

[1174] Como ya vimos en el capítulo 2, 3.2, desde 1983 en el caso Veronica el Tribunal tiene declarado que una norma nacional necesaria para garantizar el pluralismo puede justificar la introducción de restricciones no discriminatorias a la libre prestación de servicios de televisión, dado que es un objetivo que responde al concepto de interés general.

[1175] Son operaciones de ámbito comunitario aquellas en las que el volumen total de negocio de las empresas (o de los grupos en que se integren) afectadas superen, a nivel mundial los 5.000 millones de ecus, o cuando ese volumen, a nivel comunitario, de por lo menos dos de las empresas supere los 250 millones de ecus. Se considera concentración cuando dos empresas independientes se fusionen o, cuando una o más personas que ya controlen al menos una o más empresas, adquieran, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras de varias empresas mediante la toma de participaciones, o la compra de elementos del activo. **Gay, C.**, op. cit. pp. 270-27, pone de manifiesto que difícilmente se alcanzarán en la mayoría de las empresas de comunicación los mínimos económicos requeridos para que la operación se considere comunitaria. Quizá esta conclusión deba revisarse a la luz de la convergencia entre empresas de información y telecomunicaciones y de hecho son ya bastantes las operaciones que han sido examinadas por la Comisión Europea en aplicación del Reglamento. En cualquier caso, no resulta adecuado para proteger el pluralismo porque su finalidad es la de mantener la concurrencia económica. Sobre las operaciones de concentración sometidas a la Comisión y los criterios seguidos por ésta, véase **Muñoz Machado, S.** *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 218-223.

[1176] El citado Libro Verde clasifica así estas limitaciones: a) limitación de la acumulación de la propiedad en un mismo medio (monomedia); b) limitación de la acumulación de la propiedad en varios medios (multimedia); c) limitación, hasta un nivel máximo, de la primera participación en el capital de un radiodifusor, y d) limitación de la participación en el capital de una empresa de radiodifusión justificada por la naturaleza de las actividades de los candidatos a una autorización.

funcionamiento del mercado interior[1177] y, en consecuencia, se justifica la armonización comunitaria, que se considera más necesaria en el campo de la radiodifusión. De manera que por la vía, bien que indirecta, de proteger la libre concurrencia, se propone una acción comunitaria en materia de pluralismo informativo.

El Parlamento Europeo, en su resolución de 14 de febrero de 1994[1178] (reiterada en parecidos términos el 15 de junio de 1995) propone a la Comisión el siguiente programa de acción: a) Una propuesta de Directiva sobre el derecho de acceso a informaciones de autoridades comunitarias y nacionales[1179]; b) un código europeo de los medios de comunicación, que cree un marco favorable para el respeto de las obligaciones deontológicas; c) una Directiva marco para garantizar la independencia de los profesionales. Finalmente, a iniciativa del comisario Mario Monti, se elabora la proposición de Directiva del Parlamento y el Consejo sobre la Propiedad de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior, de 8 de marzo de 1997. La proposición todavía no ha terminado su proceso de tramitación.

En su Exposición de Motivos la propuesta de Directiva declara un doble objetivo: no sólo suprimir los obstáculos al funcionamiento del mercado interior que suponen la disparidad de las normas nacionales, sino también preservar el pluralismo. Los dos grandes ejes de la proposición son permitir un fácil acceso al mercado de nuevos operadores y garantizar la independencia entre estos operadores. Nótese, por tanto, que lo que se pretende es proteger el pluralismo externo, de modo que la regulación propuesta no es aplicable al titular de un solo órgano informativo. Se trata de impedir la acumulación del control de un conjunto de órganos informativos por un mismo titular. Estas limitaciones se aplican a la concentración monomedia en televisión, a la concentración monomedia en radio y a las operaciones de concentración multimedia (la concentración monomedia en prensa no se contempla). Los criterios para admitir estas concentraciones se han simplificado enormemente en comparación con los establecidos por las legislaciones nacionales: en el caso de la concentración monomedia en televisión la operación[1180] no es admisible si puede redundar en un control de más del 30% de la audiencia; en el supuesto de concentración multimedia, si ya se controla un órgano informativo en otro medio y mediante la operación se va a lograr una audiencia igual o superior al 10% de la potencial para una población y un ámbito geográfico dado[1181]. La excepción a estas normas son los

[1177] Así, el citado Libro Verde, op. cit., pp. 63-77, se platea con detalle la posibilidad de que un estado nacional restringiera las emisiones de una televisión transfronteriza, en cuanto que ésta estuviera, con su localización en otro estado, evitando las normas de protección de la concurrencia y el pluralismo del estado al que sus emisiones fueran dirigidas.

[1178] Véase, **Escobar, L.**, *Manual...*, op. cit., p. 509.

[1179] Por el momento la Unión Europea ha puesto en marcha un proceso de consulta, que se ha concretado en *El sector público de la información: un recurso clave para Europa. Libro Verde sobre el sector público de la información en la sociedad de la información*, COM (1998) 585. Sobre un campo específico, la Directiva 90/313/CEE sobre la libertad de acceso a la información medioambiental

[1180] Los supuestos de que habla la propuesta son la adquisición del control de un órgano informativo de nueva creación, obtener este control mediante la renovación de una licencia o ganar el control de un servicio ya existente.

[1181] En *Concentración de la comunicación en Europa...*, op. cit., p. 54 se distingue los siguientes ámbitos: *"... se pueden identificar tres tipos de flujos de información: las noticias locales y regionales de las que dependen las decisiones de la gente con relación a su entorno inmediato; las noticias nacionales, que, en particular influyen en la respuesta de los ciudadanos a la actividad de los gobiernos de cada país; y los 'productos' internacionales cuya importancia cultural e ideológica se basa sobre todo en mensajes subyacentes en los programas de entretenimiento. En cada una de estas esferas es deseable el pluralismo de los medios de comunicación. No basta con que los consumidores de cualquier*

órganos informativos locales. La concentración se aprobará si de no llevarse a cabo el medio local desaparecería y ningún otro le sustituiría, pero con tal de que el operador que gana el control de la empresa no tenga ya una cadena de medios locales operando en la mayor parte del territorio nacional.

Me parece importante que la propuesta de Directiva tome en cuenta la existencia de elementos de pluralismo interno a la hora de dejar sin aplicación estas normas. Así, son excepciones en las que las normas anticoncentración quedan sin efecto los supuestos en los que las emisoras o cadenas: dependan de organismos públicos, que tengan una estructura independiente y pluralista; no persigan el lucro; sean accesibles en condiciones de igualdad y continuidad al conjunto de su territorio de cobertura. De este modo, viene a reconocerse que estos sujetos no atentan al pluralismo (externo y de programas) porque presentan elementos organizativos pluralistas y porque no compiten en el mercado publicitario.

En definitiva, se abandonan en esta propuesta de armonización europea los criterios de controlar el poder real sobre la empresa (evaluando porcentajes de participación accionarial) o el número de órganos informativos controlados, para adoptar el de la real influencia social del órgano informativo resultante. Para Escobar[1182], *"contrariamente a los criterios puramente económicos, el criterio de la audiencia está directamente ligado a la influencia potencial de los medios de comunicación sobre el ciudadano; y, con respecto al objetivo de protección del pluralismo, es más certero y más eficaz que el criterio de número de medios que pueden ser controlados por una sola persona"*. Estando de acuerdo con esta afirmación, parece, sin embargo, que la regulación propuesta resulta muy laxa respecto a la actividad de los grandes grupos multimedia, que frecuentemente ejercen su influencia mediante pactos estratégicos, *joint ventures* o participaciones cruzadas[1183]. Las limitaciones sobre la audiencia intentan evitar una influencia dominante sobre la opinión pública, favorecen la coherencia empresarial, son más fáciles de controlar; pero no evitan las relaciones cruzadas y pactos estratégicos y desde luego no garantizan un pluralismo interno, ni siquiera por la vía del reparto de propiedad, que siempre da un mayor margen de independencia profesional.

Ese será el marco de armonización europea si la Directiva llega a entrar finalmente en vigor[1184]. En una breve repaso a las regulaciones nacionales europeas se constata su

zona puedan contar con un gran número de revistas, emisoras de radio y canales de televisión con propietarios distintos, si al mismo tiempo, se requiere un alto nivel de penetración si una empresa quiere alcanzar su umbral de rentabilidad. Cuanto más pequeño es el mercado, mayor la cuota de mercado que se requiere para alcanzar ese umbral. Esto explica porqué los mercados más pequeños, con relación a la población y al consumo, son más susceptibles a las situaciones de monopolio."

[1182] *Derecho de la Información..*, op. cit., p. 393.

[1183] **Niewiarra, M.**, op. cit., p. 759.

[1184] La lucha de los intereses en juego están haciendo muy difícil su aprobación. En palabras de **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 206, *"Los diferentes intereses de los Estados miembros de la Comunidad, y de los grupos en ellos dominantes, está haciendo enormemente dificultosa la puesta en común de una regulación sobre la indicada materia. Los grupos que controlan el audiovisual en los diferentes países se han formado en el marco de legislaciones que difieren muy sensiblemente, de modo que podría darse el caso de que una unificación de los principios sobre concentraciones, produjera el efecto de consolidar posiciones de dominio en unas zonas del territorio europeo, que las legislaciones nacionales han hecho imposible alcanzar en otras".*

carácter todavía más laxo y un casuismo que conduce a su fracaso. Francia -modelo seguido por España- limita la participación accionarial. La ley de 1994 (94/88, de 1 de febrero) eleva este límite hasta el 49%, desde el anterior 25%[1185]. El Reino Unido y Alemania se guían ya por el mismo criterio de la propuesta de Directiva. En el caso alemán, el Tratado Interestatal (arst. 21 y 22), modificado en 1991 y1996, establece el mismo tope del 30% de la audiencia total[1186]. En Italia, la Ley Mammi de 1990 establecía que ningún sujeto podría disfrutar de más del 25% de las concesiones y, en todo, caso de no más de tres cadenas nacionales, aunque a cambio permitía la participación del 100% en un determinado canal. La sentencia 420 de 1994 del Tribunal Constitucional validó la norma y declaró la paridad de las cadenas nacionales. Pero los referenda televisivos de 1995 dejaron muerta la ley: aunque se trataba de referenda legislativos de carácter abrogativo y, por tanto inhábiles para dejar sin efecto lo establecido por una sentencia constitucional, políticamente las condiciones de la ley quedaban superadas por la expresión de la voluntad popular[1187].

Antes de referirnos al caso español examinaremos la cuestión de la **transparencia**. Se entiende por transparencia las obligaciones de que las empresas de comunicación suministren a las autoridades y al público datos sobre su titularidad y sobre su posición en el mercado. Tales exigencias son una consecuencia de las políticas anticoncentración, pero en general no se plantean como un medio que en sí mismo sirve al pluralismo[1188]. Puede hablarse de *transparencia interna*, cuando estas medidas van dirigidas a proteger accionistas, deudores y empleados y *transparencia externa*, de carácter institucional, cuando se trata de una información dirigida a las autoridades públicas, competentes de la regulación del sector. En cuanto a la información suministrada, puede ir dirigida a determinar quién ejerce el control sobre la empresa o establecer las relaciones entre empresas (*joint ventue*, alianzas estratégicas, participaciones cruzadas etc.). Como pone

[1185] La nueva ley favorece la aparición de canales temáticos públicos y la consolidación de grupos privados. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado*, op. cit., pp. 44-45. Sobre las medidas anticoncentración multimedia en Francia, véase **Derieux, E.**, op. cit., pp. 63-64 y 207 y ss. La más importante es la llamada *regla de dos situaciones sobre cuatro*. Estos supuestos, cuya coincidencia en más de dos casos está prohibida, son los siguientes: a) controlar una cadena de televisión hertziana con un área de cobertura de más de 4 millones de habitantes; b) controlar una cadena de radio con cobertura de más de 30 millones de habitantes; c) controlar un sistema de radiotelevisión por cable destinado cubrir más de 6 millones de habitantes; d) controlar un diario de información política y general que suponga el 20% de la difusión nacional. Pese a que sobre el papel se trata del sistema que mejor controla la concentración multimedia, la realidad es que cada día los grupos multimedia se hacen más poderosos. Según información de Octavi Martí (EL PAÍS, 10/3/98) la *Compagnie Générale de Eaux*, principal accionista de Canal Plus Francia y segundo operador telefónico del país vecino, ha creado un gigante multimedia al absorber a *Havas*, alcanzando una cifra anual de negocio de 220.000 millones de francos (5'5 billones de pesetas) y 230.000 empleados.

[1186] Justamente en el límite del 30% se encontraban en el momento de la modificación del Tratado Interlander Bertelesman/CLT y el grupo Kirch. Véase **Schwarz, M**., op. cit. p. 498. El criterio de influencia sobre la audiencia se combina con limitaciones a la propiedad. Ninguna empresa puede emitir más de dos Programas de radio o televisión, de los cuales sólo uno puede tener como base la información. La licencia para estas emisiones de ámbito federal sólo puede otorgarse a una empresa en que ninguno de los accionistas posea más del 50% del capital o del derecho de voto. Los accionistas que superen el 25%, pero no lleguen al 50%, sólo podrán participar en otras dos empresas emisoras con Programas de ámbito federal y sólo con menos del 25%. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 210. Conviene recordar como la ley de la televisión de Baja Sajonia fue declarada parcialmente contraria al art. 5 de la Ley Fundamental en 1987, en la cuarta sentencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de radiodifusión, porque, entre otros motivos, las medidas para evitar que un grupo tomará una posición dominante no tenían en cuenta el número de programaciones o parte de programaciones difundidos por ese grupo en otros Länder.

[1187] **Pace, A.**, *"El sistema televisivo italiano" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 155.

[1188] **Lange, B.-P.**, op. cit., p. 772.

de manifiesto Lange[1189], las legislaciones nacionales europeas requieren gran cantidad de información, pero ésta suele repartirse entre distintos organismos y es bastante poco específica. Las autoridades comunitarias pueden requerir información en el marco de los procesos de autorización de las concentraciones. La conclusión es que se hace necesario una armonización de transparencia a nivel comunitario.

Pero lo que nos interesa subraya aquí es que la transparencia debe ser mucho más que un simple instrumento para impedir la concentración. En un régimen de pluralismo externo, el sujeto receptor debe saber de quien provienen los mensajes que se le ofertan. No basta que exista una pluralidad de sujetos emisores y que el Derecho intente preservar la diversidad de sus titulares: para que el sujeto receptor realice libremente su elección debe conocer la propiedad de los sujetos programadores y emisores.

Desde la óptica del pluralismo la transparencia debiera obligar a suministrar dos tipos de informaciones. Una, completa, a las autoridades públicas reguladoras, mediante registros públicos, bases de datos u otros sistemas semejantes, abiertos al público. En esta información debieran incluirse financiación, resultados económicos, datos de composición accionarial, relaciones con otras empresas y otros de carácter económico susceptibles de determinar quién ejerce el control último sobre la empresa. Pero también debieran recogerse otros datos de carácter editorial: definición editorial, determinación de los responsables editoriales, medidas de pluralismo interno (participación del público y los profesionales). Otra, más sucinta y asequible, directamente suministrada por las empresas al público mediante sus propias publicaciones o programas. En el caso de la radio y la televisión, además de la determinación del equipo responsable de cada programa mediante los títulos de crédito, debieran de existir microespacios en los que, periódicamente y bajo supervisión de la autoridad reguladora, se insertaran los datos básicos económicos y de propiedad y un resumen de los principios y responsables editoriales de la Programación. Además, las autoridades reguladoras debieran publicar anualmente informes detallados y comparativos sobre la estructura de los distintos órganos informativos, relaciones cruzadas, financiación, ficha de cada publicación, canal, empresa productora o programadora independiente.

La única manera de conocer a los titulares reales de estas empresas y, en definitiva, quién determina en último término los mensajes, es la exigencia de que sus acciones sean nominativas. Es general la queja de las empresas en el sentido de que tal condicionamiento las impide acudir con normalidad al mercado financiero y ganar dimensión. La realidad es que detrás de los grandes conglomerados siempre se encuentran un puñado de nombres: Kirch, Bertelsmann, Berlusconi, Murdoch... En palabras de Ramonet[1190]:

> *"El objetivo que persigue cada uno de los titanes de la comunicación es el de convertirse en el interlocutor único del ciudadano. Quieren estar en condiciones de suministrarle a la vez noticias, entretenimiento, cultura, servicios profesionales, informaciones financieras y económicas... y situarlo en un plano de interconexión potencial a través de todos los medios de comunicación disponibles: teléfono, fax, videocable, pantalla de televisor, red Internet. "*

[1189] Op. cit., pp. 778-780.

[1190] Op. cit., p. 212.

Son estas propuestas apuntes del sentido que la transparencia debiera tener para garantizar el pluralismo. Lo que si puede afirmarse rotundamente es que sin un sistema eficaz de transparencia empresarial y editorial no puede existir libertad de recepción.

Examinaremos, ahora, el **caso español**. Comencemos por las sociedades concesionarias de canales nacionales de televisión privada.

La Ley 10/1988, de 3 mayo, de la Televisión Privada (LTP), ha sido sustancialmente modificada en esta materia por la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de forma que aunque se mantienen las limitaciones a la propiedad, éstas se suavizan notablemente. Entendemos que utilizando este procedimiento legislativo -el cajón de sastre de la ley de acompañamiento a los presupuestos- se ha hurtado a diputados y senadores y, en último término, a la sociedad española, un verdadero debate sobre pluralismo y transparencia en la televisión privada, aceptando, sin más controversias, algunas de las reivindicaciones expresadas por estas empresas[1191], quizá en compensación por el régimen de la televisión digital terrena, que tan desfavorablemente ha sido acogido por las sociedades concesionarias.

En su Preámbulo, la LTP apuesta por lograr el pluralismo informativo externo -ya limitado por la reducción de las concesionarias a tres- mediante la preservación de la libre competencia entre estas sociedades:

> *"Uno de los objetivos de la Ley es que, en efecto, la televisión privada sirva para ensanchar las posibilidades del pluralismo informativo en España. De ahí que la Ley se haya inspirado para cumplir tal objetivo en las normas que los ordenamientos jurídicos de otros sistemas democráticos suelen prever para evitar las situaciones contrarias a la libre competencia o que puedan implicar la existencia de oligopolios o el abuso de una posición dominante."*

La libre competencia y el pluralismo informativo se declaran como criterios prioritarios para seleccionar a las sociedades concesionarias. Así, conforme el art. 9. 2:

> *"... El Gobierno adjudicará las concesiones en favor de las ofertas más ventajosas para el interés público, valorando prioritariamente las garantías ofrecidas por los concurrentes a fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión, así como la necesidad de diversificación de los agentes informativos y el objetivo de evitar tanto los abusos d posición dominante como las prácticas restrictivas de la libre competencia."*

Se trata de un sistema anticoncentración *monomedia*[1192], que persigue que ninguna persona física o jurídica pueda controlar directa o indirectamente más de una sociedad concesionaria, que la propiedad de estas sociedades se encuentre suficientemente repartida -introduciendo, así, un factor de pluralismo interno- y la presencia de accionistas

---

[1191] Véase, por ejemplo, las críticas a los límites anteriores de **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 75.

[1192] Como recuerda **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit., p. 511, se ha renunciado a un sistema que limite la concentración *multimedia.* El proyecto de ley de Televisión Privada, en su art. 19 ponía el límite de participación del 15% en las concesionarias a aquellas sociedades que ya poseyeran el 15% de la editorial de un diario, agencia de prensa o sociedad de radio.

extranjeros limitada. Estos objetivos (sin mencionar los de solvencia económica) se acompañan de mediadas de control y transparencia:

- No podrá ser concesionaria una sociedad que ya disfrute de una concesión, o participe o controle efectivamente una sociedad concesionaria (art. 10 e).

- Las sociedades concesionarias habrán de revestir forma de sociedades anónimas y tener como objeto social la gestión indirecta del servicio público de televisión (art. 18.1, modificado por la Ley 37/1995, que elimina el objetivo único y exclusivo). En el caso de que no sea éste el objeto exclusivo, se mantendrá contabilidad separada para la actividad correspondiente a la explotación de la concesión.

- Sus acciones habrán de ser nominativas (art. 18.1). Sin embargo, en la nueva redacción dada al art. 19 por la Ley 50/1998 se elimina el requisito de que las acciones de las sociedades que participan en el capital de las concesionarias sean también nominativas, con lo que se pierde la transparencia de segundo grado y se facilita que los grandes grupos puedan controlar estas concesionarias del servicio público.

- Las sociedades deberán tener la nacionalidad española y estar domiciliadas en España (art. 18.3).

- Ninguna persona física o jurídica podrá ser titular, directa o indirectamente de acciones en más de una sociedad concesionaria (art. 19. 2 L. 10/88, ahora 19.1 tras la modificación de la L. 50/98).

- Ninguna persona física o jurídica podrá poseer más del 49% del capital de una sociedad concesionaria (art. 19.1 después de la modificación de la L. 50/98, antes el tope era del 25%, conforme el antiguo art. 19.3)[1193].

- Las personas físicas o jurídicas con nacionalidad o residencia en el extranjero no pueden participar en su capital, salvo aplicación del principio de reciprocidad y excepción hecha de las de los estados miembros de la Unión Europea (nuevo art. 19.2). Anteriormente se limitaba la presencia de capital extranjero al 25% (antiguo art. 19.4)[1194].

[1193] Este tipo de reformas que suavizan las medidas anticoncentración suelen justificarse en la necesidad de consolidar grupos nacionales multimedia que puedan competir en el mercado global. Como pone de manifiesto **Cavallin, J.**, op. cit., p. 22, esta tendencia tiene dos graves consecuencias: disminuir el pluralismo externo a nivel nacional y hacer más difícil una regulación internacional que limite la concentración.

[1194] La Ley 18/1992 calificaba a la radio y la televisión como sectores con regulación específica, y, por tanto, las inversiones extranjeras y su posterior modificación se someten a previa autorización del Consejo de Ministros. La inversión en prensa no está sometida a estos requisitos. Véase **Escobar, L.**, *El Derecho de la Información*, op. cit., pp. 400-401. En virtud de los tratados, los ciudadanos y sociedades de la Unión Europea no tienen ningún tipo de limitaciones, desde que fueron finalmente derogadas por la Ley de Presupuestos de 1991. Sobre inversiones extranjeras en estos sectores, véase también: **Corredoira, L.**, *Derecho de la información. I Sujeto y medios*, op. cit., pp. 360-362; **López Lozano, Miguel Ángel**, *"El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit., pp. 1089-1097

- La adquisición, directa o indirecta de una participación significativa (el 5% del capital o de los derechos de voto) o su aumento hasta un porcentaje del 5, 10, 15, 20, 25, 30, 35, 40 y 45% está sometida a la notificación del Ministerio de Fomento, que tiene tres meses para denegar la adquisición por falta de transparencia del grupo adquirente o vinculaciones con otra entidad del servicio esencial de televisión (nuevo art. 21.3 conforme la modificación realizada por el art. 67 de la L. 55/1999). Con anterioridad, la previa autorización administrativa tenía carácter constitutivo (antiguo art. 21).

- Se constituye un Registro público en el Ministerio de Fomento como instrumento de transparencia (art. 20).

- El incumplimiento sobrevenido de estos límites da lugar a la extinción de la concesión, a menos que en el plazo de un mes desde el requerimiento de la Administración, la sociedad subsane el incumplimiento (art. 17.2).

- La concesión obliga a la explotación directa del servicio y no puede transferirse (art. 12).

Como se ve, las recientes modificaciones permiten constituir sólidas mayorías de capital en el seno de las sociedades concesionarias[1195]. En realidad, viene a darse base legal a situaciones de hecho, restando, además, trascendencia, a la falta de autorización previa, que deja de tener carácter constitutivo. La transmisión de las acciones de las sociedades que forman parte del capital de las concesionarias no está sujeto a control y por esta vía se han realizado todo tipo de operaciones que han permitido constituir, de hecho, grupos accionariales de control. Además, el registro de las concesionarias ha servido más como medio de intervención administrativa que como instrumento de transparencia. A falta de un juicio global sobre el sistema, que reservamos para después de examinar otras formas de radiotelevisión, puede decirse que si esta regulación era ya muy deficiente, ahora queda muy dañado el teórico pluralismo interno que pudiera derivarse de un reparto del capital, desde el momento en que un solo socio puede llegar hasta el mismo límite del 50%.

El sistema instaurado en 1988 por la Ley de la Televisión Privada ha servido, en general, de modelo y referencia a las otras formas de gestión del servicio público. Resumimos a continuación sus respectivos regímenes.

En el caso de las concesiones de la radiodifusión sonora, la disposición adicional 6ª de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones[1196] calca casi punto por punto lo establecido por la LTP, con las lógicas adaptaciones. La participación extranjera no podrá superar el 25% (si fueran entidades sin ánimo de lucro sus órganos directivos y tutelares

[1195] Antes de la reforma, **Corredoira, L.** y **Sánchez-Tabernero, A.**, *Transparencia y control de los medios informativos. Informe de la situación española y perspectiva europea*, Fundación para la Comunicación Social, Madrid, 1994, p. 35, solicitaban para facilitar la constitución de poderosos grupos mulitimedias españoles un término medio entre la limitación del 25% de la legislación española y el 100% que la Ley Mammi permitía en un determinado canal.

[1196] Declarada expresamente en vigor por la disposición transitoria 6ª de la Ley General de Telecomunicaciones.

han de ser españoles)[1197]; las acciones han de ser nominativas; ninguna persona física o jurídica podrá ser titular de más de una concesión para servicios de onda media, o de dos para los de frecuencia modulada de la misma cobertura (aunque podrá otorgarse más de una si en el ámbito de cobertura queda suficientemente garantizada la pluralidad de la oferta radiofónica); una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuyos servicios tengan la misma cobertura; se somete a autorización administrativa las modificación de la titularidad de las acciones. Llama la atención que no se haya adoptado ninguna regulación de la transmisión en cadena, lo que indica que al legislador le preocupa más el pluralismo de los sujetos emisores que el pluralismo de los programas; más aún, los acuerdos de emisión en cadena no sólo pueden afectar a la diversidad de programas, sino suponer una verdadera restricción de la libre competencia.

La Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de televisión por satélite[1198] y su Reglamento Técnico (R. D. 409/1993) no incluían límites a la participación accionarial en las sociedades concesionarias, lo que es lógico si tenemos en cuenta que lo que se pretendía, aunque expresamente no se declarara, era, en primer término, dotar de la habilitación necesaria para transmitir por satélite a los gestores directos e indirectos del servicio público. Las sociedades concesionarias habrían de tener por objeto social la emisión de programas con cobertura nacional o comunitaria y tener la forma de sociedad anónima[1199] y las adjudicaciones habría de otorgarse conforme lo dispuesto en la Ley de Televisión Privada, no siendo transmisibles. Expresamente se admitía la posibilidad de disfrutar de más de una concesión (art. 3). Sí se establecía, en cambio, un elemento de pluralismo de programas, al exigirse, primero que en el caso de acumular más de una concesión, sólo una de las Programaciones tuviera carácter general y, segundo, que esta Programación fuera de contenido distinto al de otras formas de televisión (salvo que se utilizaran normas de emisión distintas) (art. 4). Que se estaba pensando en una extensión de las actividades de las concesionarias de la LTV lo indicaba la disp. tr. 3ª del R.D. 409/93, que permitía que durante el primer año de explotación estas sociedades pudieran repetir por satélite su programación nacional, con el límite del 30%. Posteriormente, establecido por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 abril de 1993, en el correspondiente pliego de cláusulas de explotación, el número de concesionarias en tres, se adjudicaron estas concesiones a las tres sociedades que explotaban el servicio de televisión privada nacional. En resumen, se sacrificaba el pluralismo externo, aunque se exigía si no una pluralidad de programaciones, sí, al menos aumentar el número de éstas a disposición del público.

Con la liberalización del satélite como medio de transmisión, llevada a cabo por la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, desaparece cualquier limitación a la propiedad de las sociedades sometidas ya a un simple régimen de autorización. Se crea en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (R. Decreto-ley 1/1997, de 31 de enero, regulado por

[1197] La Ley 22/1999, de 7 de junio, da en su disposición adicional 2ª a la disp. ad. 6ª de la Ley de Telecomunicaciones, para precisar que el tope del 25% se aplicará a los a los residentes o nacionales de países que no sean miembros de la Unión Europea.

[1198] Derogada por la Ley General de Telecomunicaciones, salvo lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión y en especial el art. 1.1 y las disp. adicionales 3ª , 5ª y 7ª .

[1199] El pliego de cláusulas de explotación, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 1993, repetía las condiciones de la LTP y entre ellas exigía el carácter nominativo de las acciones.

el art. 2 del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Satélite, R.D. 136/1997, de 31 de enero) un registro de operadores de servicio de acceso condicional[1200]. Me interesa subrayar aquí la tendencia que parece evidente de eliminar las normas anticoncentración, coincidiendo con los procesos liberalizadores. Así, el proyecto de ley reguladora del servicio público de la televisión autonómica[1201] abre la puerta a la gestión indirecta del servicio en el ámbito autonómico, no exigiendo a las sociedades concesionarias más que la forma de sociedades anónimas, que tengan por objeto la prestación del servicio de televisión autonómica, requiriéndose la contabilidad diferenciada de tener otros objetos sociales (art. 9). Que se pase de un sistema de gestión directa exclusiva a un sistema mixto de gestión directa-indirecta o, incluso, a uno plenamente liberalizado sometido a la simple autorización o comunicación, no quiere decir que el Estado haga dejación de sus competencias y renuncie a una regulación protectora de la concurrencia económica y el pluralismo informativo, por más que el sistema de limitación de la propiedad parezca poco eficaz.

Todavía en el ámbito del servicio público, la Ley 42/1995, de 22 de diciembre de Telecomunicaciones por Cable[1202], instauró en su art. 4 un sistema inspirado en la Ley de la Televisión Privada. Los operadores deberían ser sociedades anónimas, domiciliadas en España, cuyo objeto social sea la prestación de este servicio. En cuanto a participación de capital extranjera, la ley se remite a la normativa de inversiones extranjeras[1203]. Se prohibe que cualquier persona física o jurídica participe, directa o indirectamente, en una o varias sociedades concesionarias que conjuntamente reúnan un número igual o superior al millón y medio de abonados (aunque este límite no afecta a las actividades de telefonía básica y de valor añadido). No se imponen, en cambio, topes a la distribución interna del capital en estas sociedades concesionarias. Es decir, se intenta que nadie, persona física o jurídica, controle la actividad más allá del millón y medio de abonados, pero se renuncia a intervenir para lograr un cierto pluralismo interno por la vía del reparto de capital. Todos los negocios jurídicos sobre las acciones están sometidos a previa autorización administrativa y se instaura un registro público, en el que han de hacerse constar las concesiones y los datos y modificaciones de capital de las sociedades concesionarias (art. 5).

Mención especial requiere la figura de los programadores independientes. Acertadamente, la ley reserva el 40% de la programación a estos sujetos, introduciendo tanto una fórmula de pluralismo de sujetos como de programas. El objetivo, por tanto, es que estos sujetos no puedan estar controlados por los operadores del cable. *"Se entenderá por programadores independientes* -establece el art. 10.1- *las personas físicas o jurídicas propietarias de programas audiovisuales o de datos distribuidos por el operador de cable que no sean objeto de influencia dominante de éste, directa o indirectamente, por razones de propiedad o participación financiera"*. Por tanto, la independencia se refiere a la relación concreta entre un programador y un operador. No es, pues, descartable que un operador

[1200] Véanse el recursos de amparo y contencioso-administrativo de Canal Satélite Digital, comentado en el capítulo 2º, 3.2.

[1201] BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, nº 98-1, de 30 de diciembre de 1997.

[1202] La Ley General de Telecomunicaciones deroga la Ley 42/1995, salvo lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión. Declara expresamente en vigor el art. 9.2, primer párrafo; el art. 10 (programadores independientes); el art. 11.1 e), f) y g); el art. 12, y los apartados 1 y 2 de la disp. adicional 3ª .

[1203] El art. 15.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, la otra remisión en esta materia, ha sido derogada por la Ley General de Telecomunicaciones.

pueda controlar un programador que esté suministrando contenidos a otros operadores, por lo que hubiera sido conveniente una separación más rigurosa entre operadores y programadores para evitar operaciones de concentración vertical. En cuanto a que se entiende por influencia dominante, la ley se remite al art. 3 ap. f de la Ley 25/1994 (Televisión Sin Fronteras), que la define en relación a los productores independientes: contar con más del 50% del capital social, disponer de mayoría de votos o poder de designación de sus órganos directivos.

En el caso de la televisión local por ondas terrestres, la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, hace una traslación casi automática de los requisitos de la Ley de la Televisión Privada. En un ámbito en el que se prevé una sola concesión (excepcionalmente dos), explotadas con preferencia por los ayuntamientos, y sólo en gestión indirecta, cuando los ayuntamientos renuncien a la directa, las concesionarias habrán de ser sociedades anónimas, con este objeto social, acciones nominativas y sin que ninguna persona extranjera pueda controlar más del 25% del capital social (art. 13.3). La concesión obliga a la explotación directa y es intransferible (art. 13.4). No se incorporan, en cambio, las limitaciones a la propiedad características de la Ley de Televisión Privada. En un ámbito tan restringido como el local parece imposible evitar la concentración del capital, pero quizá habría que haber dado un tratamiento distinto a las grandes ciudades e impedir que el capital de estas pequeñas empresas esté en manos de las sociedades que posean concesiones o licencias de cadenas de radio o televisión de ámbito nacional o autonómico. Lo que si parece una medida acertada es la prohibición de emitir o formar parte de una cadena (art. 7). Por un lado -y es lo que nos parece más importante- se entenderá que se emite en cadena cuando se difunda la misma programación durante más del 25% del tiempo total de emisión, aunque sea en horario distinto. Es ésta una medida imprescindible para garantizar un pluralismo de programas y el carácter local de éstos. Por otro, se intenta evitar la concentración empresarial entre distintas emisoras locales: se entenderá que forman cadena cuando exista una unidad de decisión, cuando uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones, ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras, posean la mayoría de los derechos de voto o tengan el poder de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los consejos de administración. Las Comunidades Autónomas podrán autorizar emisiones en cadena, previa acuerdo de los municipios afectados y teniendo en cuenta criterios de proximidad e identidad social y cultural, con lo que se abre la vía, por ejemplo, a cadenas comarcales o incluso provinciales.

En su conjunto este bloque normativo no ha impedido la concentración de las empresas emisoras[1204]. En primer lugar, su carácter *monomedia* y la inexistencia de normas aplicables a la empresa ha permitido la consolidación de grandes grupos multimedia. Ocho grupos editoriales de la prensa diaria (Prisa, Recoletos, Correo, Zeta, Prensa Española, Godó, Moll y Unidad Editorial) concentran el 86’6% de la cifra de negocios del sector, el 83’4% de la inversión publicitaria y el 79’15% del número total de ejemplares vendidos. Esos ocho grupos controlan dos cadenas privadas de televisión, dos

[1204] Para **Corredoira, L**, y **Sánchez-Tabernero, A.**, op. cit., p. 35 la causa es atribuible más que a un problema de vacíos legales de la no aplicación de la legislación y su régimen sancionador.

de radio y una agencia de noticias[1205]. Pero lo más preocupante es que las más recientes modificaciones, junto con el fenómeno de convergencia entre comunicación y telecomunicaciones han propiciado la aparición de dos grandes gigantes, Sogecable-Grupo Prisa y Telefónica, hasta el punto de que no es exagerado hablar de duopolio imperfecto[1206].

Además, como bien pone de manifiesto Escobar[1207], las cautelas de nuestra legislación no han impedido la presencia de inversores extranjeros (más concretamente de grupos multimedia europeos y transnacionales) en estos grupos españoles. En general, las sucesivas administraciones han hecho un uso algo más que discrecional de sus poderes de intervención, consintiendo incumplimientos, gestionando diligentemente autorizaciones unas veces y dilatándolas injustificadamente otras. El sistema de registros ha sido más instrumento de intervención administrativa que medio de transparencia[1208]. Tampoco parece que el sistema general de protección de la concurrencia[1209] haya servido para evitar la concentración informativa, aunque decisiones concretas del Tribunal de Defensa de la Competencia hayan evitado operaciones que podrían haber supuesto abuso de posiciones dominantes en el cable[1210] o en el control de derechos deportivos[1211]. Escobar concluye que sin la existencia de una normativa comunitaria no hay en nuestro derecho garantías suficientes frente a la concentración. Para Corredoira y Sánchez-Tabernero una autoridad

[1205] Revista FAPE, nº 27, Madrid, octubre 1997. Sobre la concentración de la prensa diaria en España, véase también **Alcover y Simón**, op. cit., p. 30. Como advierte el Libro Verde sobre la Concentración y el Pluralismo, op. cit., la prensa encuentra más rentable invertir en televisión que a la inversa.

[1206] Este es el título del trabajo de la Federación de Comunicaciones y Taransportes de CC.OO en *C y T-Nuestra Prensa*, julio de 1999. De él sacamos estas listas de las participaciones de estos dos grupos en el sector de la comunicación. Composición accionarial de Sogecable: 25% Prisa, 15'79 Canal Plus Francia, 12'65 Corp. Gral. Financiera, 21'56 Inversiones Artá y otros. Principales participaciones de Sogecable: C. Asist. Telefónica: 99'7%; Gestora de Derechos Audiovisuales: 100%; Canal Club de Distribución: 100%; Warner Lusomundo: 33'3%; Cable Antena: 99'9%; Sogepaq: 33'3%; Sgecine: 100%; Canal Satélite Digital: 92'5%. Principales participaciones de Telefónica: Antena 3 TV: 40%; Vía Digital: 68'6%; Torneos y Competencias (Argentina): 20%; Cabletelevisión (Argentina): 33%; Metrópolis (Chile): 40%; Pearson (Reino Unido): 5%; Audiovisual Sport: 40%; Gestora de Medios Audiovisuales: 100%; Onda Cero: 100%; Radio Voz: 100%; Grupo Recoletos: 20%; Olé: 98%; Telefónica Cable: 100%; Lola Film: 33%; Hispasat: 22'7%; Efe: 0'06%.

[1207] **Escobar, L.**, *El Derecho de la Información*, op. cit., p. 402.

[1208] En el caso de la prensa, la Ley 29/1984, de 2 de agosto y el R.D. 2089/1984, de 14 de noviembre, vinculaban la concesión de ayudas a cumplimiento de obligaciones de transparencia: publicación anual de cuentas, precisar la estructura de capital hasta el segundo grado, señalar la identidad de los socios con más del 10% del capital. Además se exigía capital 100% nacional y que las empresas no mantuvieran intereses en el sector publicitario. Este sistema estuvo en vigor hasta 1988, en que fue derogado por la Ley de Presupuestos.

[1209] Sobre las competencias del Tribunal de la Competencia y el Consejo de Ministros sobre el control de las operaciones de concentración, véase **Escobar, L.**, *El Derecho de la Información*, op. cit., p. 399.

[1210] Informe del Tribunal de 26 de febrero de 1996 sobre la constitución por Canal Plus y Telefónica de una sociedad para operar en el mercado de la televisión por cable ofreciendo servicios multimedia interactivos. El Tribunal concluye que los pactos estratégicos entre las dos compañías suponían prácticas restrictivas a la competencia, que obstaculizarían el acceso de competidores al mercado.

[1211] Resolución de 7 de junio de 1993 que declara la existencia de un abuso de posición dominante de la Liga Nacional de Fútbol Profesional en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión, así como la existencia de pactos restrictivos para la competencia entre la Liga y las televisiones autonómicas, por una parte, y, por otra, entre Canal Plus y TVE. Véase **Gay, C.**, op. cit., p. 262.

independiente podría ejercer un importante papel en el control de concentraciones y transparencia[1212].

En este punto parece posible concluir que las normas anticoncentración, aunque imprescindibles, son frecuentemente incumplidas o, en virtud del proceso de convergencia de los medios, pronto se convierten en obsoletas. La experiencia en otros países europeos es semejante. Las limitaciones a la propiedad han dado lugar a complejas derogaciones a la medida, como en el caso de Francia[1213] y, en general, pueden ser burladas acudiendo a entramados de sociedades interpuestas[1214]. No es desdeñable, tampoco, la mentalidad liberalizadora de los responsables de las autoridades de regulación, que les lleva a autorizar la mayoría de las operaciones de concentración; tampoco lo es la connivencia de los políticos y los grandes magnates de la comunicación[1215]. Es necesaria, sin duda, una regulación comunitaria... Es imprescindible que estas normas obstaculicen la concentración vertical entre quienes captan y elaboran informaciones y programas (agencias de información, productoras, programadores) y los difunden (emisores y operadores de telecomunicaciones) y entre productores, programadores y emisores, de un lado, y agencias de publicidad de otro... Pero da la impresión de que los instrumentos jurídicos manejados (ya sean los topes a la concentración de capital, ya los límites sobre los audiencias) resultan sobrepasados por el poder y la versatilidad de funcionamiento de los grandes conglomerados transnacionales que actúan en un contexto global liberalizado.

Por eso, autores como Niewiarra[1216] sostienen que en un marco de concentración creciente deben buscarse nuevos mecanismos de participación social. José María Desantes[1217] aboga por el desarrollo del derecho a la información como único medio para neutralizar la concentración del poder informativo:

> *"...El libre juego del mercado de capitales que, hasta hace relativamente poco tiempo, estaba excluido de modo más o menos total para las empresas informativas, va prevaleciendo en el mundo también para ellas. ... La participación abierta o solapada en el*

[1212] Op. cit. p. 36. En concreto proponen que un Consejo Superior de la Comunicación podría asumir las siguientes competencias: a) comprobar que se deposita la información requerida por la legislación mercantil en el Registro Mercantil; b) analizar fusiones o adquisiciones y enviar, en su caso, el expediente al Tribunal de la Competencia; c) asumir la concesiones y renovaciones de emisora; d) aprobar los cambios de propiedad; e) comprobar que se respetan los porcentajes de participación en el capital; f) supervisar los datos económicos de las empresas de tv. para evitar un endeudamiento que amenace su independencia; g) vigilar el cumplimiento de la legislación; h) publicar estudios e informes que proporcionen una mayor transparencia.

[1213] **Chamoux, J.- P**., op. cit. p. 74.

[1214] El genio de la *ingeniería financiera* para evitar estas normas es Berlusconi. Así, en Italia ha transferido todos los derechos sobre sus televisiones a la sociedad Mediaset, que cotiza en Bolsa, haciendo muy difícil el control. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 117. En España (EL PAÍS 28/3/98), Berlusconi y sus socios tienen abierto un procedimiento judicial en la Audiencia Nacional por presunto delito fiscal. El auto de procesamiento, siguiendo las tesis de la Fiscalía Anticorrupción, sostiene que mediante el juego de sociedades interpuestas (Mediaset, Telefuturo y Deinde) y otras operaciones financieras, Berlusconi y su grupo han llegado a controlar el 65% del accionariado de Gestevisión Telecinco. **Pace, A.**, *"El sistema televisivo italiano" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 160, tras constatar que constatar que el grupo Mediaset concentra un 66'68% de la inversión publicitaria en el medio televisión, frente a un 30% de la RAI, concluye la inexistencia de pluralismo televisivo.

[1215] *Concentración de la comunicación en Europa...*, op. cit., pp. 260-261.

[1216] Op. cit., p. 766.

[1217] *La función del informador*, op. cit. p. 72.

capital de las empresas dedicadas a la información y la captación de sus centros neurálgicos de decisión por una minoría constituyen un peligro actual. Unas pocas decenas de hombres con posibilidades financieras. propias o ajenas. claras u oscuras, pueden repartirse el poder informativo empresarial en el Mundo. ... La cuestión es grave y aparentemente no se ofrece posibilidad de resolverla puesto que nada hay que se oponga al poder del dinero en aras de la misma libertad que se defiende. El Mundo tiende a una disposición tal de los medios que puede permitir que se erijan unos poderes económicos informativos que impidan el ejercicio libre del derecho a la información. La solución de este problema parece imposible porque no se puede dar por la vía económica, que es meramente cuantitativa; ni se puede dar por la vía política: por la limitación externa de las inversiones y participaciones del capital dirigido a financiar medios. La solución ha de venir por un desarrollo total de las posibilidades ínsitas en el derecho a la información. ....”

Uno de estos desarrollos básicos es la libertad de programación. Es la respuesta constitucional al problema de la concentración del poder de informar en la radio y la televisión. El desarrollo de la libertad de programación sirve al pluralismo externo -pluralidad de sujetos emisores y programadores- al pluralismo interno -acceso y participación de sujetos programadores, profesionales y público- y, en definitiva, al pluralismo de programas y Programaciones. El derecho de la competencia y las normas específicas contra la concentración informativa no deben abandonarse, sino, por el contrario, perfeccionarse y sobre, todo, coordinarse con los desarrollos propuestos de la libertad de programación como libertad autonomía, libertad participación y libertad capacidad.

1.5. El objeto de la libertad de programación. El pluralismo de los programas.

Decíamos al comienzo de este capítulo, 1.1, al trata de delimitar la libertad de programación que la actividad de programar consiste en poner en forma y estructurar los mensajes audiovisuales para su difusión. Los hechos, ideas, opiniones, informaciones y sensaciones -el objeto general del derecho de la información- se manifiestan en los mensajes audiovisuales por la mediación de imágenes y sonidos producidos y difundidos artificialmente[1218]. Mensajes audiovisuales, programas y Programaciones[1219] son el objeto sobre los que se proyecta esta libertad difusiva. Este triple objeto responde a sucesivos

[1218] A este respecto resulta válida la definición del art. 86. 1 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual para las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales: *“... las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras”.* Sería una cuestión discutible si los mensajes audiovisuales exigen necesariamente de un soporte. Tal y como los hemos definido (producidos y difundidos artificialmente) sí exigen un soporte, aunque éste no sea más que las oscilaciones electromagnéticas o a proyección de una sombra en una pared. En la casi generalidad de los casos existirá también un soporte de conservación, pero pueden existir difusiones efímeras en que esté ausente. A nuestro juicio no es elemento definitorio de los mensajes audiovisuales el que se trate de imágenes en movimiento: la asociación de imágenes, por utilizar los términos de la LPI, puede ser de imágenes estáticas.

[1219] Escribiremos con minúscula programa cuando nos refiramos a las unidades programáticas y con mayúscula Programa será sinónimo de Programación, esto es de conjunto de programas. Puede que incluso usemos Programa como la unidad de distintas Programaciones sectoriales (infantil, informativa, cultural, diaria, semanal etc.) o multplexadas. En cambio, programación, con minúscula, se utilizará al referirnos a la tarea de programar.

niveles de estructuración de las ideas, informaciones y sensaciones. En el capítulo 2º, 2.3, ya delimitamos los conceptos de programa, Programación, emisora y canal. Ahora profundizaremos en las relaciones entre programas y Programación y nos plantearemos el tema del pluralismo de los programas.

Si para que exista mensaje es necesaria la articulación entre significante y significado, así, a su vez, en todos los medios se da una estructuración, una ordenación de los mensajes: caso contrario la comunicación sería discontinua, ineficaz. Mientras en la literatura o en la cinematografía la estructuración se opera en un solo nivel, la prensa y radiotelevisión se caracterizan por una segunda ordenación que se proyecta sobre una diversidad de unidades previas estructurantes de los mensajes.

La obras literarias o las obras fílmicas son obras unitarias, que tienen la coherencia interna de un universo autónomo y no requieren, por tanto, de una superior unidad. Esporádicamente pueden encontrar esa integración superior (una colección editorial, obras completas, un ciclo de filmoteca o unas sesiones retrospectivas en un festival cinematográfico), pero su difusión, aún en estos casos, se llevará a cabo individualmente, con notable separación temporal entre unas y otras, y los puntos de contacto entre las diversas obras no darán como fruto sino una muy difusa realidad unificadora.

En prensa, radio y televisión, por el contrario, la regla es la estructuración en dos niveles, aunque con diferencias notables en cada caso. La prensa estructura espacialmente en cada número -primer nivel- un conjunto de mensajes en apariencia muy diversos; los significantes se reducen a unos pocos (los cuatro o cinco géneros informativos, la iconografía informativa y los mensajes y la iconografía publicitaria) y los variados significados tienen en común o su interés y/o su relevancia, así como, desde luego, su actualidad o actualización. Resulta, de este modo, un producto -el número, la edición- con una heterogeneidad aparente, pero con una unidad interna muy fuerte dada por la aplicación a estos mensajes -ya homogeneizados previamente por su carácter periodístico- de unos mismos principios de selección, tratamiento, composición, maquetación etc. Estos principios, directamente derivados de los principios editoriales (sobre los que volveremos en el siguiente epígrafe) son los que integran en una unidad superior -segundo nivel de estructuración- a las diversas ediciones que se suceden temporalmente. El resultado es lo que suele llamarse la *línea de la publicación* o *línea editorial*. Esto es, lo que diferencia a unos órganos de prensa de otros.

Estos dos niveles se dan también en la radio y la televisión. A la edición corresponden los programas o unidades programáticas, a la *línea de la publicación*, el Programa o Programación. Tanto unos como otra pueden considerarse una obra colectiva, en la que se funden la creación de distintos profesionales bajo la dirección de los sujetos programadores y emisores[1220].

Las realidades producto de la primera estructuración, los programas, son en mayor medida difundibles por otros medios (difusión videográfica, a través de Internet e incluso

[1220] Sobre la naturaleza de los programas como obra audiovisual a los efectos de los derechos que corresponden a sus autores trataremos en el siguiente apartado.

cinematográfica) en cuanto que presenten una mayor unidad interna. La UNESCO[1221] define al programa como un *"un conjunto de secuencias sonoras y/o visuales que constituyen un todo, difundido durante un período de tiempo anunciado de antemano, con un título o bajo otra indicación"*.

Estas unidades programáticas se interrelacionan estrechamente en una sucesión temporal, que puede cubrir las 24 horas o una parte del día. En la programación clásica otro elemento estructurante es la repetición cíclica, que segmenta ese Programa definitorio de la personalidad del sujeto programador-emisor, en Programaciones diarias, semanales, mensuales, de temporada... buscando la fidelidad de la audiencia, mediante hábitos de recepción, que terminan por tener incidencia en los horarios privados y públicos. La repetición cíclica supone otro nuevo nivel de estructuración: la serie. La serie puede servir para desarrollar una historia de ficción a lo largo de una sucesión de programas durante un largo periodo de tiempo[1222], en cuyo caso su unidad interna es muy fuerte; o, puede suponer una sucesión de programas que simplemente tienen en común un mismo propósito y formato audiovisual. Prácticamente todos los programas se integran en series, que facilitan su identificación con la audiencia. Y todas suelen tener una vida limitada, salvo los programas informativos diarios. Las series son el medio de estructurar los programas más allá de la programación diaria ordenada en bloques horarios. En gran medida una serie puede considerarse como un único programa dilatado o escalonado en el tiempo y como tal puede convenir que sea considerado[1223]. A efectos de simplificar, cuando nos refiramos a programas lo estamos haciendo tanto a las unidades programáticas como a las series.

Cada programa cobra un nuevo sentido en ese marco más amplio de la Programación y su ubicación en la misma determina su naturaleza en función de las características de la audiencia presumible, de los espacios que le preceden y siguen... Además, la eficacia de los mensajes audiovisuales no depende sólo del acierto de su puesta en forma en un programa, sino también de la estructuración de éstos en una Programación. Y a su vez, la Programación para realizar sus fines, para hacer realidad los principios editoriales o programáticos que la inspiran y los objetivos de la empresa o empresas que la producen, programan y emiten, debe estructurarse en torno a ciertos programas eje (por ejemplo, los informativos diarios) y exige la creación de específicas unidades programáticas (*programas de continuidad y promoción*) que no tienen otra finalidad que *"... la interrupción de significados para evitar y/o provocar asociaciones en los mensajes de unos programas con otros"*[1224] y/o promocionar los propios programas.

[1221] *Actas de la Conferencia General. 19ª Reunión*. Nairobi, 26 de octubre-30 de noviembre, 1976. Vol. 1. Resoluciones, p. 167. Citado por **Fernández-Shaw, Félix**, *La difusión internacional de los programas audiovisuales*, Tecnos, Madrid, 1980.

[1222] Sobre el proceso de producción completamente industrializado de las comedias de situación españolas, con un sistema de elaboración del guión completamente estandarizado, véase **Écija Bernal, Hugo**, *"La propiedad intelectual en la empresa audiovisual" en La propiedad intelectual en los medios de comunicación social*, op. cit., pp. 35-36.

[1223] Así, el *Agreement* que acompaña la *Royal Charter* de la BBC establece (5.2) que a los efectos de la apreciación de los requisitos de fiabilidad, imparcialidad etc. exigidos a los programas, las series serán consideradas como un todo.

[1224] **Cebrián Herrero, Mariano**, *Introducción al lenguaje de la televisión. Una perspectiva semiótica*, Pirámide, Madrid, 1978, p. 227. El mismo autor en *Información audiovisual: Concepto, técnica, expresión y aplicaciones*, Síntesis, Madrid, 1995, p. 406 y ss. habla del *"superrelato informativo de la programación y emisión radiotelevisiva"*.

Podemos concluir con Cebrián[1225] que, desde un punto de vista semiótico, una Programación constituye toda una cosmogonía.

Faus[1226] ha explicado como, en los primeros tiempos de la radio, la programación, la necesidad de planificar para mantener el máximo tiempo de emisión, precede incluso al propio concepto de emisora. En estos inicios, el Programa es un continuo, sin unidades diferenciadas, que se produce sin interrupción, al mismo tiempo que se emite. En este sentido, la Programación precede a los programas. Posteriormente, en los años 30, las posibilidades de grabación y de utilización de distintos estudios permite la aparición de distintas unidades programáticas, que requerían ya una planificación y cronometraje riguroso y un enlace entre las mismas, dando lugar al concepto de continuidad[1227]. Se dará luego una perfecta simbiosis entre Programa y emisora. El sujeto emisor se identifica por sus programas, que normalmente produce él mismo, y, sobre todo, por la sucesión de estos programas con una personalidad propia: la Programación. Será en la radio local americana de los 50 donde la Programación se fragmentará en microespacios publicitarios unidos por microprogramas (*programación mosaico*)[1228]: los programas se convierten en elementos de continuidad y los espacios publicitarios, que antes servían no sólo como fuente de financiación, sino como enlace de continuidad, son las unidades básicas de la Programación. También en la radio norteamericana se registran los primeros intentos de fragmentar la audiencia con el objeto de segmentar mejor la audiencia para una mayor eficacia publicitaria: es la *radio-fórmula*[1229]. Los programas se especializan buscando una audiencia diferenciada y la Programación se reduce al enlace mecánico entre espacios muy similares y repetitivos. Prácticamente todo se ha experimentado en la radio: las Programaciones especializadas, la Programación segmentada en grandes espacios *omnibus* a cargo de un conductor que impregna todos los contenido con su personalidad... Pero, con todo, la Programación, el Programa, tiene siempre su vida propia, su personalidad diferenciada

La lucha sin piedad por *secuestrar* a la audiencia, que ya no por conquistar su fidelidad, ha dado lugar en el medio televisión a la *contraprogramación*, que ha dinamitado gran parte de las reglas básicas de la programación clásica. El objetivo es evitar que el espectador cambie de canal y ganar su atención, aunque no sean más que unos segundos, cuando por casualidad recala en él. Desaparecen los espacios de continuidad que daban paso ordenado de unos programas a otros y el sentido propio de los programas se rompe por enorme bloques publicitarios o, incluso, se concibe ya el programa en función de esta interrupción. El carácter cíclico de los programas desaparece: se busca la sorpresa en lugar de la fidelidad. También se modifica sustancialmente otra de las características esenciales de la programación clásica, su previsibilidad, elemento básico para que el espectador escoja libremente los programas. El anuncio previo desaparece o

[1225] *Introducción al lenguaje de la televisión* ..., op. cit., p. 169.

[1226] Op. cit., p. 29.

[1227] Ibídem, p. 58.

[1228] Ibídem, p. 78.

[1229] Ibídem, p. 87.

no se respeta, tratando de contrarrestar sobre la marcha los programas de la competencia, sin el más mínimo respeto para el espectador[1230].

Los programas no son más que pretexto para la difusión de publicidad o, lo que es peor, se convierten en un puro soporte publicitario. Los patrocinios, la presencia constante de productos que muestran descaradamente su marca en programas de ficción o acontecimientos deportivos... contaminan gravemente todos los programas. Se llega al extremo de que la publicidad se convierta en programa principal en la llamada *televenta* y a que el objetivo principal de las series infantiles de dibujos animados sea el lanzamiento de una gama de productos, desde juguetes hasta alimentos, que se ofrecen sin solución de continuidad en los bloques publicitarios que interrumpen el programa o se presentan atractivamente por los propios presentadores que se supone gozan de una especial identificación con el público infantil[1231].

Esta promiscuidad publicitaria es la fórmula más acusada y lesiva para el espectador de la tendencia a mezclar programas de géneros diversos. Así, los teóricos norteamericanos[1232] han acuñado toda una serie de términos para referirse a estos géneros bastardos, que no son, desde luego, los únicos posibles: *Advertorial* (*advertising* + *editorial*), *informecial* (*information* + *commercial*), *infotainment* (*information* + *entertainment*), *edutainment* (*education* + *entertainment*)...

Los fenómenos descritos desorganizan la Programación y rompen la nítida diferenciación entre programas. En este sentido puede afirmarse, hoy más que nunca, la primacía de la Programación sobre los programas que la componen. Lo que da una personalidad propia a cualquier Programación son los principios programáticos que la inspiran, concreción editorial de los objetivos empresariales. Sobre estos principios volveremos en el siguiente epígrafe, pero puede afirmarse que existen siempre, sin necesidad que sean expresos, pues la selección de mensajes y su compleja estructuración no es nunca fruto del azar.

De todo lo dicho se demuestra que el objeto de la libertad de programación no son sólo los programas y las series, sino también y en primer lugar la Programación y que el grado de realización de esta libertad debe enjuiciarse desde el conjunto de la Programación. Y una conclusión que remitimos al capítulo 2º (3.3.2 y 3.5.3): la trabazón entre programas, cada vez más acusada, hace muy difícil distinguir los programas con una

---

[1230] Mauricio Carlotti, consejero delegado de Tele 5, ante la Comisión de Infraestructuras del Congreso, que discutía el proyecto de ley para incorporar a la legislación española la nueva directiva europea de Televisión sin Fronteras, se opuso sin recato a la imposición de trabas a la contraprogramación, algo -dijo- *"íntimamente conectado al oficio del programador. Se contraprograma por que se compite"* (EL PAÍS, 7/5/98).

[1231] Sobre las consecuencias de estas prácticas advierte el Informe de la CEACCU sobre Contenidos Infantiles, op. cit., p. 26: *"Es absolutamente común que la interrupción publicitaria de una serie incluya un anuncio sobre juguetes que reproducen los protagonistas de la misma y que, además, la marca que los comercializa sea patrocinadora, a su vez, de la serie. El cierre perfecto de un círculo en el que, por supuesto, únicamente se tiene en cuenta al telespectador como hipotético consumidor..... De este modo, el menor no sólo está recibiendo una determinada influencia en su calidad de espectador, sino que, además, está siendo perfectamente entrenado (y equipado) para, posteriormente en su juego, reproducir aquellos comportamientos que previamente ha aprehendido en el televisor. Y hay que decir que, en este último caso, la más que dudosa influencia se pervierte aún más al inhibir el juego creativo en beneficio de la simple mimetización de determinadas conductas".*

[1232] Véase **Porter, V.**, op. cit., p. 349, nota 5.

función de servicio público; por ejemplo, la audiencia de los programas informativos, con una indudable función de servicio público, depende de los programas que les preceden[1233].

La transmisión digital plantea nuevas formas de programación. La multiplicación de canales que puede soportar una sola frecuencia permite, entre otras posibilidades, repetir el mismo conjunto de programas por varios canales, pero modificando su orden y horario (*multiplexar la programación*)[1234]. La gran ventaja de esta televisión de la abundancia de canales y escasez de contenidos es independizar al espectador de unos horarios rígidos y permitirle una mayor capacidad de elección. En una sociedad muy dinámica la recepción se hace más personal y los horarios de los programas condicionan menos a la audiencia y a sus hábitos. En este supuesto puede decirse que una misma Programación da origen a Programas distintos.

La abundancia de canales puede dar lugar también al fenómeno de la *Programación compartida*. Las horas de un canal se distribuyen entre distintos sujetos programadores. Puede ser que cada uno de ellos elabore una Programación perfectamente diferenciables, pero cuya sucesión da lugar a una unidad nueva y entonces estaremos ante un Programa, dividido entre distintas Programaciones. O puede ser que estos sujetos programadores colaboren estrechamente, de modo que su aportación se funda en una Programación coherente[1235].

Este último caso se asemeja al del británico *Channel Four*[1236]. Su objetivo es difundir programas para los distintos segmentos de audiencias minoritarias. *Channel Four* no produce; adquiere o encarga programas a productoras independientes. *Channel Four* programa y emite, pero no produce. En lugar de satisfacer las necesidades de una audiencia plural con una Programación completa y equilibrada, atiende a públicos insatisfechos por el antiguo duopolio BBC-televisiones comerciales. Cada programa, tiene, por tanto, su propia personalidad, pero la existencia de unos criterios de programación da

---

[1233] En España se está asentada la práctica de que los telediarios tengan como pórtico a espacios híbridos de información con algún otro género: *información rosa* o del *corazón*, información sensacionalista de sucesos o imágenes de impacto. Con estos sucedáneos informativos los programadores pretender captar y predisponer a las audiencias para la pura información, que vendrá luego, y que comprenderá una sobredosis de información deportiva (futbolística) muy especializada, que se supone sirve también para consolidar la audiencia del informativo.

[1234] Véase **Carrillo, J.**, *"La contratación de los derechos audiovisuales en las distintas modalidades de televisión", en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 1491.

[1235] **Quadra-Salcedo, T.**, op. cit., p. 798 plantea el interesante problema de si el operador de una red de cable, obligado a incluir un 40% de contenidos provenientes de programadores independientes, podría negarse a aceptar los programas que no constituyan una Programación propiamente dicha: *"... para el caso de los programadores espontáneos desarrollados en torno a empresas de profesionales o de tamaño pequeño, se echa de menos alguna regulación que los potencie. La Ley obliga al operador a abrir sus redes a programadores independientes un tiempo de emisión equivalente al cuarenta por ciento del tiempo total de emisión, pero la 'programación' es un concepto que puede admitir interpretaciones. El operador podría, por ejemplo, entender, y no le faltaría razón, que un programador es el que ofrece una programación completa y continua; en esa perspectiva podía negarse a abrir sus redes a programadores que no aseguren la continuidad o un tiempo mínimo de emisión por considerar que, en estos casos, no se trataría tanto de programadores como de productores que querrían difundir sus obras audiovisuales. El legislador podría establecer fórmulas que permitan que en una sola programación se incluyesen programas de varios programadores que se integrarían en un solo programa donde, a lo largo de la jornada, se irían desarrollando partes correspondientes a cada uno de los productores de programas..."* Estamos de acuerdo con el autor en la necesidad de un estatuto del programador independiente, que constituiría un importante desarrollo de la libertad de programación.

[1236] Véase **Curran y Seaton**, op. cit., pp. 237-239.

a este conjunto heterogéneo una unidad superior. Por eso, no puede hablarse de Programación compartida, pues la Programación es única, aunque los programas respondan a objetivos diversos.

Un problema especial es el planteado por los sistemas de pago de recepción interactiva a la carta, que pueden generalizarse muy pronto. Es evidente que aquí no existe ya la sucesión temporal de programas que conforman la Programación. Incluso, recordémoslo (véase capítulo 2, 2.2), se discute si en estos casos existe difusión pública. La recepción puede realizarse, por tanto, de modo independiente del conjunto en que el programa se inserta. Pero la existencia de las Guías Electrónicas de Programas facilitarán el acceso a programas que cumplan unas determinadas características[1237], entre las que bien puede estar el formar parte de una Programación. Podrá escogerse, por tanto, un programa que forma parte de una Programación, aunque en este caso los elementos de continuidad, que pueden seguir existiendo, no tendrán ya ninguna importancia para este espectador.

En conclusión, tanto en la radiodifusión clásica, como en los nuevos sistemas de transmisión digital, el objeto de la libertad de programación son los mensajes audiovisuales, los programas, la Programación y el Programa.

Dos cuestiones sustanciales cabe plantear con respecto a este objeto. La primera, si todo tipo de mensaje audiovisual (y su estructuración en un programa y en una Programación) es digno de gozar la protección propia del objeto de un derecho fundamental. La segunda, el desarrollo del principio de pluralismo en relación con los programas.

Para responder a la primera basta con recordar el carácter general del objeto del derecho a la información. Así, no son sólo objeto de la libertad de programación los mensajes o programas audiovisuales de naturaleza periodística, como a veces se piensa de forma reduccionista, por muy importante que sea el papel de estos programas para hacer llegar a la ciudadanía los acontecimientos relevantes que les afectan e interesan de entre el ingente cúmulo de noticias[1238]. Como bien indicó la primera sentencia sobre la radiodifusión del Tribunal Constitucional alemán (28 de febrero de 1961) todos los

---

[1237] El *Libro Verde de la Convergencia*, op. cit., ap. IV.- 2.3, resalta a este respecto la importancia de la Guías Electrónicas de Programación (EPG en sus siglas inglesas): *"... las EPG representan los zapeadores electrónicos del futuro, que conducirán a los espectadores a través de una multitud de programas y canales de televisión digital. Muchos entienden que esta nueva forma de selección de programas desembocará en la desaparición del concepto de canal tal como lo entendemos hoy, que se verá sustituido por unas grandes marcas aglutinadoras complementadas por elecciones a la carta por parte de los consumidores.... Al contrario que los navegadores, los EPG se encuentran ligados con la 'información' a que se accede a través de ellos, ya que constituyen dispositivos de apoyo para conjuntos concretos de programas de televisión digital o para ofertas de servicios de televisión interactivos. Será de importancia crucial garantizar la presencia en las listas de los servicios y programas de terceros y la calidad de dichas listas. La existencia de acuerdos exclusivos que vinculen determinados EPG con determinadas agrupaciones de servicios podría constituir un problema que exigiría una intervención reglamentaria para garantizar el acceso de terceros en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorios "* .

[1238] Según un estudio de la agencia VASCO PRESS, citado por la Revista FAPE, abril-mayo 1998, la opinión pública española recibió a lo largo de 1997 55.087 noticias. A esta conclusión llega a partir del análisis estadístico de 48 medios informativos, impresos y audiovisuales. En estas 55.087 noticias se da cuenta de 75.513 acontecimientos o cuestiones temáticas. Por áreas temáticas, el 46% de las informaciones corresponden a la economía y de éstas casi la mitad se refieren a la gestión económica del Gobierno y las Administraciones Públicas.

programas y la Programación en su conjunto contribuyen a la función pública de la radiodifusión[1239].

En cuanto a la **publicidad**[1240], en Estados Unidos y en Europa prevaleció hasta los 80 la idea que estos mensajes no merecen la protección constitucional correspondientes a las libertades de expresión e información: estas libertades constituirían un derecho fundamental destinado a hacer posible la democracia, no los negocios[1241]. En Estados Unidos, la sentencia del Tribunal Supremo *Virginia State Board of Pharmacy versus Virginia Citizens Consumer Council* (1976) consagra la llamada doctrina del *commercial speech*[1242]: en una economía de mercado existe el interés digno de protección constitucional de que los consumidores estén bien informados de los bienes y servicios ofertados. En Europa, en los 80, la evolución de algunas jurisprudencias nacionales y, sobre todo la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han cambiado radicalmente la anterior concepción. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ampliado de forma taxativa la protección del Convenio a la comunicación publicitaria. Desde el primer caso (*Iglesia de la Cienciología versus Suecia*, 5 de mayo de 1979) en el que se declara que los límites del art. 10 son también aplicables a los mensajes publicitarios, se da una evolución[1243] en la que distinguiendo entre mensajes informativos y publicitarios se otorga la protección interpretando extensivamente el objeto del derecho a la información, hasta llegar al caso *Casado Coca versus Reino de España* (27 de febrero de 1994), que declara los mensajes publicitarios dentro del objeto de las libertades del art. 10. La sentencia establece que la libertad de información se ha de garantizar a toda persona, sin distinguir la finalidad, lucrativa o no, del objeto de su acción de investigar o difundir. Este objeto no puede reducirse a ciertos tipos de pensamientos, ideas o modos de expresión de carácter político. Las expresiones artísticas, las informaciones de carácter comercial, la música ligera o los mensajes publicitarios[1244] son también objeto de la libertad de información[1245].

[1239] *"La contribución ... a la formación de la opinión pública no se halla limitada a las informaciones, comentarios políticos, series sobre problemas políticos, pasados, presentes o futuros; producciones dramáticas, presentaciones musicales, la transmisión de programas satíricos y de cabaret, aun los programas de continuidad ayudan a formar opinión pública".* Traducción tomada de **Williams, A.**, op. cit., p. 30.

[1240] Sobre planteamiento general de los mensajes publicitarios como objeto del derecho a la información, véase capítulo 1º, 3.1.2, y bibliografía citada en notas 209 y 210. Véase también, **Skouris, Wassilios**, *"Advertising regulations depending on the different mass media: a critical study of the different treatment of commercial communication throught press and broadacasting" en Derecho Europeo del Audiovisual*; también, la bibliografía citada por **Muñoz Machado, S.**, *Servicio publico y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 240, nota 8. Sobre los límites concretos a los mensajes publicitarios en radio y televisión, véase capítulo 4º, 1.5.

[1241] **Díez-Picazo, Luis María**, *"Publicidad y derechos fundamentales" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 656.

[1242] Sobre *commercial speech*, véase ibídem, p. 654-655.

[1243] Véase **Ripol, S.**, op. cit., p. 58.

[1244] En el mismo sentido, con anterioridad el *caso Groppera*. El *caso Autronic* consideró titulares de estas libertades no sólo a los individuos, sino también a las organizaciones con fines comerciales.

[1245] En el caso *Casado Coca* se juzgaban las restricciones impuestas por el Colegio de Abogados de Barcelona a la publicidad de sus colegiados. El Tribunal, después de declarar que los mensajes publicitarios son objeto de la libertad de información, concluye que los anuncios difundidos por el recurrente (que incluían simplemente el nombre, profesión, dirección y teléfono) eran dignos de la protección del art. 10 de la Convenio. Pero las medidas disciplinarias del Colegio de Abogados cumplen el standard de ser necesarias en una sociedad democrática para garantizar el bien superior de la autoridad e imparcialidad judicial, en cuanto que el abogado, como cooperador del sistema judicial, goza del monopolio profesional y de inmunidad en el ejercicio de la defensa.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia comunitaria las diferentes regímenes restrictivos a la publicidad suponían uno de los principales obstáculos a la libertad de prestación de servicios de televisión. Así, en los casos *Debauve* (1980) y *Bond van Adverteerders* (1988)[1246] se sientan una serie de principios, luego recogidos en la Directiva de la Televisión Sin Fronteras: la libre prestación de servicios no es aplicable a las transmisiones puramente internas; las restricciones nacionales son admisibles en tanto que no discriminen en razón del lugar de origen de los mensajes o de la nacionalidad del anunciante; la excepción del orden público no es utilizable para la consecución de fines económicos. De modo que, aunque desde la perspectiva de la libre prestación de servicios y no desde el derecho fundamental a la información, el resultado es el mismo: instaurar una regulación favorable a la difusión de mensajes publicitarios,

Barendt[1247], después de examinar la jurisprudencia americana, alemana y de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (todas ellas en el mismo sentido), cuestiona la extensión de la protección constitucional a los mensajes con fines puramente comerciales y su equiparación con los mensajes de carácter político y social, en cuanto que los mensajes publicitarios se dirigen no a la razón, sino a los sentimientos[1248]. Este autor considera que la comunicación comercial debiera de ser regulada como el resto de las actividades comerciales y económicas, sin perjuicio de que estos mensajes pudieran ser objeto de la libertad de información en casos concretos (por ejemplo, cuando la publicidad se basa en la distribución de datos). Semejante opinión comparte Porter[1249], para el que el Tribunal Europeo, al levantar formalmente las restricciones a la comunicación comercial, ha introducido la barrera implícita del coste de los mensajes: las ideas e informaciones que dominarán la nueva era de la radiodifusión serán aquellas por las que la gente esté dispuesta a pagar, o aquellas que se suministren gratuitamente en la medida que reporten beneficios económicos a aquellos que las difundan o promuevan. Mattelart[1250], por su parte, advierte del riesgo de una ilimitada libertad de expresión comercial, presentada como un nuevo derecho del hombre, cuya única sanción debe ser su fracaso o su éxito en el mercado.

Por el contrario, entre los partidarios de considerar a los mensajes publicitarios como objeto de las libertades de expresión e información, cabe citar a Skouris[1251] para el que la publicidad, en cuanto que principal fuente de ingresos de los medios audiovisuales, es una garantía de su independencia y, por tanto, sirve a la garantía institucional de la libertad de emisión.

[1246] Véase **Gay, C.**, op. cit., p. 110 y 113; **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 170-171.

[1247] **Barendt, E.**, *Freedom of speech* , op. cit., p. 63.

[1248] Un caso especial es el de la propaganda política por medio de mensajes semejantes formalmente a los publicitarios. En tales casos desaparece el aspecto comercial y no tiene sentido aplicar las normas del derecho de la competencia ni las limitaciones cuantitativas que afectan a los mensajes comerciales. Sin embargo, sí puede resultar pertinente aplicar unas mismas exigencias cualitativas (por ejemplo, prohibición del uso de técnicas subliminales).

[1249] Op. cit., pp. 349-350.

[1250] Citado por **Regourd, S.**, op. cit..

[1251] Op. cit., p. 1278.

Ciertamente, en la radio y la televisión comercial los programas corren el riesgo de ser un simple soporte para los mensajes publicitarios explícitos e implícitos. Y en tal caso, las libertades de emisión y programación ya no se fundamentarían en el derecho a la información, sino en la libertad de empresa y el resto de las libertades económicas. Pero, aunque el régimen general de la publicidad pudiera remitirse al derecho general de la competencia y de la protección del consumidor, el contenido concreto de estos mensajes -por mucho que el lenguaje audiovisual venga modelado por el lenguaje publicitario[1252]- cae de lleno dentro del objeto del derecho a la información. Ya sea información objetiva sobre el producto, ya sean sensaciones que le asocian con un determinado modo de vida, su materia última son ideas, opiniones, informaciones, sensaciones[1253]. Díez-Picazo[1254] analiza las implicaciones de considerar a los mensajes publicitarios bien manifestación del derecho a la información, bien de la libertad de empresa. Llega este autor a una conclusión ecléctica: en ambos terrenos es posible justificar una regulación que intente evitar la absolutización de estos mensajes. Es más, su régimen puede ser más estricto desde la perspectiva del derecho a la información que desde la libertad de empresa.

Podemos concluir que los mensajes publicitarios son también parte de la libertad de programación. Y justamente por ello podemos afirmar que el control sobre los mismos debe residir en el titular de la libertad de programación y no en el anunciante o en la agencia publicitaria. De la independencia editorial frente a la publicidad trataremos en este mismo capítulo más adelante, 2.2. Su regulación en función de los intereses de la audiencia, de la libertad de recepción se abordará en el capítulo 4ª , 1.4. Pero podemos avanzar ya que un adecuado desarrollo de la libertad de programación es uno de los mejores medios de neutralizar los abusos de la publicidad que las regulaciones al uso no logran evitar.

En cuanto al **pluralismo de los programas**, si el pluralismo externo e interno sirven a las libertades difusivas, el de los programas sirve, ante todo a la libertad de recepción. Si existe pluralismo externo e interno los distintos sujetos podrán ejercer las libertades de emisión y programación. Si el pluralismo externo e interno son reales (pluralismo subjetivo) debiera darse la pluralidad de programas (pluralismo objetivo); pero no son impensables supuestos en los que por tratarse de una sociedad muy homogénea o por el influjo reductor de la publicidad, la variedad de los programas se disminuya o desaparezca. Podrá existir en tal caso libertad de emisión y de programación, pero no verdadera libertad de recepción. La verdadera elección, la libertad de elección que cuenta, es la de los mensajes, la de los programas, la de elegir entre distintas Programaciones y no la de escoger entre canales que repiten los mismos o semejantes programas, cuando no Programaciones idénticas.

[1252] Para **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de la libertad*, op. cit., p. 140, siguiendo a Collins y Skover, los modos de hacer del discurso comercial dominan el ámbito del discurso público y, en definitiva, el de todo discurso.

[1253] La Ley Fundamental de la Libertad de Expresión sueca es una de las pocas declaraciones que reconoce expresamente a las emociones como objeto del derecho a la información: todo ciudadano tiene derecho a expresar públicamente ideas, opiniones y emociones. Véase **Eklöw, Staffan y Hillerström, Helene**, *"The swedish broadcasting sector" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 212.

[1254] **Díez-Picazo, L. M.**, op. cit., p. 660.

La proliferación de canales y la aparición de Programas de pago no exime de la necesidad de que el pluralismo se manifieste en todas las Programaciones, especialmente en las de carácter generalista y de modo muy particular en las públicas[1255]. Los canales públicos habrán de satisfacer con sus Programas las necesidades y gustos de aquellos que no pueden o no quieren pagar por los programas; ello quiere decir que ni pueden abandonar los gustos populares propios de las audiencias mayoritarias, ni renunciar a ofrecer programas de calidad a todos aquellos que no acceden, por una u otra razón, a estos programas de pago. Pero también en las Programaciones temáticas, respetando su naturaleza, debe estar presente el pluralismo en la selección de contenidos[1256].

El pluralismo de los programas es mucho más difícil de apreciar que el pluralismo externo o el pluralismo interno. Si el pluralismo externo puede evaluarse en función del número de los sujetos programadores y emisores, y el pluralismo interno en función de la estructura de estos sujetos, la pluralidad de sus responsables editoriales, la participación de los profesionales y del público... la estimación del pluralismo de los programas es mucho menos objetivable. Las técnicas de análisis de programas (análisis cuantitativos de presencia de personajes o temas, repetición de programas etc. y análisis semióticos sobre el significado de los mensajes) son el único instrumento para ello, pero de lo que no cabe duda es que el análisis debe hacerse apreciando la distinta naturaleza de cada programa (por ejemplo, en directo o grabados), respecto al conjunto de cada Programación[1257] y comparando los distintos existentes en cada ámbito geográfico o especializado (por ejemplo, Programaciones deportivas, informativas, financieras, de largometrajes etc.).

Es difícil aventurar algunos criterios para establecer si existe o no pluralismo de programas. Uno de ellos es que si se trata de una Programación generalista sea equilibrada: es decir, que incluya una proporción suficiente de los distintos tipos y géneros de programas. Otro, que en el conjunto de la Programación se manifiesten suficientemente las distintas corrientes sociales: ideológicas, políticas, religiosas, culturales... Esto no quiere decir que, en función de sus principios programáticos, una Programación no pueda tener una orientación dada. Lo que resulta exigible es que no se silencien otras corrientes, aunque -al menos en los casos en los que los sujetos programadores no tengan carácter público- puedan privilegiarse alguna en particular. En cuanto a los programas informativos debe examinarse si ofrecen un conjunto de noticias completas y fiables sobre los acontecimientos relevantes[1258] (véase capítulo 4º, 1.2 y 1.3).

[1255] **Porter, V.**, op. cit., p. 374.

[1256] En estos casos el pluralismo depende en gran medida en cómo se distribuyan y se oferten las Programaciones al público. **Redley, Michael**, *"New challenges to audio-visual regulatory authorities" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 22, insiste en este extremo y pone el ejemplo de la investigación llevada a cabo por la ITC británica (de la que forma parte) sobre las prácticas de *"empaquetar"* Programaciones en una oferta. De esta manera, lo que antes eran puras relaciones mercantiles, ahora deben ser sometidas a regulaciones más estrictas en aras de un mayor pluralismo de los programas.

[1257] Este ha sido, por ejemplo, el criterio aplicado por la británica IBA y su sucesora la ITC para exigir el cumplimiento de sus códigos sobre programas. Véase sobre esta apreciación sobre el conjunto de la Programación en el caso de *Channel 4*, **Robertson, G.**, op. cit., p. 367.

[1258] Por entender que no garantizaba suficientemente este objetivo, el Tribunal Constitucional alemán declaró -entre otros motivos- contraria al art. 5 de la Ley Fundamental la ley de la televisión privada de Baja Sajonia (1987).

Terminaremos refiriéndonos al impacto de la proliferación de canales y en particular de la transmisión digital sobre los programas. De acuerdo con un estudio de la Unión Europea de Radiodifusión[1259]:

- El gasto en programas no se incrementa en la misma proporción que los ingresos de los radiodifusores;

- La competición conduce a un incremento en el gasto de adquisición en detrimento de la producción: los nuevos operadores dedican su presupuesto de programación preferentemente a la compra de películas y series norteamericanas y derechos deportivos;

- Estas tendencias se intensifican con la introducción de la televisión digital, con mayor impacto en aquellos países donde no existen operadores de pago o son poco importantes;

- La televisión digital alterará el modo en el que los espectadores acceden a los programas: el canal será sustituido por la Guía Electrónica de Programación. La elección será más complicada y parte del dinero dedicado a los programas se dirigirá a estos instrumentos;

- Si no se invierte en programación las posibilidades reales de elección disminuirán y la competencia sobre derechos cinematográficos y deportivos será todavía más dura.

A parecidas conclusiones llega el Informe Oreja[1260]. La pluralidad de canales y Programas corre el riesgo de no redundar en una mayor variedad de programas, sino, muy al contrario, en la difusión de contenidos de archivo y programas importados baratos. Entre 1990 y 1995, el coste de las obras de ficción, series, comedias, largometrajes y documentales aumentó aproximadamente en un 5%. La tónica para los próximos años puede ser una acuciante escasez de programas adaptados a las verdaderas necesidades de los respectivos públicos receptores:

> *"Los contenidos de calidad escasean, al igual que el talento. Además, la idea de que la globalización creará un mercado más amplio capaz de compensar los costes crecientes de los contenidos, ha resultado ser falsa en gran medida, al menos en el contexto europeo. La mayoría de los productos audiovisuales europeos reflejan y se dirigen a satisfacer los gustos, intereses, acontecimientos y preferencias culturales de los espectadores de los distintos países. ... La fuerte demanda de material nacional, regional o local seguirá siendo una característica esencial del mercado de contenidos, junto a la demanda de ciertos productos globales (por ejemplo, las películas de gran éxito)."* [1261]

[1259] **UER-EBU**, *The impact of digital television on the supply of programmes*, Ginebra, 1998, conclusiones basadas en un estudio de Arthur Andersen realizado con 47 radiodifusores en 16 países europeos entre 1992 y 1996.

[1260] Op. cit., p. 12. El Informe sobre *Concentración en Europa*, op. cit., p. 177, apuntaba ya semejantes conclusiones en la primera etapa de multiplicación de los canales privados por transmisión digital.

[1261] Informe Oreja, op. cit., pp. 12-13.

Tampoco parece que la convergencia de los medios y el fenómeno multimedia vayan a aportar mayor variedad de programas. Los mensajes audiovisuales, una vez digitalizados en el común formato MPEG, son *modulables*[1262] y susceptibles de distribuirse adaptados a las necesidades de cada medio (Internet, medio escrito, canales de radio o televisión). Esto va a permitir difundir una y otra vez los mismos mensajes. Sin perjuicio de que esta explotación general pueda atraer mayores inversiones, lo cierto es que el pluralismo de los mensajes, considerado globalmente en el conjunto de los medios de comunicación, puede incluso reducirse.

Las instituciones europeas proponen una serie de medidas de fomento, de las que nos ocuparemos en el capítulo 4ª , 1.5. Al margen de su mayor o menor eficacia lo cierto es que, en general, van dirigidas a reforzar la capacidad de producción de los sujetos programadores europeos ya existentes. Pero el panorama que se vislumbra en la era digital que ya ha empezado es el de un menor pluralismo de programas. También desde esta perspectiva la libertad de programación aporta soluciones. Su desarrollo redundaría en un mayor pluralismo subjetivo, interno y externo y aunque hemos visto que ello no es garantía de pluralismo en los mensajes, no cabe duda de que cuanto más plurales sean los sujetos, mayores oportunidades hay de que también lo sean los programas. Además, la libertad de programación, modalizada con la libertad de recepción, ofrece una articulación del pluralismo subjetivo y el pluralismo objetivo; la libertad de programación no es un todo absoluto que se agote en si misma. Los programas son para los receptores y estos pueden exigir a los programadores no sólo una responsabilidad general de ejercicio, sino la satisfacción a su libertad de recepción: la libertad de programación lo es función de la libertad de programación. Al desarrollo de este tema dedicaremos la primera sección del capítulo 4ª .

1.6. Contenido de la libertad de programación. Los principios programáticos

El contenido de un derecho es el conjunto de poderes y facultades que integra. ¿Qué poderes tienen los sujetos de la libertad de programación respecto a los mensajes audiovisuales, los programas y la Programación?. Para responder a esta pregunta hay que distinguir las distintas dimensiones de la libertad de programación como libertad autonomía, participación y capacidad. A los distintos sujetos corresponderán facultades que garantizarán su independencia editorial, su poder de programar o su participación en el mismo. A dar respuesta a estas cuestiones dedicaremos las tres últimas secciones de este capítulo. Aquí, en este apartado nos ocuparemos genéricamente de las facultades que comporta la actividad de programar[1263], sin atribución concreta a los distintos sujetos.

[1262] *Libro Verde de la Convergencia*, op. cit., sección 1.2.

[1263] El XII Convenio Colectivo de RTVE (BOE 7 de octubre de 1995) define la actividad de programar y las tareas correspondientes a los profesionales que las desempeñan. En el caso de RNE estas categorías laborales apuntan más hacia la elaboración de contenidos, mientras que en el caso de TVE la definición es más ajustada a la labor de incardinar los programas en la Programación. Esta diferencia se explica por la existencia de distintas prácticas profesionales en uno y otro medio. Integran el subgrupo de **programación de radio** *"los profesionales de radio que idean, planifican, redactan, realizan y controlan los contenidos de las emisiones del medio"*. En radio el **programador** *"es el profesional que proyecta y coordina un grupo de programas en el esquema general de la programación: estudia, adapta o confecciona toda clase de espacios propios del medio, creando contenidos y determinando métodos para obtener los*

Para que una Programación llegue al público se requiere idearla, realizarla, emitirla. Conforme la distinción entre estas tres fases o momentos, podemos sintetizar el contenido de la libertad de programación por medio del siguiente esquema:

A) PROGRAMACIÓN

1. Determinación de los principios programáticos.

2. Orientación general de la Programación.

3. Elaboración de la Programación: a) planificación y esquema general; b) determinación de los programas concretos: c) esquema horario final; d) articulación de los programas mediante unidades de continuidad.

4. Supervisión de la Programación

B) PRODUCCIÓN-REALIZACIÓN.

1. Orientación de cada programa.

2. Realización del programa.

C) EMISIÓN

1. Supervisión de la emisión.

2. Transmisión.

Este esquema responde tanto al supuesto de la integración en un solo sujeto de las libertades de programación y emisión, como al ejercicio diferenciado de cada libertad por distintos sujetos. El núcleo y la referencia está en ambos casos en las facultades de programación. El sujeto programador puede producir y emitir por si mismo o contratar o delegar estas tareas. Claro que si no se puede emitir o producir no existe comunicación, pero, dando por sentado que no existen trabas en estas facultades, lo esencial será determinar qué mensajes audiovisuales van a difundirse y de qué manera se les va a dar forma.

---

objetivos propuestos". En **televisión**, el subgrupo de **programación** está *"integrado por el personal que en ejecución de las directrices elaboradas por los órganos rectores de RTVE lleva a cabo cuantas tareas exigen la invención, búsqueda y concreción de los contenidos de los espacios de televisión que RTVE produce y/o emite al público, cualesquiera que sean los procedimientos técnicos de producción empleados y la audiencia a que van a ser destinados...".* **Programador de tv.** *"es el profesional con formación a nivel universitario superior que es responsable, individual o corporativamente, de la estructura de la programación, de la búsqueda y selección de ideas, de la creación de los contenidos, del control del proceso de elaboración de los mismos y de su expresión televisual, así como de la confección de los esquemas de programas, de la dirección de la emisión y del análisis y evaluación de resultados".* Tanto en radio como en televisión la categoría de ayudante se encarga de tareas auxiliares más sencillas.

Llegamos así a la facultad que me parece la quintaesencia de esta libertad: la determinación de los **principios programáticos**. El sujeto programador tendrá unos objetivos empresariales, institucionales o asociativos, conforme a su respectiva naturaleza. Este objetivo puede ser primaria y habitualmente la difusión de programas, con fin de obtener un lucro o sin este ánimo, o puede ser de cualquier otra naturaleza y la difusión de programas constituir una finalidad secundaria e instrumental de la primera. En este segundo caso estaremos ante sujetos programadores ocasionales, donde quizá no se distingan claramente objetivos sociales o institucionales y los principios programáticos. En cambio, en los sujetos programadores que tienen como fin primario la difusión de programas audiovisuales toda su actividad estará guiada por unos principios programáticos, por mucho que éstos no se manifiesten expresamente o ni siquiera el sujeto se los plantee como tales.

La existencia en todos los supuestos de unos principios programáticos, expresos o implícitos, se deriva de la necesidad de identificación entre el programador y su producto (los programas y la Programación). Nadie programa por programar, sin dar un sentido a sus mensajes. Si se programa de forma continuada, los mensajes tendrán un determinado sentido, una cierta tendencia, en la que el programador concretará sus finalidades últimas y en la que le reconocerá la audiencia. Salvo casos extremos de manipulación (por ejemplo, contrapropaganda en la que los programas se atribuyen a un sujeto que no es responsable de los mismos, con ánimo de desacreditarle) la identificación entre programas y sujeto es esencial para que éste pueda realizar sus fines y los mensajes sean adecuadamente descodificados por el público, conforme a lo que pretende el que los difunde; es decir, la definición de los mensajes y su identificación con el programador es esencial para que la comunicación sea eficaz. Son los principios programáticos los que dan coherencia a la sucesión de programas en el tiempo. Y no sólo en el tiempo: la identificación de los programas con el sujeto programador, la *línea* que a todos los que de él provienen une será, a buen seguro, uno de los criterios que los receptores seguirán para escoger los programas en los sistemas de vídeo a la carta o bajo demanda.

Podemos distinguir entre metas y objetivos del sujeto programador, principios programáticos y principios de autolimitación. Los primeros forman parte del estatuto público o privado del sujeto; los segundos informan la Programación y suelen formularse como directrices positivas; los terceros establecen supuestos en los que el sujeto programador autolimita sus facultades y se formalizan como códigos deontológicos. Servir *"como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos"* es un objetivo estatutario; *"la separación entre opiniones e informaciones"* o el *"estimular los hábitos de diálogo"* son principios programáticos; *"respetar la privacidad"* u *"omitir la identidad de los menores"* son principios de autolimitación. No es infrecuente, sin embargo, que en un mismo código de programación se mezclen principios programáticos y deontológicos y muchos de los principios de programación más frecuentes (por ejemplo, el de la imparcialidad informativa, pueden fundamentar principios deontológicos de autolimitación (*"no se alterarán los testimonios"*).

Los principios programáticos informan la Programación, tanto en cuanto a sus contenidos como a su tratamiento formal. Por eso la determinación de los principios programáticos es una de las facultades esenciales de la libertad de programación.

Como es lógico esta facultad se plantea diversamente en los sujetos públicos y privados desde la perspectivas de sus distintos objetivos estatutarios. Mientras los privados persiguen el lucro[1264], los grandes organismos públicos europeos de radio y televisión excluyen, por definición, de sus objetivos el beneficio económico y tiene una tradición de inscribir la neutralidad política en su propia definición estatutaria. Marca la pauta, en este sentido, la BBC. Creada por una clase de conservadores ilustrados[1265], la Corporación emerge de la huelga general de 1926 con una ética de neutralidad política[1266]. Caso bien distinto es el de la RAI, que pasa de una clara orientación gubernamental a una feudalización, en la que los partidos se reparten los programas, la comisión parlamentaria no orienta sino que participa en la gestión y programación diaria y en la que cada nuevo director de los Servicios Informativos declara con total normalidad su *línea editorial* al asumir el cargo[1267]. De una manera u otra, la definición estatutaria es el servicio público, mientras que los principios programáticos son adoptados bien internamente, bien por un órgano externo, como es el caso de la RAI y la comisión parlamentaria.

Puede que algunos principios programáticos generales se encuentren ya incluidos en la propia definición estatutaria. Los sujetos programadores pueden, a partir de ahí, impartir unas directrices genéricas, referencia obligada para los profesionales, pero con gran margen de interpretación, o pueden realizar un código detallado, que partiendo de principios generales, establezca un conjunto de normas profesionales para la orientación, elaboración y supervisión de programas y Programación. Como ejemplo del primer caso pondremos RTVE y del segundo a la BBC.

El Consejo de Administración de RTVE aprobó el 28 de julio de 1981 el documento titulado *Principios básicos de Programación*. Invocando la competencia reconocida en el Estatuto[1268], el primer Consejo de Administración pretende con este documento *"dotar a estos Medios de un marco de referencias valorativas que, por primera vez, debe responder a un compromiso público, enmarcado en unos principios superiores definidos por la Constitución y la norma legal básica..."*. Se trata de las primeras orientaciones explícitas de carácter democrático para una radio y una televisión que hasta entonces tenían un muy distinto marco jurídico y estatutario[1269].

Se distingue entre *"principios básicos -una suerte de valores horizontales que deben inspirar permanentemente la programación.... y unas líneas generales de*

[1264] Por ejemplo, en el Informe Anual (1997) de Antena 3, remitiéndose al Código de Conducta de la Cadena, se declara que el objeto básico de la gestión será el logro de la máxima rentabilidad social y económica, procurando como prioridad permanente la satisfacción de la audiencia, con una programación atractiva y de calidad, dirigida fundamentalmente a un público mayoritario y plural.

[1265] Para **Curran y Seaton**, op. cit., pp. 132-133, la creencia de Keynes según la cual había que dejar los asuntos públicos en manos de una élite de inteligentes y desinteresados servidores públicos, retrata bien a los pioneros de la BBC.

[1266] Ibídem, p. 136-139.

[1267] **Pace, A.**, *"El sistema televisivo italiano"*, op. cit., pp. 160-161.

[1268] Art. 8 d): *"Aprobar, a propuesta del Director General de RTVE, el plan de actividades del Ente Público, fijando los principios básicos y las líneas generales de la programación, así como el plan de actuación de las distintas Sociedades de RTVE".*

[1269] Este documento resulta complementado por las Normas Básicas de admisión de publicidad en RTVE, aprobadas por el Consejo de Administración el 7 de septiembre de 1983.

programación a modo de objetivos sectoriales que deben orientar y a los que han de acomodarse los concretos esquemas de programas...”. El Consejo de Administración entiende los principios básicos como un conjunto normativo impulsor no meramente restrictivo. Estas ideas-fuerza, que deben impregnar horizontalmente la Programación, son las siguientes:

- Fomentar la identificación con los valores constitucionales. Ninguna opinión antidemocrática quedará irrebatida. Se favorecerá especialmente la equiparación de hombres y mujeres.

- Reforzar los sentimientos de unidad nacional y solidaridad entre todos los españoles. Promover la cultura y la lengua nacional y los hechos culturales y lingüísticos diferenciales. Reforzar la legitimidad sociales de los símbolos de la unidad.

- Estimular los hábitos de diálogo, tolerancia y apertura.

- Reforzar los sentimientos de legitimidad de las instituciones.

- Explicar los problemas de la economía nacional.

- *“La radio y la televisión deben ser espejos vivos y fieles de la realidad, sin exclusión de ningún aspecto que merezca ser recogido”.*

Las líneas básicas de Programación u objetivos sectoriales para cada una de las áreas se expresan con un más detalle, sin caer en el casuismo.

- **Información y opinión**

  Estos programas deben proveer de conocimientos a todos los ciudadanos y estimular una respuesta libre y fundada ante los hechos. Imparcialidad y objetividad implican la expresión de puntos de vista diferentes y atención al eco social que despiertan y tratamientos informativos similares para los actos públicos de fuerzas con semejante implantación objetiva. La veracidad exige la identificación de las fuentes, la contextualización e inteligibilidad de las informaciones. No se difundirán como encuestas de opinión las que no respondan a una metodología científica. Se respetará la separación entre informaciones y opiniones. Se mantendrá un escrupuloso respeto a los derechos de la personalidad y se evitarán calificativos peyorativos. Se añaden, además, una serie de recomendaciones técnico profesionales[1270].

[1270] Estas recomendaciones hubieran podido ser el embrión de un Libro de Estilo de la Información Audiovisual, que RTVE nunca ha abordado. Los Servicios Informativos de TVE han encargado sucesivos Libros de Estilo a Miguel Pérez Calderón y Salvador Mendieta, obras muy meritorias, pero que se circunscriben al correcto uso del lenguaje periodístico, sin plantearse el uso de los recursos audiovisuales. En el mismo sentido, pero referido a los deportes, cabe citar la obra de **Bernárdez García, Julio**, *El deporte correctamente hablado*, Universidad de Oviedo, 1998. Los Libros de Estilo tienen su origen en los grandes diarios, necesitados de uso coherente del lenguaje que dé unidad y consistencia a la publicación. Todos normativizan el lenguaje y los usos de edición (recursos tipográficos, titulación etc.). Pero algunos van más allá y explicitan los principios editoriales en una serie de reglas de buena práctica profesional. Entre los que se limitan al lenguaje cabe citar los del New York Times o el ABC. Entre los que van más allá los del Washington Post, El

- **Cultura**

  Desde la conciencia de la capacidad para generar cultura (se habla de *"fábrica de estética, escuela del gusto y la sensibilidad"*), los objetivos son acercar la cultura y estimular la demanda y práctica de la cultura a través de sus múltiples manifestaciones, sin excluir la experimentación y se invoca un inteligente esfuerzo pedagógico para enseñar a disfrutar la cultura y un respeto por el lenguaje. Se recomienda la promoción de la música clásica, evitar servir de soporte publicitario para la música *ligera* e incrementar la información sobre las artes plásticas.

- **Deporte y educación física**

  Se propone ubicar el deporte dentro del continuum educativo, fomentar el debate sobre las estructuras del deporte, fomentar su vertiente educativa, facilitar la labor de promoción y organización deportiva, ampliar las transmisiones más allá del deporte espectáculo, estimular la práctica deportiva y explicar que cada edad tiene su deporte.

- **Programas de entretenimiento**

  Se señalan como objetivos Incrementar la producción propia y un política selectiva de compras. En cuanto al cine, se propone el criterio de emisión por la calidad, con independencia de su soporte y con especial atención al cine español. La producción o coproducción de cine español es otro de los objetivos, junto con la de fomento de gusto por el teatro. Se evitará que los concursos se conviertan en refugio de la vulgaridad y ridiculicen a los participantes.

- **Programación infantil y juvenil**

  Evitar en los horarios susceptibles de audiencia infantil contenidos violentos y audaces, incluyendo, en su caso, eficaces advertencias. Se aboga por una producción infantil en colaboración con científicos especializados. Se advierte contra los dibujos animados violentos o que exalten la competitividad. Los programas deben ser graduados a la edad, fomentar la educación democrática y despertar la curiosidad por el mundo.

- **Programas religiosos**

  Se plantea la apertura a la libertad religiosa. En la retransmisión de los cultos religiosos se cuidarán también los aspectos culturales y sociales.

Incluye el documento también unas recomendaciones para cada una de las sociedades. Nos limitaremos a mencionar alguna de las realizadas a TVE: el aumento de los contenidos de más aceptación debe hacerse sin merma de la calidad; el aumento de la

Mundo o El País (Ver referencias bibliográficas al final de la tesis). Cabe citar también **Televisió de Catalunya**, *Criteris lingüistics sobre traducció i doblatge*, Eds. 62, Barcelona, 1997.

audiencia puede lograrse también mediante una correcta y articulada política de atención a demandas de grupos con intereses comunicativos heterogéneos...

Basta leer este resumen para comprender como la competencia ha degradado los programas. Fue éste un trabajo apreciable, que, inspiró los mejores años de la radiotelevisión pública. El documento tuvo en su día una notable difusión, aunque quizá por su carácter bastante general no terminó de calar suficientemente en la cultura de las sociedades del Ente. No obstante, ha sido referencia continuada en cada ocasión en que se ha denunciado cualquier irregularidad en la Programación, siendo frecuentemente invocado por los representantes de los trabajadores ante la deriva de los programas hacia el comercialismo. Hoy siguen siendo válidos los principios y las líneas referentes a la programación informativa, por mucho que se puedan incumplir. Sin embargo, las líneas referentes a los otros sectores de la Programación ya no significan nada, pulverizadas por una competencia sin límite. Ningún Consejo posterior ha revisado en profundidad estos principios, limitándose a aprobar unas líneas básicas para acompañar la presentación de la Programación de la correspondiente temporada[1271].

Modelo distinto es el de la BBC. Su *Royal Charter* y el *Agreement* que confía a la Corporación el servicio ya establecen unos principios programáticos. El *Agreement* concluido entre la BBC y el gobierno en 1996 incluye objetivos concretos de programación[1272] y requiere a la BBC para que haga todo lo posible para *"tratar todos los temas objeto de controversia con la debida precisión e imparcialidad, tanto en los servicios informativos como en los programas en general, en todo lo referente a los asuntos públicos o las polémicas sobre asuntos políticos, económicos y laborales, excluyendo cualquier material que exprese la opinión de la Corporación sobre asuntos de actualidad...".* El propio *Agreement* exige el desarrollo de estos principios en un código ético. De acuerdo con esta obligación la BBC ha elaborado su *Producers' Guidelines* (última revisión1996). Se trata de un detallado conjunto de normas, que remiten los casos más conflictivos a la supervisión de los respectivos responsables editoriales[1273]. Los códigos éticos son parte sustancial de

[1271] El 26 de enero de 1999 (ABC, 27/1/99) el Consejo de Administración aprobó las líneas para la programación de 1999. Aprobado por mayoría simple en segunda votación, con los votos en contra de PSOE, IU y PNV, lo que indica la división del Consejo y la falta de consenso incluso sobre los principios básicos. Se propone una Programación *"de calidad, que entretenga, informe y eduque, y que sirva para reflexionar y divertirse".* Los principios básicos se adaptan a la situación de mercado. Se establecen los siguientes: *"Fomentar la difusión de los valores constitucionales y defender de manera beligerante los derechos humanos y las instituciones democráticas; promover debates ciudadanos pluralistas que ayuden al desarrollo de una esfera pública informada y madura; informar de manera objetiva y plural y atender de manera especial los acontecimientos sociales y políticos relevantes; asegurar, en su oferta de programación, una variedad máxima de géneros y formatos; acceder a todos los públicos, atendiendo a las audiencias mayoritarias y a las minoritarias; generar confianza y promover los valores de compromiso social y de solidaridad; impulsar la identidad y la pluralidad cultural españolas; fomentar la producción propia; ejercer como modelo del mercado televisivo desde el punto de vista moral y desde el punto de vista de la programación; innovar y arriesgar con nuevos formatos".* En su momento, el Consejo de Administración asumió como principios de programación el Convenio sobre principios para la autorregulación de las cadenas de televisión en relación con determinados contenidos de su programación referidos a la protección de la infancia y la juventud, promovido por el Ministerio de Educación.

[1272] Por ejemplo, estimular, apoyar y reflejar en el drama, la comedia, la música y las artes visuales la diversidad de la vida cultural en el Reino Unido. Véase **Porter, V.**, op. cit., p. 366.

[1273] Basta enumerar sus contenidos para comprender su importancia y extensión: Consulta y supervisión; Principios (imparcialidad y exactitud; objetividad y equilibrio de intervinientes; privacidad; buen gusto y decencia; violencia; conducta imitativas y antisociales; reflejo de la realidad; niños en los programas; conflictos de intereses); Programas referidos a hechos (entrevistas; información de crímenes; relaciones con la policía; confidencialidad; terrorismo y seguridad nacional; Irlanda del Norte; material de fuentes externas); Política (Política, Parlamento y políticos; emisiones en época electoral;

los sistemas de autocontrol, pero es éste un ejemplo de normas de contenido deontológico que por su propia precisión y cercanía a la práctica profesional y por su exigencia del sujeto programador a los profesionales forman parte de la determinación de los principios programáticos.

Parecido es el caso de Telemadrid. En su libro de Estilo[1274] se recogen tanto los que se califican como Principios Generales de Programación, como unos Principios de Deontología Profesional[1275]. Nos interesan aquí los primeros. Partiendo de la remisión a la Constitución, al Estatuto de la Radio y la Televisión y a su propia ley de creación y organización de 1984, los principios programáticos más específicos se encuentran curiosamente bajo el epígrafe *"Utilización correcta del lenguaje"* y no son otros que los de servir de vehículo esencial de la cultura, reforzar la identidad cultural, fomentar la participación de la mujer y profundizar en el conocimiento de los elementos culturales de la Comunidad de Madrid. Como se ve, tienen más atención los principios deontológicos que los principios programáticos propiamente dichos. En cambio, en el *Ideario de la COPE* [1276] encontramos la formulación explícita y desarrollada de los principios programáticos de la cadena de radio del Episcopado. La cadena se considera confesionalmente católica y se sitúa en el marco de los fines generales de la Iglesia, sin perjuicio del carácter general, profesional y comercial de sus programas. Como objetivos se citan los de difundir la doctrina y actividades de la Iglesia, orientar a la opinión pública con criterios cristianos, colaborar en la promoción humana y social y ofrecer programas informativos y recreativos. Después se enuncian los compromisos profesionales y éticos, resumidos en el rigor y la calidad profesional y el servicio a la verdad, línea editorial y libertad interna, promoción de los valores del humanismo cristiano, servicio a la España democrática y autonómica y programación religiosa y vinculación con la Iglesia. En resumen, encontramos aquí más principios programáticos que principios deontológicos. Quizá pueda aventurarse que este desarrollo de principios programáticos responde al deseo de los titulares (las diócesis y dos órdenes religiosas) de establecer un marco claro para una cadena de radio cuya gestión diaria y programas no controlan directamente[1277].

Volvamos al esquema general de facultades. La determinación de los principios, la orientación general y la supervisión de la Programación son facultades típicas del sujeto programador empresarial. La orientación y realización de los programas lo son de los sujetos profesionales. La supervisión de la emisión y la transmisión corresponden a los sujetos emisores. Pero todas estas facultades conforman la libertad de programación. Para todos los sujetos programadores estas facultades tendrán una dimensión autonomía frente a los poderes políticos, económicos y sociales. Para los sujetos empresariales y

encuestas de opinión); Cuestiones legales (Difamación; mandatos judiciales; desacato; derechos de autor y propiedad intelectual); Cuestiones comerciales (Relaciones comerciales; cobertura de acontecimientos exteriores; referencias a servicios, productos y publicaciones; servicios gratuitos o reducidos; Lotería Nacional; servicios telefónicos gratuitos; organizaciones y llamamientos caritativos); Responsabilidad (Relaciones con el público y la prensa; Comisión de Ética).

[1274] **Telemadrid**, *Libro de Estilo*, vol. I, Ediciones Telemadrid, Madri, 1993.

[1275] Todos ellos fueron aprobados por su Consejo de Administración en reuniones de 24 de abril, 10 de junio y 1 de julio de 1992.

[1276] Citado en *Ética de la comunicación audiovisual*, op. cit., pp. 202-206.

[1277] Esa *distancia* respecto a la gestión de sus titulares eclesiásticos ha llevado a una identificación de la cadena con sus *profesionales estrella*, con sus propios intereses políticos y económicos.

profesionales tendrán una dimensión de capacidad. Y para los sujetos profesionales y el público en general una dimensión de participación.

Antes de desarrollar estas dimensiones queda mencionar una última facultad, no ya referido al poder de programar, sino a su resultado, la facultad de disponer de programas y Programación; esto es, los derechos del autor o la propiedad intelectual sobre programas y Programación.

1.6.1. Los derechos de autor

Resulta imposible desarrollar aquí toda la problemática de los derechos de autor en relación a las obras audiovisuales. Realizaremos sólo algunas reflexiones sobre las insuficiencias del régimen de los derechos de los sujetos programadores y la incidencia del entorno digital.

Tanto en la tradición continental de derechos de autor, como en la anglosajona del *copyright*[1278], el modelo de objeto de protección fue originariamente la obra literaria o la composición musical como creación intelectual personal, unitaria y acabada. Hasta la aparición de las obras cinematográficas, las creaciones en las que intervenían varios autores podían reducirse a obras en colaboración u obras compuestas por parte diferenciadas. Las obras cinematográficas exigen, en cambio, la participación de diversos tipos de autores, que aportan creaciones diversas para dar vida a una nueva obra unitaria. En la radio y la televisión ya no sólo existe la colaboración de creadores de distintas disciplinas, sino que al diluirse el carácter unitario de la creación final, no resulta fácil identificar el esfuerzo creativo de los distintos profesionales que intervienen con una obra en el sentido clásico. La respuesta jurídica ha sido respetar los derechos de los creadores externos que aportan sus obras a la Programación, ignorando, en cambio, los derechos sobre su creación de los profesionales que en el marco de una empresa (como personal laboral o colaborador) idean y elaboran el grueso de programas y Programación. Es ésta una de las grandes deficiencias del sistema de protección de los derechos de autor, que tiende a empeorar en la era digital.

En la concepción latina de los derechos de autor, éstos son una emanación de la personalidad y, por tanto, sólo los individuos pueden ser titulares de genuinos derechos de autor y éstos se refieren a la creación de una obra original e incluyen no sólo los derechos de explotación de carácter patrimonial, sino también un derecho moral, de carácter imprescriptible y directa emanación de la personalidad. Es el reconocimiento de los derechos morales lo que caracteriza al sistema de derechos de autor[1279] y le confiere una superioridad sobre el de *copyright.* El modelo del creador es el artista plástico, el literato, el músico, el creador individual en definitiva, y la obra objeto de protección es la obra unitaria, cerrada, individual... La aparición de nuevos medios de expresión lleva a construcciones donde se admiten obras que no son individuales (colectivas, en

[1278] Sobre las similitudes y diferencias de los dos sistemas, véase **Institute for Information Law**, *Contracts and copyright exemptions*, Amsterdam, diciembre de 1997 (documentos preparatorios de la Conferencia Europea sobre el Audiovisual, Birminghan, 6-8 de abril de 1998).

[1279] **Chamoux, J.-P.**, op. cit., pp. 15-16.

colaboración, obras compuestas), derechos de los que son titulares las personas jurídicas (derechos afines) y a una reinterpretación del requisito de la originalidad. Pero pese a todo subsiste un perjuicio elitista frente a todo lo que no sea una creación plenamente artística, que discrimina a los creadores audiovisuales. En cambio, en la concepción anglosajona del *copyright* el titular del derecho exclusivo a reproducir y difundir las obras en las que intervienen distintos creadores es el sujeto empresarial que ha tomado la iniciativa de organizar y coordinar a los distintos creadores. Ninguno de los dos modelos da una solución plenamente satisfactoria a los derechos de los autores de las obras audiovisuales.

Examinaremos, primero, la relación creativa existente entre los sujetos de la libertad de programación y el objeto de la misma y luego la adecuación del derecho vigente a estas relaciones.

Volviendo sobre el objeto de la libertad de programación decíamos que eran los mensajes audiovisuales, los programas, las series y la Programación. Todos ellos pueden ser englobados bajo el concepto de obra audiovisual. Los sujetos empresariales e institucionales de modo habitual y de forma más incidental los participativos encargan, orientan y asumen la difusión de estas obras individualmente consideradas y de su conjunción en una obra nueva (la Programación). Podemos hablar, así, de sujetos productores y programadores, cualidad que puede o no coincidir en un mismo sujeto empresarial o institucional. No deja de ser discutible si esta actividad puede o no ser considerada creativa. A nuestro juicio no se trata sólo de organizar unos medios humanos y materiales y correr con el riesgo económico de la empresa: la selección de temas, en las producciones unitarias, y la existencia de unos principios programáticos en programas y Programación, amén de la selección de los profesionales, suponen una cierta coloración creativa, indudablemente de menor grado que en el caso de los sujetos profesionales.

Los sujetos profesionales, en el marco del encargo y la orientación de los sujetos empresariales e institucionales, emplean su creatividad y trabajo en la producción y realización de estas obras audiovisuales. En el proceso de producción y elaboración intervienen multitud de profesionales. Aunque en toda tarea humana, hasta la más simple, hay un elemento de creatividad o personalidad de quien la realiza, en la producción y realización audiovisual existen tareas que suponen un punto de vista personal, una selección entre distintas posibilidades que tiene efectos transformadores sobre el resultado, mientras que otras son meramente repetitivas, sin que afecten en nada a los contenidos. La frontera puede ser difícil de trazar y modificarse al compás de las transformaciones tecnológicas, pero no puede, en ningún caso, acoger sólo a aquellos sujetos que sean previamente autores de una obra que se integra en la obra audiovisual. Citaremos, sin ánimo de exhaustividad, a los distintos tipos de autores del texto, las músicas, al director-realizador que integra todos los elementos para ponerlos en imágenes y sonido, pero también a directores de fotografía, camarógrafos, montadores, grafistas, autores de efectos especiales... Todo ello en el marco de un complejo proceso industrial[1280], que sin embargo puede simplificarse y llegar a concentrarse en un solo

[1280] Véase a título de ejemplo, la descripción del proceso de producción de una serie española de situación y la multitud de profesionales creativos que intervienen en **Écija Bernal, Hugo**, *"La propiedad intelectual en la empresa audiovisual" en La propiedad intelectual en los medio de comunicación social*, Monográfico de Comunicación y Estudios, nº 7, Valencia, 1997.

sujeto. Así, en las informaciones audiovisuales de los telediarios y de muchos reportajes el informador centraliza las funciones de guionista, realizador e incluso, con las posibilidades de la tecnología digital, de montador y hasta en casos extremos de cámara: todo un ejemplo de cómo la tecnología puede permitir una creación de nuevo más personalizada.

En resumen, los sujetos profesionales deben ver reconocido un poder patrimonial y moral sobre el fruto de su creación, aunque ésta se funda de manera indistinguible en una obra audiovisual. Los sujetos productores tienen un semejante derecho sobre programas (incluyendo las obras audiovisuales producidas como unitarias, como las cinematográficas) y series. Y los sujetos programadores, por último, pueden invocar igual poder respeto de la Programación. Pero tanto en el caso de los productores y los programadores requisito previo para disfrutar de tal derecho -más aún, para poner en marcha el propio proceso de producción o programación- será la legítima disposición de los derechos de los sujetos profesionales, mediante una cesión expresa o por presunción legal, en el marco de un contrato de trabajo o de servicios, pues en otro caso esos derechos de productores y programadores se asentarían sobre el despojo de los derechos de los profesionales.

Contrastaremos este esquema, con tres de los problemas más debatidos en nuestro derecho de la propiedad intelectual: el requisito de originalidad, la naturaleza de la obra audiovisual y los derechos de los autores de la misma en relación con los de productores y organismos de radiodifusión.

La originalidad es un requisito exigido por la vigente Ley de Propiedad Intelectual (LPI)[1281] en su art. 10.1 a todas las creaciones (incluidas las cinematográficas y cualesquiera audiovisuales) objeto de protección. Desde un punto de vista objetivo la originalidad ha venido interpretándose como la aportación novedosa del autor al acervo de las creaciones anteriores, sin prejuicio de que se base en ellas o utilice elementos de las mismas; desde una dimensión subjetiva, se viene a requerir que en la obra se manifieste la personalidad del autor[1282]. Considerando al creador individual, al sujeto profesional, estamos de acuerdo con Suárez Lozano[1283] cuando estima que lo decisivo para apreciar la originalidad es su efecto transformador sobre el resultado final, en el que se funde el esfuerzo de distintos creadores. Se ha planteado, incluso, la falta de originalidad de las obras audiovisuales en cuanto que reproducción de la realidad. Pero esta reproducción

[1281] R. D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido, refunde la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, con las disposiciones que a lo largo de los primeros 90 fueron incorporando al Derecho español las siguientes Directivas europeas: 91/250/CEE sobre protección jurídica de los programas de ordenador; 92/100/CEE sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; 93/83/CEE sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; 93/98/CEE sobre armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. El Texto refundido ya se ha modificado por la Ley 5/1998, de 6 de marzo para incorporar la Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos.

[1282] Para una síntesis de las posiciones doctrinales sobre las concepciones objetiva y subjetiva del requisito de originalidad, véase **Valdés Alonso, Alberto**, *"Los derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales" en La propiedad intelectual en los medios de comunicación socia*, op. cit., pp. 16-17. Para el autor *"originalidad de una obra debe ser apreciada de manera simultánea tanto en su vertiente objetiva como subjetiva. Así, una obra será original cuando, no siendo la copia o mera reproducción de otra existente (aun cuando se empleen elementos preexistentes), sea una manifestación que exprese cierta 'personalidad, talento o inventiva de su autor' ".*

[1283] **Suárez Lozano, José Antonio**, *Aproximación al Derecho del Audiovisual*, EGEDA, Madrid, 1995, p. 140.

supone creación en cuanto que implique una interpretación personal de la misma[1284]. Desde nuestro punto de vista, la originalidad puede existir en los simples mensajes audiovisuales, en los programas (y no sólo en los de ficción) y en la Programación, que al estructurar los programas da origen a una nueva obra original, distinta de sus componentes.

La obra audiovisual se concibe como una extensión de la obra cinematográfica. Así resulta de la propia literalidad del art. 86.1 LPI:

> *"Las disposiciones contenidas en el presente Título serán de aplicación a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiendo por tales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras."*

Si la definición tiene la virtud de no vincular esa serie de imágenes asociadas a ningún soporte en particular, sino a su comunicación pública[1285], se sigue mencionando en primer lugar la proyección como método de difusión, una prueba más de que la definición de obra audiovisual se hace por extensión y adaptación del concepto de obra cinematográfica.

Es evidente que la obra audiovisual, ya se trate de una película, programa o Programación es fruto del esfuerzo de los sujetos productores o programadores y de los sujetos profesionales. Nuestro derecho encuadra la colaboración o conjunción de creaciones en tres figuras: obra colectiva, en colaboración y compuesta. Una obra audiovisual puede incorporar una obra preexistente sin la colaboración de su autor (por ejemplo, una canción) y ser en este sentido una obra compuesta (art. 9.1 LPI), pero aun en este supuesto seguirá sin resolverse la naturaleza de la obra que da lugar los esfuerzos creativos de los que en ella intervienen directamente, bien como obra en colaboración, bien como obra colectiva. Aunque la LPI -siguiendo en esto el modelo francés[1286], como es tan frecuente en el derecho de la propiedad intelectual- parece calificar a las obras audiovisuales como obras en colaboración[1287], vale la pena analizar estas dos figuras, pues el objeto de la libertad de programación (mensajes audiovisuales, programas, incluidas las obras unitarias y Programación) tiene la suficiente diversidad como para encajar difícilmente en una sola figura.

[1284] **Suárez, J. A.**, op. cit., p. 10 se refiere a la interpretación personal a través de las obras audiovisuales en los siguientes términos: *"Esta lectura personal se consigue a través de una disposición determinada e intencional de los objetos y los acontecimientos que se graban previamente, una posterior ordenación o secuencia de los planos tomados a través del montaje, un contenido de los diálogos o sonorización y la elección del medio y los formatos en que dicho conjunto se comunica al espectador. La existencia, en definitiva, de una interpretación voluntaria de lo que sucede ante la cámara, y aún en su entorno, y no fiel o de mera reproducción de la realidad, es lo que introduce el factor de creación en la obra audiovisual y la hace protegible."*

[1285] *"Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas."* (art. 20.1 LPI).

[1286] Sobre la función de los derechos de autor en el mercado audiovisual francés, véase *"Droits d'auteur, droits voisins et télévision"* , La Lettre du CSA, nº 61, octubre de 1994, traducido por A. Calle en la serie Documentos RTVE nº 489, julio 1995.

[1287] Los autores de la obra audiovisual (art. 87.1 LPI) lo son en los términos del art. 7 (obra en colaboración).

Lo que según el art. 7 de la LPI caracteriza a la obra en colaboración es ser el resultado unitario de la colaboración de varios autores. En la obra en colaboración existe una comunidad creativa[1288], en la que las distintas aportaciones creativas están teleológicamente concebidas para la consecución de otra obra distinta[1289] y en la que distintos creadores se someten a un proceso dialéctico para acomodar su creación a la de los demás. Puede pensarse en supuestos de obras unitarias en las que esto no sea así; es decir, que cada uno de los profesionales creadores y los sujetos productores respondan a fines distintos. El resultado en estos casos será una obra sin personalidad. Pero lo más frecuente es que se dé esta comunidad creativa... si bien bajo la dirección y orientación de sujetos productores o programadores, dato éste no tenido en cuenta por el concepto. En la obra en colaboración subsisten las creaciones aportadas, que podrán ser objeto independiente de derechos de autor.

Para el art. 8 de la LPI es obra colectiva:

> *"Se considerará obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada."*

En la obra colectiva las contribuciones personales desaparecen y se funden en una creación única y autónoma, cuyos derechos se atribuyen no ya a los creadores individuales sino a aquel sujeto de quien partió la iniciativa y la coordina, que la edita y la divulga en su nombre. En realidad, también aquí existe comunidad creativa de los distintos profesionales, pero si en la obra en colaboración los titulares de los derechos son los distintos autores, que pueden explotar sus creaciones independientemente (con subordinación a la obra en colaboración), en la obra colectiva las creaciones individuales se subsumen hasta tal punto que no se prevé su explotación diferenciada, otorgándose los derechos al que tuvo la iniciativa y la edita y difunde en su nombre.

A nuestro juicio, y sin perjuicio de la remisión que el art. 87 hace a las obras en colaboración, las obras audiovisuales pueden ser, según los casos, obras compuestas, en colaboración o colectivas.

Una obra cinematográfica o un programa -en sí mismas una obra en colaboración o una obra colectiva- puede ser también una obra compuesta, cuando incorporen obras preexistentes, sin la colaboración de su autor y, por tanto respetando su integridad. Así ocurre cuando, por ejemplo, se retransmite una obra de teatro, un concierto o una ópera, dentro de un programa más amplio que incluye, por ejemplo, comentarios sobre esa obra.

Una obra cinematográfica o un programa serán obra en colaboración cuando exista esa comunidad creativa -que no exige necesariamente la coincidencia temporal de todos

---

[1288] **Suárez, J. A.**, op. cit., p. 14, que considera que esta comunidad creativa, expresada en la asistencia personal de los coautores, no se da en el proceso de producción de las obras cinematográficas.

[1289] **Valdés, A.**, op. cit., pp. 18-19.

los creadores- pero las aportaciones personales sean de tal entidad que puedan explotarse también individualmente. Tal calificación puede no dar satisfacción a los derechos del resto de los creadores que no realizan una aportación susceptible de explotación diferenciada, e ignora los derechos del sujeto productor, sin el que la obra o el programa no habrían existido.

La Programación es sin duda una obra colectiva, que se programa -edita- y difunde en nombre del sujeto que tomó la iniciativa y la coordina, esto es, del sujeto programador. La calificación como tal no debe obstar para el reconocimiento de los derechos de los profesionales, autores y productores de las unidades que conforman la programación.

A la luz de estas reflexiones podría reinterpretarse el art. 87 de la LPI. Son autores *"en los términos previstos en el art. 7"*, esto es en cuanto que la obra audiovisual sea obra en colaboración, el director-realizador, los autores del argumento, adaptación, guión o diálogo, los autores de las composiciones musicales. En los supuestos en que exista obra compuesta o colectiva podríamos buscar otros sujetos. Pero esta búsqueda en el caso de la obra colectiva no es necesaria, en cuanto que a los productores audiovisuales y a las entidades de radiodifusión se les reconocen derechos afines en los títulos III y IV del Libro II de la LPI. Los derechos del productor (la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de la grabación, art. 120.2 LPI) tienen por objeto las grabaciones audiovisuales, *"fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del art. 86"* (art. 120.1 LPI). En el caso de las entidades de radiodifusión el conjunto de los derechos exclusivos que el art. 126 LPI reconoce se proyectan sobre sus emisiones o transmisiones, esto es, sobre su Programación. De este modo, el concepto global de obra audiovisual pierde coherencia frente a los de grabaciones y emisiones-transmisiones. La obra audiovisual parece ser protegida en cuanto que bien inmaterial, mientras que grabaciones y emisiones-transmisiones parecen serlo más en cuanto que soporte de ese bien inmaterial. Sobre esa obra inmaterial tiene derechos los verdaderos *artistas*, los enumerados en el art. 87, mientras que a los sujetos productores y programadores se les reconoce derechos afines sobre los soportes. También tienen protegidos sus derechos los artistas intérpretes y ejecutantes (Título I, Libro II), sin ninguna duda creadores, pero marginales en el proceso de programar.

El sistema puede dar satisfacción a parte de los creadores y a los sujetos programadores y productores, aunque éstos últimos no se cansen de reclamar un derecho excluyente del de los creadores, a semejanza del sistema del *copyright* [1290]. No parece que el art. 87 contenga una presunción *iuris tantum*, sino que se trata más bien de una enumeración taxativa *"frente a la cual la prueba en contrario es posible pero ineficiente"* [1291]; tampoco resulta fácil una interpretación extensiva[1292], aunque sea posible realizarla en

[1290] Pueden servir de ejemplo de estas tesis los trabajos citados de Suárez Alonso y Écija Bernal. Este último, op. cit., p. 44, propone un reequilibrio en favor de los productores, respetando derechos remuneratorios, pero garantizando la óptima y pacífica explotación de la obra audiovisual.

[1291] **Suárez, J. A.**, op. cit., p. 28.

[1292] Para **Valdés, A**, op. cit., pp. 22-23, la única manera de no dejar fuera a los distintos profesionales que participan en la creación de la obra audiovisual es interpretar extensivamente el *numerus clausus* de los autores del art. 87, siempre atendiendo a su efectiva participación y contribución en el resultado final.

el caso de algunos profesionales, como los periodistas[1293], que como vimos, pueden realizar tareas equiparable a las del guionista y/o al director-realizador[1294], pero no en otros casos de tareas tan decisivas como las de dirección de fotografía o montaje. Lo más sensato sería una modificación legislativa que volviera al texto del art. 3 de la Ley 17/1966, en el que tras reconocer la condición de autores a guionistas, director-realizador y compositores de la obra cinematográfica, se añadía:

> *"También podrán gozar de esa consideración las restantes personas naturales que mediante una actividad de creación intelectual participen en la realización de dicha obra."*

Suele objetarse que estos profesionales ya han hecho cesión de sus derechos en cuanto que personal asalariado. El art. 51 LPI remite a los términos del contrato, limitándose a establecer en defecto de pacto expreso una presunción en favor de la cesión en exclusiva de los derechos de explotación, con el alcance necesario para la normal actividad del empresario en el momento de entrega de la obra. Aunque, ciertamente, la norma plantea dudas sobre qué debe entenderse como actividad normal del empresario en el caso de los actuales grupos multimedia, ni mucho menos desposee al autor asalariado de sus derechos de autor: no sólo en todo caso subsistirán los derechos morales, sino que habrá de estarse al alcance de la cesión de ser ésta expresa o encontrarse limitada a la normal actividad de ser por presunción legal. Además, es creciente el número de profesionales que no mantienen una relación laboral con los sujetos programadores o productores, hasta el punto que los derechos de explotación llevan camino de convertirse en el principal medio de remuneración de estos profesionales.

En este punto nuestra conclusión es que la libertad de programación genera para los sujetos que la ejercen unos derechos de autor. Derechos de autor o propiedad intelectual satisfactoriamente protegidos para los sujetos programadores y productores y para los profesionales que generen creaciones capaces de ser explotadas diferenciadamente (tanto en lo que se refiere a la obra en colaboración, como a sus creaciones individuales), pero no para el resto de los profesionales que intervienen creativamente en el proceso de programar. Los derechos de autor son básicos para garantizar la independencia de los sujetos profesionales, en cuanto que les facilitan una remuneración adecuada y, sobre todo, en cuanto que a través de los derechos morales les garantizan su dignidad y la de su obra. Un eficaz reconocimiento y protección de los derechos de autor redundará en obras -programas y Programaciones- de calidad y, por tanto, los derechos de autor no sólo son contenido de la libertad de programación, sino que sirven también a la libertad de recepción del público.

Y para terminar este apartado nos referiremos a los desafíos que se plantean a estos derechos en la llamada sociedad de la información[1295]. La posibilidad de digitalizar

---

[1293] Paraguay es el único país que ha elevado a categoría constitucional los derechos de autor de los periodistas, mencionados expresamente en cuanto tales.

[1294] Véase **Díaz Arias, Rafael,** *"Algunos aspectos de los derechos de autor de los periodistas en España"*, ponencia presentada en la Conferencia Internacional *"Dereitos de Autor dos Jornalistas na Era da Globalização"*, organizada por el *Sindicato dos Jornalistas*, Lisboa, 20 y 21 de marzo de 1999.

[1295] Antes incluso de la plena digitalización de los servicios de difusión, las actuales modalidades de televisión exigen una gran complejidad a la hora de contratar la cesión de estos derechos. Así, es práctica en la industria distinguir la cesión para emisión (difusión inalámbrica), transmisión (hilo, cable, fibra óptica), retransmisión por cable (si se utiliza una entidad

cualquier obra de creación supone un nuevo entorno para los derechos de autor. Como puro ejercicio de aproximación -los derechos de autor en la era digital sería el objeto de otra tesis- cabe enunciar modificaciones como: la facilidad de acceso a las obras; la revisión de los conceptos de reproducción (respecto los actos accesorios de reproducción), comunicación pública (respecto al acceso a la demanda) o distribución; la frontera entre la copia privada y la explotación se hace más tenue (envío por la red de un programa a un conjunto numeroso de destinatarios); sistemas electrónicos de protección contra la piratería y de identificación de la obra; posibilidad de establecer relaciones contractuales directas entre el creador y el destinatario final...

La circulación de las obras protegidas a través de Internet concentra e ilustra todos estos problemas[1296]. La mera carga de materiales protegidos en un servidor supone un acto de reproducción, que puede afectar a los derechos morales (derecho a la integridad de la obra) en cuanto que se trata de una modificación sustancial del formato de la obra, que a partir de entonces podrá ser alterada con absoluta facilidad. Es además, en si mismo, un acto de comunicación pública, en cuanto que supone facilitar el acceso al público. A este acto seguirán otros de reproducción cuando los usuarios accedan a la obra, la visualicen en la pantalla de su ordenador, eventualmente la graben, la envíen por correo electrónico etc.

En lo que aquí interesa, la principal consecuencia del nuevo entorno digital reside en el aumento exponencial de la demanda de todo tipo de contenidos y, entre ellos, de modo destacado, de los programas de radio y televisión. Surge, así, una tensión entre esta demanda de contenidos y los sistemas de protección de los derechos de autor, que no permiten el uso indiscriminado de las obras de creación. El desafío reside en encontrar un punto de equilibrio entre los legítimos derechos de los creadores -en nuestro caso, los sujetos profesionales, productores y programadores- y las demandas crecientes de contenidos[1297].

Para dar respuesta a estos retos se ha revisado el régimen internacional de los derechos de autor, con dos nuevos tratados alcanzados en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) [1298]. Cuando es muy fuerte la presión para aumentar el número de excepciones a los derechos exclusivos de los autores, los nuevos tratados han mantenido los criterios de la Convención de Berna (art. 9.2) para establecer la legitimidad de nuevas excepciones al derecho de reproducción: a) que se trate de un caso

distinta de la de origen), así como entre televisión gratuita (incluye el cable básico, que suele insertar publicidad, y el pago, entonces, es para mantener la red) y de pago (televisión codificada). Véase **Carrillo, Javier**, *"La contratación de los derechos audiovisuales en las distintas modalidades de televisión" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 1479-1491.

[1296] Véase **Massaguer Fuentes, José**, *"Los derechos de la propiedad intelectual en Internet" en La propiedad intelectual en los medios de comunicación social*, op. cit., pp. 61-71.

[1297] **Copeiro del Villar, Antonio, Pizcueta Pedra, José**, *Presentación a "La propiedad intelectual en los medios de comunicación social"*, op. cit., p. 10.

[1298] Tratado sobre los Derechos de Autor (OMPI CRNR/DC/94) y Tratado sobre interpretación o ejecución de fonogramas, (OMPI CRNR/DC/95) ambos adoptados en por la Conferencia Diplomática en Ginebra el diciembre de 1996, así como las declaraciones conjuntas relativas a estos dos tratados (OMPI CRNR/DC/96). Estos nuevos tratados se suman al Convención de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias (1971), la Convención de Roma para la Protección Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organizaciones de Radiodifusión (1961).

especial; b) que no entre en conflicto con la normal explotación de los derechos; c) que no perjudique de modo irrazonable los derechos de los titulares. Estas mismos criterios se recogen en el tratado promovido por la Organización Mundial del Comercio (OMC)[1299], que pone el acento en la lucha contra la piratería internacional.

La Unión Europea ha realizado ya una amplia armonización del régimen de la propiedad intelectual en materia de programas de ordenador, alquiler y préstamos, televisión por cable y satélite y bases de datos[1300]. Específicamente, a partir de 1994, con el informe sobre el camino hacia la sociedad de la información[1301] se plantea el problema de los derechos de autor en el entorno digital, lo que da lugar al Libro Verde *Los Derechos de Autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*[1302]. La conclusión de la Comisión[1303] es que ante el desarrollo del entorno digital, la diversidad de los regímenes de los países miembros puede ser un obstáculo para el mercado interior y, en consecuencia, propone que la armonización afecte a las siguientes cuestiones: a) al derecho de reproducción; b) al derecho de comunicación pública; c) derecho de distribución; d) medidas tecnológicas de protección y sistemas de gestión e identificación de las obras protegidas. Consecuencia de este proceso ha sido la propuesta de Directiva[1304], que cuando entre en vigor obligará, sin duda, a modificar nuestro derecho, especialmente en materia de los sistemas de protección electrónicos y de identificación de las obras[1305], e incluso incorporando expresamente el acceso a la demanda entre los supuestos de comunicación pública[1306] y esto aun dada la amplia definición del art. 20 de la LPI.

El desarrollo de este proceso de armonización ha suscitado la movilización de los distintos sectores para obtener una más beneficiosa protección de sus derechos e intereses. Los grandes grupos multimedia europeos sostienen que sólo mediante el control absoluto de los derechos sobre los contenidos que difunden podrán competir en el nuevo entorno digital global con los gigantes norteamericanos. Para ello presionan para la extensión del régimen anglosajón del *copyright*, de modo que detenten todos los derechos de las obras producidas en el marco del trabajo asalariado; así, por ejemplo, propugnan la extensión de las cláusulas de cesión de todos los derechos en el marco de los contratos de producción. Puede citarse como ejemplo de estas posiciones en lo que respecta a las

---

[1299] *Acuerdo relativo a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* (Acuerdo ADPIC), consecuencia de la Ronda Uruguay, adoptado el 9 de abril de 1994 en Marraquech.

[1300] Ver Directivas en nota 1281.

[1301] COM(94) 347 final.

[1302] COM(95) 382 final, Bruselas. El Libro Verde fue encomendado a la Dirección General XIV responsable de Mercado Interior y Servicios Financieros y no a la D. G. X, responsable de la Política Audiovisual, lo que da idea de que la perspectiva será la de evitar las trabas al mercado interior.

[1303] *Comunicación de la Comisión Europea sobre el Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, COM(96) 586 final, de 20/11/96.

[1304] *Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo sobre la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, COM(97) 628 final, de 10/12/97.

[1305] Estos sistemas, en cuanto que dejan constancia del uso a través de la red de las obras protegidas deberán someterse a lo dispuesto en la Directiva de Protección de Datos.

[1306] El art. 3 de la Propuesta de Directiva incluye en el concepto de comunicación pública *"el poner a disposición del público las obras, de modo que los miembros del público puedan acceder a ellas desde un lugar y en un tiempo individualmente elegidos por ellos".*

obras audiovisuales las recomendaciones del Informe Oreja[1307] en el que los expertos sostienen que *"... La Comunidad Europea debería abordar el problema de los derechos de autor vinculados a contratos laborales y promover para la industria de contenidos una solución similar a la utilizada en la industria de los programas informáticos: los trabajos producidos en el marco de un contrato laboral deben poder ser plenamente explotados por la empresa"*. Recomienda también el Informe restringir la copia privada al ámbito analógico y que las excepciones en materia de excepciones temporales del derecho de reproducción sean limitadas.

Ni que decir tiene que los creadores han respondido a la ofensiva exponiendo a la opinión pública la importancia de proteger sus derechos para garantizar la calidad de los contenidos. Así los periodistas proponen para solucionar los nuevos desafíos planteados por el entorno digital la renegociación de los derechos en el marco de la contratación colectiva y las sociedades de gestión[1308]. Por su parte, los organismos públicos de radiodifusión, agrupados en la UER, propugnan poder explotar digitalmente sus fondos documentales -patrimonio cultural de todos los ciudadanos- sin necesidad de solicitar licencia de todos los derecho-habientes que participaron en su realización[1309].

No podemos profundizar más en todo estos problemas. Nos limitamos a recordar la necesidad de que en las relaciones jurídico-informativas las facultades de los distintos sujetos estén equilibradas, pues en otro caso aparecían las disfunciones sociales de que nos ocupamos en el capítulo 2º. Todos los sujetos de la libertad de programación generan unos derechos sobre el contenido de su creación y su polarización y concentración exclusivamente en los sujetos empresariales, productores y programadores, sólo redundaría en una mayor comercialización de programas y Programación, amén del expolio que supondría para los sujetos profesionales, que verían amenazada su independencia, tanto por la pérdida de sus derechos morales como por el empeoramiento de sus condiciones económicas. Pensamos, por tanto, que debe de mantenerse el tradicional sistema de protección de los derechos de autor, con las adaptaciones que las nuevas realidades requieran, pero sin extender injustificadamente el sistema anglosajón del *copyright*, que, en virtud del proceso de armonización, debiera aproximarse al sistema latino.

[1307] Op. cit., III.

[1308] Véase **European Federation of Journalist**, *Journalism and Authors' Rights: Setting Standards For Media Freedom in the Information Society Policy. Statement From the Journalists'Unions of Europe*, Bruselas, diciembre de 1996; **SCAM, SNJ** (y otras asociaciones profesionales y sociedades de gestión), *La presse sur Internet. Les droits d'auteur des journalistes*, París, septiembre de 1998.

[1309] **UER**, *Les radiodiffuseurs dans la societé de línformation: défis et obstacles* (comentario a la Propuesta de Directiva), Ginebra, abril de 1998.

En resumen y como conclusión final, podemos afirmar que la libertad de programación exige un sistema eficaz de los derechos de autor de sus distintos sujetos.

2. La libertad de programación como libertad-autonomía

De las tres dimensiones de la Libertad, la de la autonomía es la que nunca puede faltar. Disfrutar de un ámbito inmune, libre de las injerencias externas, es presupuesto para ejercer las capacidades que cada libertad en concreto comporte y para participar en las instituciones que la garantía de esa libertad requiera. Las tres dimensiones de autonomía, capacidad y participación están íntimamente relacionadas en el respectivo derecho fundamental, pero son perfectamente distinguibles a efectos de análisis.

La esencia de la libertad de programación en su dimensión autonomía es poder programar con independencia: que los distintos titulares puedan ejercer sus facultades sin interferencias en el marco de la correspondiente relación jurídico-informativa. La independencia lo es en relación a otros sujetos externos a esa relación, pues, como vimos, en el seno de la misma se da una permanente dialéctica entre las libertades de los que en ella intervienen, que puede resolverse en una confluencia armónica o en una colisión de estas libertades. La independencia de los titulares de la libertad de programación, sujetos empresariales o profesionales, lo es con respecto a poderes externos: en primer término los poderes políticos y económicos[1310], luego, de modo más difuso, los poderes sociales. En el caso de los profesionales la independencia, además, se requiere respecto a los sujetos empresariales. Las libertades de profesionales y empresarios confluyen armónica o conflictivamente en la misma relación, en la que los profesionales se hallan en dependencia funcional, ya sea por contrato de trabajo, ya por contrato de servicios, del empresario, pero ello no impide que, en cuanto titulares de un derecho fundamental y de la libertad de programación que de él deriva, los profesionales no requieran también su propio ámbito de inmunidad frente al empresario. De la independencia profesional trataremos al ocuparnos de la libertad capacidad de los profesionales. El objeto de nuestro estudio en este apartado será la **independencia editorial**.

Por independencia editorial entiendo ostentar el control sobre los contenidos de programas y Programación. El término viene de la prensa -la radio y la televisión son medios emitidos y nuestro objeto general son los medios programados- pero la acepción de editor como responsable de los contenidos difundidos por cualquier medio está plenamente aceptada, más allá de la figura histórica del editor como responsable único de todo lo publicado por un periódico.

Así, asumir la responsabilidad editorial sobre la Programación es lo que define al operador de televisión en Ley 22/1999 que incorpora al derecho español la Directiva 97736/CE (nuevo art. 3 b); que las decisiones editoriales se tomen en España es uno de los criterios para determinar el establecimiento y la jurisdicción de nuestro país (nuevo art. 2.2).

[1310] Véase la reflexión sobre la independencia de la prensa frente a los poderes políticos y económicos realizada por **Gómez-Reino, E.**, *Prólogo...*, op. cit., p. 22.

Independencia editorial es independencia empresarial, independencia de los sujetos empresariales, productores y programadores. La independencia editorial de la empresa es una de las condiciones de la independencia de los profesionales. Los sujetos programadores y productores han de ser también independientes entre sí y con respecto a los sujetos emisores, pero está independencia -como la de los profesionales- se resuelve en el seno de una misma relación jurídico-informativa. La independencia editorial -manifestación de la libertad de programación como libertad-autonomía- se traduce en poder editorial -manifestación de la libertad de programación como libertad capacidad.

En los dos apartados siguientes estudiaremos la independencia editorial de los sujetos empresariales frente a las injerencias externas de los poderes políticos, sociales y económicos, dejando para los apartados correspondientes a las dimensiones de capacidad y participación el estudio de las relaciones entre sujetos productores, programadores y emisores.

Una primera distinción debe realizarse en función de la naturaleza pública o privada de estos sujetos. Los sujetos públicos tendrán frente a los poderes políticos autonomía antes que verdadera independencia, pues serán las instancias públicas las que determinen su estatuto, elijan de una u otra manera a sus órganos de orientación y ejerzan una tutela sobre su funcionamiento para garantizar el interés público. En cambio, su independencia editorial frente a los poderes económicos debe ser, en principio, absoluta, pues está garantizada por su propia naturaleza pública y por una financiación suficiente. Al contrario, en los sujetos de naturaleza privada la independencia de los poderes políticos será absoluta, mientras que respecto a los poderes económicos será siempre relativa, en cuanto que alguna de estas fuerzas económicas no sólo habrá constituido la empresa, sino que, además, se dependerá del mercado para su financiación. En cuanto a la independencia frente a los poderes sociales, tanto en los sujetos públicos como privados, será relativa, pues las injerencias, de haberlas, no se manifiestan en acciones jurídicas concretas, sino en difusas presiones, imposibles de evitar.

Ni que decir tiene que, precisamente, en cuanto que independientes editorialmente, los sujetos empresariales y profesionales son responsables. Y en función de esa responsabilidad la independencia editorial no excluye el control judicial ni el autocontrol que los propios sujetos decidan ejercer.

La ley portuguesa 58/90[1311] reconoce a los operadores beneficiarios de una licencia -sujetos emisores públicos o privados, pero en cuanto emisores programadores y productores- *"independencia en materia de programación"* y establece que *"la administración pública y los órganos del Estado, a excepción de los tribunales, no pueden impedir o condicionar la difusión de los programas".* Una buena y sencilla definición de la independencia editorial... aunque sólo sea respecto a los poderes políticos. Y es que siempre será más fácil garantizar la independencia frente al poder político que frente al poder económico.

La independencia editorial es un requisito sustancial para que exista pluralismo informativo. Como siempre, los aspectos objetivos y subjetivos de los derechos terminan

[1311] Citada por **Cruz Vilaca y Marques Correia**, op. cit., p. 193.

por encajar. La libertad de programación en su dimensión autonomía -independencia editorial- es requisito del pluralismo en general, y del pluralismo político en particular.

2.1. La independencia editorial frente al Estado

La independencia editorial frente a los poderes públicos es uno de los elementos sustanciales del régimen de la libertad de programación. Así ha sido reafirmado por las distintas jurisprudencias constitucionales europeas y de modo destacado por la alemana[1312].

La independencia editorial frente al Estado se manifiesta de modo distinto respecto a los sujetos públicos y privados. Pero existen unas **garantías esenciales comunes**[1313]. La primera es la ausencia de censura o examen previo por alguna autoridad pública[1314]. La garantía frente al secuestro no judicial de ejemplares no era, hasta ahora, aplicable a los programas, imposibles de recoger. Pero sí es extensible a una injerencia clásica, la interferencia técnica de las emisiones. Y, desde luego, a los soportes electrónicos necesarios para una primera y ulteriores emisiones y, ahora, en cuanto que los programas pueden distribuirse en soportes digitales multimedia, también a éstos. De lo que no cabe duda es de que cualquier medida de control tiene cada vez menos eficacia en el nuevo entorno digital: es imposible someter a examen previo los contenidos, incluidos los programas audiovisuales, difundidos a través de Internet y desde luego la retirada de la red sólo podrá llevarse a cabo -si es que materialmente es posible- con posterioridad a la difusión, y no con carácter previo, a diferencia del viejo secuestro gubernativo de ejemplares y soportes.

Ya analizamos la ausencia en nuestra Constitución de una garantía específica contra el **cierre arbitrario** de las empresas informativas. Si el Tribunal Constitucional se ha negado sistemáticamente a equiparar el cierre de emisoras con el secuestro gubernativo[1315], en cambio ha declarado anticonstitucional la suspensión cautelar prevista en los supuestos de terrorismo por la L. O. 9/1984, pero ello sustancialmente por considerar que el legislador no se hallaba constitucionalmente habilitado para adoptar esta suspensión del ejercicio de las libertades del art. 20, suspensión que el Tribunal aprecia como una medida de excepción[1316]. A falta de garantía constitucional expresa debiera ésta

---

[1312] Así se ha sostenido sin fisuras en todas las sentencias sobre la radiodifusión, desde la primera de 28 de febrero de 1961, que niega al gobierno de la federación la competencia para producir y programar, competencia que el gabinete Adenauer quería fundamentar en el art. 30, en relación con el 83, de la Ley Fundamental, alegando la necesidad de promover tradiciones que mantengan la continuidad nacional. La independencia editorial se predica tanto para la empresas emisoras públicas como para las privadas y frente a los poderes públicos y los intereses particulares, a partir de la sentencia de 16 de junio de 1981 sobre la ley de televisión privada de Hesse.

[1313] Muchas de estas garantías comunes pueden referirse a cualquier medio y no exclusivamente a la radio y la televisión.

[1314] Nos remitimos al examen realizado de las garantías institucionales en el primer capítulo (5.6), por lo que excusamos aquí un desarrollo más detallado.

[1315] Por todas **STC 144/1987**.

[1316] *"El legislador no estaba ... habilitado para establecer una suspensión singular del derecho reconocido en el art. 20 de la CE para el caso de los delitos de terrorismo y bandas armadas. Sin embargo, la consecuencia práctica del art. 21.1 (de la LO 9/1984) equivale a una auténtica suspensión del derecho. Si se comparan los efectos del art. 21 de la LO 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio que regula la 'suspensión' de todo tipo de publicaciones y*

de incorporarse al ordenamiento mediante una ley orgánica general de la información, tanto más necesaria cuanto se da la paradoja de que la convergencia de los medios está haciendo derivar su régimen hacia el de la regulación técnica de las telecomunicaciones liberalizadas. Y al proponer esta garantía no nos referimos a la denegación de la renovación arbitraria de concesiones o licencias, cuando éste sea el régimen al que está sometido la empresa, problema del que nos ocuparemos al tratar de la independencia de los sujetos privados. Si, como el Tribunal Constitucional tiene declarado, cierres y suspensiones constituyen una suspensión del ejercicio del derecho fundamental debiera garantizarse que estas medidas tampoco puedan adoptarse judicialmente sino en supuestos muy excepcionales y siendo revisables en muy corto plazo de tiempo. Aunque la garantía frente a cierres arbitrarios beneficiaría esencialmente a los sujetos privados, también afecta a los públicos, que -como demuestra el caso de los Medios de Comunicación Social del Estado- pueden desaparecer por una decisión gubernativa.

Un caso especial de interferencia sobre la independencia editorial es aquel en el que el Estado se **reserva determinados programas**. Esta reserva, especialmente de los informativos, fue característica de los regímenes autoritarios o incluso de veleidades dirigistas de gobiernos democráticos. El ejemplo más cercano de reserva de programas informativos lo ofrece el anterior régimen autoritario. En un régimen de pluralidad de emisoras privadas y públicas, los programas radiofónicos de información general se reservaron durante 38 años a RNE, obligando al resto de las emisoras a retransmitir los *diarios hablados*[1317]. También fue habitual, hasta la aparición de la difusión directa por satélite, reservar las emisiones radiofónicas en ondas cortas al Estado -*La Voz de...*- como manifestación de la representación y acción exterior y, de hecho, todavía muchos de los servicios de ondas cortas siguen siendo financiados a cargo de los presupuestos de los ministerios de Asuntos Exteriores. En el actual panorama de comunicaciones globales todas estas reservas -propias cuando menos de regímenes dirigistas- resultarían totalmente ineficaces. Nada que ver, aclaro, con la posibilidad de que el Estado fomente o financie cualquier tipo de programas que sirva para desarrollar las funciones que tiene atribuidas, por ejemplo, programas educativos, los propios programas hacia el exterior, culturales etc.

Injerencia parecida es la **reserva de tiempos de emisión** o la **obligación de insertar determinados programas o comunicados oficiales**. Respecto a estos tiempos de emisión gubernamentales sólo son justificables si se producen en el marco de una regulación del debate político que permita igual acceso a todas las fuerzas y partidos relevantes. La inserción obligatoria de programas o comunicados, normalmente bajo

emisiones radiotelevisivas, con el art. 21.1 impugnado que impone preceptivamente el 'cierre provisional' del medio de difusión, habrá de concluirse que los efectos son idénticos sin que obste para ello ... el que el órgano judicial pueda levantar posteriormente la medida en el plazo de tres días, puesto que la existencia de este plazo indica ya que la eficacia del precepto ha operado una suspensión temporal del derecho del art. 20 de la CE, para lo que el legislador orgánico no estaba habilitado. En los demás casos de delitos realizados a través de medios de comunicación no está prevista esta medida, lo que refuerza la idea de que aquí se ha tratado de introducir, sin habilitación constitucional, un régimen de suspensión singular del derecho, que resulta carente de la habilitación contenida en el art. 55.2 de la CE" (**STC 199/1987**, FJ 12°).

[1317] La reserva en favor de Radio Nacional nace de la O.M. de 6 de octubre de 1939 y las retransmisiones por las emisoras privadas fueron reguladas, sucesivamente, por los Decretos de 3 de octubre de 1957 y 14 de enero de 1960. Todas estas normas fueron derogadas por el D. 2664/1977, de 6 de octubre.

invocación del interés público, se presenta como una manifestación de la *potestas*. La invocación del interés público es la justificación de esta potestad gubernamental. Así, el art. 22 del Estatuto de la Radio y la Televisión permite al Gobierno hacer programar y difundir declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público con efectos inmediatos. Parecidos preceptos se aplican a las radios[1318] y a las televisiones privadas[1319]. En el caso de la radio y la televisión públicas esta potestad gubernamental se incluye en la sección denominada *directrices de programación*, junto a la de establecer periódicamente las obligaciones del servicio público. En cambio, en la radio y la televisión privadas forman parte de las obligaciones de los concesionarios. Sea cual sea su naturaleza jurídica lo cierto es que suponen una importante interferencia a la autonomía (sujetos públicos) e independencia (sujetos privados) editorial. Pero se trata de medidas más propias de otras épocas, poco adaptadas al proceso comunicacional, escasamente eficaces, pues el procedimiento produce el rechazo de una ciudadanía, acostumbrada a la pluralidad de fuentes, y que abomina de la versiones oficiales. En consecuencia, el Gobierno utiliza, en primer término, la poderosa máquina de propaganda que suponen sus abundantes gabinetes de prensa y asesorías de comunicación y llegado el caso hace funcionar informalmente las dependencias políticas en los medios públicos y sus influencias en los privados[1320].

Si hasta ahora hemos recogido injerencias directas en la independencia editorial, existe una forma más indirecta de interferir con esta independencia que es impedir o obstaculizar el **acceso a las fuentes informativas** de carácter público. La facultad de investigar y su corolario, el acceso a las fuentes informativas, superan el objeto de este trabajo, por lo que aquí nos limitaremos a apuntar los problemas que plantea el que puede calificarse de restrictivo régimen de acceso a los registros y archivos administrativos[1321]. El mal viene de la propia Constitución, pues el art. 20 no efectúa un reconocimiento expreso de estas facultades, remitiéndose, a la hora de ocuparse de la Administración, a una ley que regule el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, *"salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"* (art. 105). La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en su art. 35 reconoce como un derecho de los ciudadanos este acceso, que regula en el art. 37. Con carácter general, este derecho queda limitado al acceso a los expedientes ya concluidos, se halla ampliamente limitado por un amplio desarrollo de las excepciones constitucionales (intimidad, seguridad del Estado e investigación judicial), regímenes especiales y un amplio número de cautelas, y además ha de concretarse en peticiones de información individualizada, sin que quepa solicitar

[1318] Disp. transitoria 6ª de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (expresamente mantenida en vigor por la Ley General de Telecomunicaciones): *"los titulares de los servicios de radiodifusión sonora vendrán obligados a difundir gratuitamente citando su procedencia, los comunicados y avisos de carácter oficial de interés público que procedan de las autoridades que reglamentariamente se determinen".*

[1319] Art. 16 Ley 10/1998: *"Las sociedades concesionarias estarán obligadas a difundir, gratuitamente y con indicación de su origen, los comunicados y declaraciones que en cualquier momento y en razón de su interés público, el Gobierno estime necesarios."* En parecidos términos se establece esta carga como una de las obligaciones que habrá de asumir el adjudicatario de una concesión de televisión digital terrena (Resolución del Consejo de Ministros de 8 de enero de 1999).

[1320] No me consta el uso de esta potestad ni en el caso de RTVE, ni en el caso de las concesionarias de la televisión privada. En las emisoras privadas de radio puede haberse utilizado en alguna ocasión por algún gobernador civil o delegado del gobierno, pero tampoco lo he podido documentar.

[1321] Sobre el derecho de acceso a las vistas, véase el capítulo 1º , 5.2.1, y la nota 1696, sobre la STS de 9 de julio de 1999.

información general sobre una cuestión. Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 38/1995, sobre el derecho de acceso a la Información en materia de Medio Ambiente, éste es un régimen más restrictivo que el establecido por la Directiva 90/313/CEE, que la citada ley incorpora a nuestro ordenamiento[1322]. Los términos del reconocimiento que el art. 1 de la Ley hace de este derecho debieran servir como modelo con carácter general para el acceso a las fuentes públicas sobre cualquier materia relevante:

> *"Todas las personas, físicas o jurídicas, nacionales de uno de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo o que tengan su domicilio en uno de ellos, tienen derecho a acceder a la información ambiental que esté en poder de las Administraciones públicas competentes, sin obligación de acreditar un interés determinado y con garantía, en todo caso, de confidencialidad sobre su identidad."*

La referencia no quedaría completa sin la mención al régimen de los secretos oficiales, la protección de datos y las regulaciones especiales de este derecho de acceso. Que el régimen de clasificación de las materias sensibles para la seguridad nacional esté todavía regulado por una ley preconstitucional, la Ley 9/1968, sobre Secretos Oficiales[1323] lleva a pensar que ésta es una de las asignaturas pendientes de nuestra democracia. El principio de publicidad del art. 1 queda invalidado por el absoluto grado de discrecionalidad con que el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor pueden proceder a la clasificación y la ausencia de un discreto control parlamentario o judicial, compatibles con las exigencias de la seguridad nacional. En cuanto a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, resulta plenamente justificado, en general, el régimen de protección de los datos personales automatizados y en particular la regulación del derecho de acceso a los mismos por los interesados (art. 12). En cuanto a regímenes especiales del derecho de acceso cabe citar el establecido por la Ley 16/1985 para los documentos que formen parte del Patrimonio Histórico Español (art. 57) o los de archivos específicos (por ejemplo los militares, regulados por el R. D. 2598/1998, de 4 de diciembre). Ejemplo de la nueva actitud de la Administración, que ya no debe limitarse a no impedir el acceso, sino que debe difundir la información que recoge y estructura, información con un enorme valor social y económico, es el Real Decreto 1485/1994, de 1 de julio, que regula el Acceso y la distribución pública de información catastral cartográfica y alfanumérica recogidos en el Banco de Datos Catastral.

[1322] El *Libro Verde sobre el sector público de la información en la sociedad de la información*, COM (1998) 585, III.2 (81), p. 14, identifica en los países de la Unión como excepciones más frecuentes a este derecho las siguientes: a) excepciones en el interés del Estado; b) excepciones en interés de terceros; c) excepciones para proteger el proceso de toma de decisiones: d) excepciones para evitar costes no razonables. El art. 11 del Tratado de Amsterdam (nuevo art. 191) reconoce el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. El citado Libro Verde sintetiza en un anexo el régimen de este derecho en los distintos Estados miembros. El Libro Verde parte del convencimiento de que la adecuada disponibilidad pública es un prerrequisito para la competitividad europea, frente a Estados Unidos, donde la *Freedom Information Act* ha permitido desde 1966 un amplio acceso de los particulares y la aparición de un sector económico que explota estos datos. En Europa, el llamado sector de la información ocupa a 4 millones de personas. El Libro Verde no propone que los Estados miembros debieran recopilar o publicar más información de la que ya tratan, pero sí que esta información debiera ser accesible de manera más simple y transparente. Sugiere la necesidad de, según los casos, buscar más eficaces sistemas técnicos, simplificar los procedimientos administrativos o adoptar reformas políticas. Entre las cuestiones que el Libro Verde estudia con más detalle están las distintas políticas de precios aplicadas para acceder a estas informaciones. La Comisión se muestra partidaria de mantener el principio de subsidiaridad, pero no se descarta la posibilidad de crear un mecanismo comunitario de intercambio de información a nivel comunitario.

[1323] Modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre.

Hasta aquí hemos revisado una serie de supuestos que, en condiciones de normalidad constitucional, suponen injerencias o limitaciones incompatibles con la independencia editorial que exige la libertad de programación. La situación es muy distinta cuando circunstancias excepcionales obligan a suspender las garantías de los derechos fundamentales. La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio permite las siguientes intervenciones:

- En el estado de alarma, el Gobierno podrá decretar la intervención y ocupación transitoria de cualquier tipo de instalaciones (entendemos que incluidas las afectadas a actividades informativas) (art. 11c).
- En los estados de alarma por paralización de los servicios públicos o desabastecimiento, el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento (art. 12.2), disposición plenamente aplicable a la radio y la televisión, dada su declaración como servicio público.
- Entre los derechos susceptibles de suspensión en los supuestos de estado de excepción se encuentra el derecho a la información del art. 20 CE, como autoriza el art. 55 CE. En tal caso, conforme lo dispuesto en el art. 21, la *"...Autoridad Gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales"* siempre y cuando la autorización del Congreso permita suspender las libertades de expresión e información. Igualmente, si el Congreso lo autoriza, podrá instaurarse el secuestro gubernativo de ejemplares. Pero lo que en ningún caso podrá hacerse es establecer censura previa, lo que refuerza el carácter esencial de esta garantía.
- Las mismas medidas podrán adoptarse en los supuestos de estado de sitio.

Toca ahora ocuparnos de la garantías específicas para unos u otros sujetos, públicos y privados. Comenzando por los **sujetos públicos,** su garantía básica es la **autonomía**. No puede hablarse en rigor de independencia, porque estos sujetos son creados por las instituciones públicas, que definen su estatuto y establecen sus objetivos generales e incluso hasta los principios programáticos. Pero para que puedan ejercer la libertad de programación es básico que cuenten con un régimen jurídico de autonomía, que libere de la interferencia política y permita producir, programar y emitir con criterios profesionales. Autonomía quiere decir independencia de los partidos políticos[1324]. Porque elemento ineludible de este estatuto de autonomía debe ser la **neutralidad ideológica**, sin más compromiso que con los valores constitucionales[1325].

Permítasenos trazar un paralelismo con las libertad de cátedra. Al reconocimiento de la libertad individual de la libertad de cátedra (art. 20.1 c) CE) corresponde la institución de la autonomía universitaria (art. 27.10 CE). El Tribunal Constitucional ha expresado esta relación en los siguientes términos:

[1324] Para **González Encinar, J.J.**, *"La televisión pública en España"*, op. cit., p. 246, la televisión pública sólo puede cumplir su función constitucional si es independiente de los partidos políticos.

[1325] La neutralidad ideológica era una de las características del servicio de radiodifusión de la Ley de 1934. El art. 34 de su Reglamento exigía a las sociedades concesionarias la más rigurosa imparcialidad y facultaba al Gobierno para tomar las medidas que asegurasen la plena neutralidad ideológica del servicio. Véase **García Llovet, E.**, op. cit., p. 51.

> *"... la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra. Ambas sirven para delimitar ese 'espacio de libertad intelectual' sin el cual no es posible 'la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura' (art. 1.2.a de la LRU) que constituye la última razón de ser de la Universidad."* (**STC 26/1987**, FJ. 4º).

La autonomía universitaria es la institución elegida por la Constitución para garantizar la libertad de cátedra al máximo nivel educativo y en ese espacio privilegiado para la creación de la ciencia. Pero la libertad de cátedra no se limita al ámbito universitario, sino que se modula en los distintos niveles educativos:

> *"En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada ... Junto a este contenido puramente negativo, la libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior... En los niveles inferiores, por el contrario, de modo en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza va disminuyendo..".* (como consecuencia de la definición pedagógica del puesto docente*) "... La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos ... impone a los docentes... una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico ..."* (**STC 5/1981**, FJ. 9º).

Por tanto, en los niveles no universitarios, la libertad de cátedra se ve preservada no tanto por una autonomía institucional, sino por la neutralidad ideológica que define a los centros, al igual que al resto de las instituciones públicas en un sistema jurídico-político que -como recuerda la sentencia citada- se basa en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado. En cambio, en los centros privados la neutralidad ideológica se ve sustituida por el ideario, manifestación de la libertad de educación del titular del centro y ello sin menoscabo de la libertad de cátedra, pues el docente no tiene porque convertirse en apologista de ese ideario, ni subordinar las exigencia del rigor científico al mismo (Fundamento jurídico 10º de la misma sentencia).

En el caso de los medios de titularidad pública, la Constitución no ha establecido como garantías a las libertades de programación y emisión una autonomía semejante a la universitaria. El art. 20.3 se limita a remitir a la ley la organización y control parlamentario de estos medios. No podemos afirmar de modo absoluto que esta forma de control sea inapropiada para garantizar las libertades de emisión y programación; pero sí sostenemos que la estructura concreta establecida por la Ley 4/80 ha sido completamente inadecuada a esta teórica finalidad. La doctrina a este respecto es prácticamente unánime y las denuncias constantes de falta de imparcialidad así parecen acreditarlo. Poca transcendencia práctica reviste si el Gobierno tiene o no la capacidad formal de dar órdenes sobre la programación[1326] o si el Consejo de Administración es o no un órgano

[1326] A este respecto se ha registrado una polémica doctrinal sobre el alcance del art. 21 del Estatuto que incardinado en una sección rubricada como *Directrices de programación* establece que el Gobierno podrá fijar periódicamente las obligaciones que se derivan de la naturaleza de servicio público de RTVE. Para González Navarro, op. cit., p. 42-45, esta facultad es algo muy parecido a verdaderas órdenes jerárquicas, pues el Gobierno previa consulta al Consejo de Administración, puede hacerlas cumplir, lo que pone de manifiesto la dependencia de RTVE -como el resto de los entes institucionales- del Gobierno. En cambio, para Esteve, op. cit, p. 271 y ss. y García Llovet, op. cit., pp. 270-272, no se trata de una habilitación para dirigir la programación (lo que equivaldría a la dirección del Ente) sino un instrumento para

parlamentario[1327]. Lo cierto es que el sistema establecido para el nombramiento del Director General habilita en la práctica al Gobierno para su libre designación; el Director General, sobre el que pivota toda la estructura operativa del Ente, ejerce los poderes reales, mientras que el control del Consejo se anula porque su composición refleja la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno; y, en fin, el control político externo de la Comisión parlamentaria ha resultado ineficaz[1328]. Baste recoger aquí la conclusión de García Llovet[1329], después de un detallado análisis del Estatuto de RTVE:

> *"En resumen, nos encontramos formalmente en presencia de una gestión semiparlamentarizada, de la que se presume una garantía de independencia, siendo en la práctica una estructura fuertemente gubernamentalizada."*

En consecuencia, si ese desarrollo legal del control parlamentario de los medios públicos ha redundado en su gubernamentalización deberemos extraer de la propia Constitución y de su interpretación jurisprudencial nuevos principios que sirvan para garantizar ese ámbito en el que el ejercicio de la libertad de programación sea posible. Y aquí enlazamos con la libertad de cátedra. La libertad de cátedra queda relativamente garantizada a nivel educativo superior por una (limitada) autonomía universitaria, mientras que a niveles inferiores la garantía reside en la neutralidad ideológica de los centros docentes. Esta neutralidad ideológica que debe presidir todas las instituciones públicas no se logra en el ámbito docente (como explica la STC 5/81, en su ya citado fundamento 9º) por la casual neutralización entre sí de las distintas tendencias ideológicas representadas por los profesores que coinciden en el centro, sino por la obligación de estos de abstenerse de cualquier adoctrinamiento. En el caso de la enseñanza esa obligación de neutralidad viene favorecida por el carácter objetivo de la definición pedagógica de cada puesto escolar y por su carácter funcional en relación al derecho de educación del alumno; en cambio, en el caso de medios de comunicación públicos, aunque la libertad de programación también está en función de la libertad de recepción del público, se carece de la referencia objetiva que suponen los planes de estudios y la definición pedagógica del puesto escolar. En consecuencia, sólo mediante una autonomía institucional, de algún modo semejante a la establecida por la Constitución para las Universidades, podrá lograrse la neutralidad ideológica.

---

hacer cumplir las obligaciones genéricas a todos los servicios públicos. A mi parecer la disposición apuntaba a la posibilidad de que el Gobierno, como ha sido la práctica en Francia con los *"cahiers de charges"*, estableciera un pliego de condiciones del servicio, que modificándose según lo requirieran las circunstancias, pudiera adaptar éste a las nuevas necesidades sociales. Una posibilidad no utilizada por ninguno de los sucesivos Gobierno y que hubiera permitido no determinar la Programación, sino las características generales del servicio: número y naturaleza de las cadenas, servicios especiales para determinadas audiencias, servicios exteriores, emisiones educativas etc.

[1327] Así, por ejemplo, el *Informe Álvarez Cascos*, op. cit., p. 35, interpreta que el Consejo de Administración es un órgano del Congreso, insertado en la estructura de RTVE, que dobla el control parlamentario que corresponde a la específica comisión del Congreso y sostiene que la parlamentarización de RTVE rompe la división de poderes, para lo que propone como remedio una mayor gubernamentalización: que se rebaje el consenso reforzado (mayoría de 2/3) para elegir a los miembros del Consejo y se refuercen sus poderes.

[1328] Las propias normas reglamentarias, como la que reduce a cinco minutos los tiempos de las preguntas al Director General, han sido causa de ese ineficacia. Sobre la Comisión de Control véase **Sánchez Ferriz, Remedios**, *"El control parlamentario de las radiotelevisiones públicas en España"* en *Las radiotelevisiones en el espacio europeo*, Valencia, 1990. Esta autora considera que esta Comisión habría de haber sido una de las Comisiones mixtas Congreso-Senado, *"El Gobierno y la Televisión Española" en Gobierno y Administración II*, Madrid, 1988, p. 1656.

[1329] Op. cit., p. 303.

Nuestra conclusión es, pues, que la independencia editorial, manifestación de la libertad de programación como libertad autonomía, requiere de una autonomía institucional de los sujetos públicos. Que esta autonomía del gobierno de turno no es tan fácil lo demuestra que, todavía en 1996, el Parlamento Europeo inste a las televisiones públicas europeas a que incrementen sus esfuerzos para que la independencia de los gobiernos sea real (resolución de 28 de octubre de 1996). Es difícil establecer algunos principios para garantizar esa autonomía. En cada caso habrá de estarse a la naturaleza jurídica del respectivo sujeto y a las tradiciones institucionales del sistema en que se integre y todavía quizá más de la cultura política de la sociedad. No obstante, nos atrevemos a sugerir algunas vías para lograr esta autonomía:

- Autonomía de su máxima autoridad institucional. La legitimidad tiene que venirle de una designación parlamentaria. Pero para evitar que el juego de las mayorías parlamentarias termine por convertirle en mero apéndice del gobierno, debe de: a) exigirse una mayoría parlamentaria muy cualificada; b) establecer un riguroso sistema incompatibilidades, incluyendo como supuesto la militancia en un partido; c) exigir una alta cualificación profesional, con inclusión de criterios objetivos; d) establecer un sistema tasado de causas de cese; e) independizar la duración de su mandato de la duración de la legislatura; f) someter al candidato al escrutinio parlamentario.
- Autonomía del órgano encargado de establecer los principios programáticos y controlar su cumplimiento. Justamente, como manifestación participación de la libertad de programación, proponemos que el órgano colegiado competente de elaborar los principios programáticos, elemento sustancial de la Programación, esté también designado por el Parlamento, pero de entre representantes de la sociedad mediante un sistema de cuotas (por ejemplo, representantes de los ayuntamientos, colegios profesionales, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, universidades, asociaciones de espectadores etc.) y representantes de los profesionales.
- Procedimientos objetivos para seleccionar a los profesionales, con independencia de sus creencias o adscripciones políticas o sindicales[1330].

No es nuestro objeto proponer un sistema organizativo completo. Las vías que se sugieren apuntan a lograr una autonomía editorial. No cabe duda que, además, la gestión empresarial debe ser profesional y que de existir un control parlamentario, como exige la Constitución, éste no puede proyectarse sobre la gestión del día a día, ni sobre el ejercicio concreto de la libertad de programación, sino sobre las grandes opciones de la empresa pública.

Autonomía no quiere decir irresponsabilidad, sino lo contrario. Además de la responsabilidad general susceptible de generarse por el ejercicio de la libertad de programación, la autonomía institucional conlleva una responsabilidad y un control externo. Refiriéndose exclusivamente a la autonomía editorial, el control debiera referirse a en qué medida los principios programáticos satisfacen los objetivos fundacionales y las necesidades sociales y en qué medida esos principios programáticos se hacen realidad en la programación. En cuanto al controlador puede ser el Parlamento o una Autoridad

[1330] Así lo establece, por ejemplo, la legislación francesa. Véase **Derieux, E**, op. cit., p. 223.

independiente, aunque puede pensarse también en formas más difusas de control social[1331].

Para los **sujetos privados** la garantía esencial reside en la existencia de un procedimiento objetivo para obtener el título habilitante, concesión o licencia. Este título sólo suele requerirse a los sujetos emisores, titulares de los canales, en función de su limitado número. Con la proliferación de canales todo apunta a que los sistemas concesionales serán sustituidos por la mera licencia, pero muy bien pueden extenderse éstas a los programadores, cuyo papel es cada día más importante. Tanto el proceso de selección, como el de renovación de licencias debe ser objetivo, sin interferencias políticas. Esto no tiene porque impedir la exigencia de determinados requisitos respecto a programas y Programación; tales exigencia deben de adoptar una forma general, nunca referirse a contenidos concretos, sin perjuicio de que la programación de contenidos delictivos pueda dar lugar a la retirada de la licencia. Por ejemplo, puede tenerse como mérito para otorgar una licencia en el marco de un concurso la existencia de un mayor porcentaje de un tipo de programas (informativos, culturales etc.), pero no es admisible la existencia de cláusulas genéricas (del estilo de "los programas se adaptarán al interés público") para otorgar o renovar licencias. Del mismo modo deben de exigirse procesos objetivos en las medidas de fomento, cuando existan. Más difícil resulta el control de otras formas de financiación subrepticia como la publicidad institucional, que sin embargo, como demuestra el caso de *"El Alcázar"*, también puede ser sometidas a control judicial[1332].

Problema distinto es si sujetos que tienen una determinada dependencia política pueden ser titulares de la libertad de programación. Así, en Valonia, el decreto de 17 de julio de 1987[1333] establece que una radio privada para obtener licencia de emisión debe ser independiente de las organizaciones patronales, sindicales o partidos políticos. Una medida tal redundará posiblemente en un mayor comercialismo de los sujetos emisores, sin que para nada mejore su independencia. Los sujetos políticos o sindicales pueden ejercer también la libertad de programación. El problema es de transparencia: la audiencia debe de conocer las dependencias de ese sujeto para poder descodificar adecuadamente los mensajes de su Programación. Lo grave se plantea cuando esa dependencia de una organización política resulta ocultada por la presencia de sujetos interpuestos, supuesto éste más extraño, sin embargo, que la dependencia de poderes económicos ocultos.

Entramos, así, en el resbaladizo terreno de las relaciones entre los poderes político y económico. La interferencia del poder político puede estar inducida por los poderes

---

[1331] Así, la BBC da cuentas a la sociedad a través de los siguientes mecanismos: en cada informe anual hace públicos sus objetivos para el ejercicio; anualmente debe de hacer pública una Declaración de Promesas a los poseedores de aparatos receptores; se compromete a no realizar ningún cambio significativo sobre la naturaleza de su Programación interior (*Home Services*) sin un previo sistema de amplias consultas; y, finalmente, su informa anual debe incluir también una valoración de en qué medida se cumplen objetivos y principios, se respetan principios deontológicos, así como publicar los resultados de las investigaciones realizadas sobre las necesidades y deseos de la audiencia. Véase **Porter, V.**, op. cit., p. 367.

[1332] En sendas sentencias de 1994 y 1997 el Tribunal Supremo condenó al Estado a pagar una indemnización al diario El *Alcázar* por discriminación en la inserción de publicidad institucional y cancelación de las suscripciones de organismo oficiales. En ejercicio de sus competencias dos Comunidades Autónomas han regulado la publicidad institucional: Andalucía, Ley 5/1995, de 6 de noviembre; Extremadura, Ley 6/1996, de 26 de septiembre.

[1333] Citado en el anexo de legislaciones nacionales, p. 8, del *Libro Verde sobre Concentración y Pluralismo*, op. cit.

económicos o realizarse a través de éstos. O puede que la unión de poder económico e influencia social que da el dominio de los medios pretenda condicionar o suplantar al poder político. Del primer supuesto podrían citarse casos innumerables: decisiones para favorecer a los programadores y emisores *amigos* o castigar a los *enemigos* y hasta reformas llevadas a cabo para buscar un nuevo equilibrio[1334]. Del segundo caso, el más significativo es el de Berlusconi, aupado al poder por sus televisiones y empeñado en seguir dominándolas desde la presidencia del Consejo de Ministros, rompiendo los límites entre lo público y lo privado. Después de una complicada crisis política y ya con el magnate en la oposición, el conflicto de intereses se ha regulado por una ley[1335] que impide a los titulares de empresas de comunicación y los empresarios en general con un patrimonio superior a 1.200 millones de pesetas mantener la titularidad de la empresa y formar parte del Gobierno, debiendo optar entre la venta o entregar la gestión a una persona independiente con total autonomía decisoria. En el caso de los medios, deberán mantener no sólo un pluralismo básico, sino una neutralidad hacia la actividad de su propietario. En caso contrario, se disponen multas que pueden alcanzar el 10% de los ingresos por publicidad durante el último mes. Llegamos, así, a una solución semejante a la de la anteriormente citada ley valona, con la diferencia de que ésta impide la titularidad de los medios a los partidos y sindicatos y la ley italiana establece incompatibilidades personales para los miembros del ejecutivo. Lo más sensato parece prohibir que los sujetos programadores y emisores de titularidad de partidos, sindicatos y organizaciones empresariales puedan dominar más de un determinado porcentaje de audiencia (por ejemplo, el 20%), al tiempo que establecer la incompatibilidad radical entre esta titularidad y el desempeño de un ministerio u otros altos cargos gubernamentales.

Realizado este recorrido por aquellas situaciones en las que el Estado puede interferir la independencia editorial de los sujetos públicos o privados de la libertad de programación, sintetizamos las ideas expuestas en el siguiente esquema:

A) Garantías esenciales comunes (sujetos públicos y privados)

- **Interdicción de la censura:** beneficia a sujetos productores, programadores y emisores.
- **Interdicción de las interferencias técnicas:** beneficia a los sujetos emisores.
- **Interdicción del secuestro gubernativo de soportes**: beneficia a los sujetos productores, programadores y emisores (y a los editores y distribuidores, en el caso de que los programas se difundan mediante el sistema de edición).
- **Interdicción del cierre arbitrario:** beneficia principalmente a los sujetos emisores que son los que suelen estar sometidos a un régimen especial.

[1334] Por ejemplo, en el caso español la alteración de los porcentajes de propiedad para facilitar la constitución del grupo multimedia de Telefónica. **Kuhn, R.**, op. cit., p. 110, asegura que la negativa de *Thames Television* y la IBA a plegarse a los deseos gubernamentales de que se censurase el documental *"Death on the Rock"*, convenció a Margaret Thatcher de la necesidad de reformar la televisión independiente e iniciar el proceso de liberalización, que ha culminado con el dominio de la televisión por satélite por el magnate Murdoch. Son también notables las relaciones especiales entre Blair y Murdoch.

[1335] El País, 24/4/98.

- **Eliminación de posibles reservas de programas y tiempos de emisión:** beneficia, desde luego, a los sujetos programadores y emisores privados, pero también a los públicos, que podrán decidir con autonomía su publicación.
- **Eliminación o limitación de los supuestos de inserción obligatoria de comunicados o programas:** beneficia a los sujetos emisores públicos y privados.
- **Reconocimiento general de un derecho de acceso a las fuentes informativas de carácter público:** beneficia a los sujetos productores públicos y privados.
- **Objetivación y control parlamentario y judicial del régimen de secretos oficiales:** beneficia a los sujetos productores, programadores y emisores, públicos y privados.

B) Garantías esenciales para los sujetos públicos

- **Neutralidad ideológica**.
- **Autonomía institucional:** autonomía de su máxima autoridad institucional; autonomía del órgano colegiado encargado de definir los principios programáticos, formado por representantes de la sociedad.

C) Garantías esenciales para los sujetos privados

- **Objetividad de los procesos habilitantes y medidas de fomento**
- **Sistema de incompatibilidades** entre el ejercicio de una responsabilidad política y titularidad empresarial de la libertad de programación y la libertad de emisión y **limitación de audiencias** a programadores y emisores ideológicos.

2.2. La independencia editorial frente a los poderes económicos

La independencia editorial de los sujetos públicos y privados viene igualmente condicionada por los poderes económicos en la medida en que unos y otros dependan de una financiación comercial. El origen de la financiación se convierte en decisivo, hasta el punto en que resulta más exacto hablar de emisores o programadores comerciales que distinguir entre públicos y privados. A efectos de independencia editorial frente a los poderes económicos los sujetos públicos que dependan de una financiación comercial de modo absoluto o en un porcentaje muy significativo están en las mismas condiciones que los sujetos privados. Pueden existir, desde luego, elementos del estatuto de los sujetos públicos que pretendan neutralizar las interferencias de los poderes económicos, pero en cuanto que se trata de injerencias mucho más sutiles que las de los poderes políticos es muy fácil que cualquier protección se quede en papel mojado. Hechas estas salvedades, la exposición que sigue será aplicable indistintamente a sujetos privados y públicos, en la medida en que estos últimos dependan de una financiación comercial.

Desde que la prensa se industrializa y pasa a depender de la financiación comercial, se exalta a la publicidad como garantía de independencia, y se la contrapone

con la dependencia ideológica de la vieja prensa de partido[1336]. Es el mito de la independencia publicitaria, que se extiende también a la radio y la televisión[1337]. Desde posiciones contrarias se resalta la dependencia publicitaria como incompatible con la libertad y generadora de nuevas formas de censura. Ambos mitos no responden a la realidad. La financiación publicitaria no es ni siquiera garantía frente a las intromisiones de los poderes públicos y desde luego establece una influencia del publicitario, que puede afectar a los contenidos. Pero publicidad no significa automáticamente censura privada. Puede establecerse un régimen de separación entre publicidad y contenidos, que respete una mínima independencia editorial. Por tanto, toda Programación comercial estará condicionada por la publicidad, pero pueden existir regímenes que garanticen a los programadores una independencia suficiente frente a los publicitarios y a los productores de bienes y servicios a los que éstos representan.

El carácter comercial de los sujetos condiciona de dos maneras su independencia editorial. Una primera, mediante la influencia que sobre programas y Programación ejerce el sistema de audiencias. Y otra, que ya puede calificarse de verdadera intromisión, cuando los sujetos programadores hacen dejación total o parcial de sus facultades de orientar, producir y ordenar la Programación en favor de otros sujetos externos, por lo general publicitarios. Esta segunda es todavía más grave y preocupa su progresiva extensión.

El sistema de audiencias supone que programas y Programaciones se conviertan en un mero soporte de los espacios publicitarios[1338]. Lo que los sujetos comerciales ofertan no son mensajes, sino segmentos de público, de los que se supone la receptividad y paciencia para recibir los mensajes publicitarios asociados a los programas. Los programas serán, por tanto, concebidos para lograr esa máxima atracción de espectadores en general o de una determinada categoría en particular. Como establece la primera conclusión del informe de la Comisión Especial del Senado[1339], *"los contenidos televisivos son, hoy por hoy, una mercancía sujeta a las necesidades o caprichos del mercado".* Sin necesidad de interferir directamente en los contenidos, la libertad de programación ya se verá afectada en lo que tiene de más específico, la estructuración de los programas en la Programación. Las exigencias publicitarias determinarán las horas de emisión, los espacios de continuidad, las interrupciones en los programas... Y en la medida en que una publicidad bastante homogénea se convierte en elemento estructurante clave, las Programaciones pierden personalidad propia. El caso extremo es aquel en que los programas se sustituyen íntegramente por publicidad, como expresamente regula la Directiva 95/35/CE e incorpora a nuestro Derecho la Ley 22/1999, de 7 de junio, para las

[1336] **Curran y Seaton**, op. cit., p. 11-26, demuestran para el Reino Unido como los periódicos radicales del movimiento obrero eran mucho más independientes, pues dependían exclusivamente de sus ventas y del esfuerzo de sus militantes.

[1337] Así, por ejemplo, **Skouris, W.**, op. cit., p. 1289, sostiene que desde el momento que la radio y la televisión tienen la misma relevante función política que la prensa en las sociedades democráticas, lo que exige su independencia, la publicidad en televisión y radio debería de estar sujeta a la misma regulación que la publicidad en prensa: la publicidad facilita la independencia; es condición necesaria para la supervivencia de una radiodifusión objetiva del mismo modo que lo es para la prensa.

[1338] Por publicidad entiende el art. 2 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, *"Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".*

[1339] Op. cit.

cadenas dedicadas a la televenta y la telepromoción. En el resto de los supuestos, estos espacios de televenta insertados en la Programación, por su duración y factura, suponen una dejación especialmente peligrosa del control editorial en favor de los anunciantes.

Existen supuestos que, más allá de una influencia genérica, pueden desembocar en verdadera censura privada, como está documentado en Estados Unidos, donde no es raro que las compañías retiren su publicidad de aquellos programas -normalmente más audaces en materia de costumbres o representando posiciones políticas minoritarias o denunciando los abusos sufridos por los consumidores- que consideran pueden crear una identificación indeseada con sus productos o servicios o redundar en costosísimos procesos judiciales frente a compañías poderosas . Por supuesto que el anunciante es muy libre de escoger unos u otros programas como soporte para su publicidad, y habrá de estarse a las cláusulas contractuales para determinar las consecuencias concretas de la retirada de la campaña. Pero, un paso más allá, podemos calificar de censura directa aquellos supuestos de acción concertada de un conjunto de agencias o anunciantes o de todo un sector industrial para retirar su contribución publicitaria de un programa, tipo de programas o Programación. En tales casos podría intentarse una acción directa ante los tribunales por censura previa, por mucho que esta institución se haya identificado históricamente con el examen y aprobación de los contenidos previa a la difusión por parte de las autoridades públicas.

En casos menos excepcionales, el impacto sobre los programas del sistema de audiencias se disminuye identificando a los mensajes publicitarios y confinándolos en reductos ajenos al resto de los programas. Sin embargo, la estructura de la Programación no deja estar afectada directamente y estos sistema no pueden evitar que los programas se ideen en función de obtener unos determinados resultados de audiencia y a ellos se condicionen los contenidos. Estos principios de identificación y separación son los escogidos por las Directivas europeas de Televisión sin Fronteras para garantizar un cierto grado de independencia de los programas respecto a los espacios publicitarios[1340]. Conforme al nuevo art. 11, la publicidad y la televenta (asimilada a la publicidad) deben de ser fácilmente identificables y diferenciarse claramente de los programas gracias a medios ópticos o acústicos. Su emisión será agrupada y sólo excepcionalmente se emitirán anuncios o espacios de televenta por separado. La regla general es que estos espacios no interrumpan los programas, pero las excepciones y la casuística es tal (nuevo art. 13) que los únicos programas que no pueden ser interrumpidos son los religiosos, informativos, documentales e infantiles y siempre que su duración no sobrepase los 30 minutos (salvo los religiosos, en los que no podrá insertarse ninguna publicidad).

Se pone especial cuidado en que los espacios publicitarios no puedan confundirse con los programas. Se prohibe la aparición de mensajes publicitarios durante los programas mediante transparencias u otros tratamientos de la imagen, aunque se permite con ciertas condiciones en las retransmisiones deportivas. Asimismo, telepromociones[1341]

[1340] Las Directivas 89/552/CEE y 97/35/CE, incorporadas al Derecho español por la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, establecen un conjunto de limitaciones cualitativas y cuantitativas a la publicidad, fundamentadas en la libertad de recepción, la protección al consumidor y a los menores y la garantía de la independencia editorial. Aquí sólo nos referimos a estas últimas.

[1341] Sobre telepromoción, véase **Momigliano, Carlo**, *"The need for different regulations and limits for different forms of advertising: the telepromotion case" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 1311 y ss. Según un estudio de

y publirreportajes y otras formas publicitarias que puedan confundir al espectador deben ser identificadas con una transparencia con la identificación "publicidad" (nuevo art. 11.4). Se prohibe la publicidad y televenta encubiertas (nuevo art. 9.2), pero pese a una definición más depurada[1342], la práctica de las televisiones españolas es abusar del denominado *"emplazamiento"*, consistente en introducir todo tipo de productos en los decorados, personajes y situaciones, especialmente en las teleseries, cuyos guiones se idean con el objetivo de colocar el mayor número posible de productos o referencias a empresas, conforme la situación y escenario de que se trate y cuyos títulos de crédito se sustituyen por unos interminables agradecimientos a innumerables compañías que se supone han colaborado en la producción.

Todas estas normas dirigidas a garantizar tanto la integridad de los programas como la libertad de recepción del público se desnaturalizan con una casuística cortada a la medida de los intereses y prácticas de la industria. Otro tanto ocurre cuando se trata de impedir la intromisión directa de los publicitarios en la Programación mediante el sistema de patrocinio de programas. Originalmente los patrocinadores eran los financiadores de los programas y aún sigue ocurriendo así en la radio. En la televisión europea los patrocinios son, sobre todo, una forma de evitar la saturación de los espacios publicitarios, recurriendo a una forma más personal y exclusiva. Por tanto, y salvo casos muy excepcionales, el patrocinador del programa no es la única fuente de financiación del programa y, por tanto, no tiene un poder absoluto sobre el mismo. Pero en cuanto que la técnica se basa en la identificación entre programa y producto es lógico que el patrocinador desee influir sobre el contenido, pudiéndose llegar a verdaderos supuestos de censura. La redacción del actual art. 15 b) de la Ley 25/1994 viene a admitir la posibilidad de tal influencia, siempre que no atente contra la independencia editorial:

> *"El contenido y la programación de una emisión patrocinada no podrán, en ningún caso, ser influidos por el patrocinador de tal forma que se atente contra la independencia editorial del operador de televisión..."*

El precepto más bien parece destinado a dar carta de naturaleza a la influencia del patrocinador, dada su ambigua redacción y la dificultad de demostrar una injerencia tal que anule la independencia editorial, dada que tal influencia o intromisión se hará con el mutuo acuerdo de programadores y patrocinadores. Sólo en el caso de denuncia de un tercero (interviniente o invitado) o profesional podría probarse la violación del precepto, y ello con gran dificultad porque programadores y patrocinadores lo negarían.

Nielsen Consulting, las telepromociones aumentan la venta del producto en un 12% durante su emisión y en un 10% los tres meses siguientes. En Italia se invierte en telepromociones 910.000 millones de liras anuales. Esta, como otras formas de publicidad no convencional, es más eficaz para los productos que no son líderes y en la televisiones marginales. Todo el artículo intenta demostrar -de forma muy discutible- que restringir esta forma de publicidad sería un desastre económico, que, además, restringiría el pluralismo.

[1342] Nuevo art. 3 d). *"Publicidad encubierta: Aquella forma de publicidad que suponga la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividad de un fabricante de mercancías o de un empresario de servicios en programas y que tenga, de manera intencionada por parte del operador de televisión propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación."*. La publicidad se presume encubierta cuando estas presentaciones se hagan a cambio de una remuneración. La publicidad encubierta se admite en las retransmisiones deportivas, cuando no se produzca una desviación intencionada para realzar el carácter publicitario de la presentación.

El resto de la regulación del patrocinio aplica los principios de identificación -los programas patrocinados estarán identificados como tales al principio o al final o en ambas ocasiones- separación -sólo se admite la inserción del patrocinio en el programa de forma esporádica, sin que perturbe la marcha de éste- y diferenciación con otras formas de publicidad, pues no podrá incitar directamente a la compra o contratación de productos. Sólo se adopta una prohibición rigurosa en el caso de telediarios y programas de actualidad política. Una vez más excepciones, como la de permitir que el patrocinio se inserte durante el programa, restan eficacia a una regulación que ni ha impedido, ni impedirá en su nueva versión, el abuso por parte de programadores y publicitarios de este tipo de fórmulas. Los principios pueden servir a la independencia editorial, pero su concreción práctica no ha logrado evitar la influencia de la publicidad sobre los programas.

Son muchas las prácticas no reguladas que refuerzan esta tendencia. Por ejemplo, los protagonistas de una serie (que no ya los actores que los representan) promocionan -manteniendo su rol- un determinado producto durante las pausas publicitarias. Más grave todavía para la independencia editorial es la práctica conocida con el nombre de *"bartering"* o trueque, conforme el cual las agencias publicitarias facilitan a los programadores espacios de entretenimiento con un éxito de audiencia asegurada a cambio de tiempo publicitario. Los programadores obtienen productos *"listos"* para emitir y los publicitarios pueden controlar los programas de entretenimiento de tal modo que los contenidos sean coherentes con los mensajes publicitarios que se difunden[1343]. En tal caso no es que desaparezca la independencia editorial de un concreto programador, es que las grandes agencias publicitarias suplantan a los programadores, homogeneizando los programas de las distintas Programaciones y todo ello sin que el público destinatario sea advertido de quién es realmente el responsable de los mensajes que recibe[1344].

El poder de las grandes agencias de publicidad es cada vez mayor. Durante los 80 se producen grandes fusiones de agencias publicitarias, pero sobre todo aparecen las centrales de compras, que controlan buena parte de la inversión publicitaria en cada uno de los países, comprando espacios al por mayor en los medios con grandes descuentos. Su aparición corre pareja a la de los grupos multimedia, que concentran por su parte la venta de espacios[1345]. Hace unos años el estudio sobre la concentración de la comunicación en Europa[1346] ya advertía que la frontera entre el *poder de informar* y el *poder de anunciar* estaba desapareciendo; hoy, las nuevas formas publicitaria han consolidado esta tendencia. Por eso es más necesario que nunca plantear el debate sobre la concentración también en el sector publicitario, como ya proponía el profesor Bastida[1347] antes de que el fenómeno fuera tan acuciante.

[1343] *Concentración de la comunicación en Europa*, op. cit., p. 82.

[1344] Una fórmula rayana con la ilegalidad, entre el patrocinio y el trueque, es la utilizada por TVE para la información económico-financiera de su Canal 24 Horas. Los bloques de esta información son producidos por un equipo de profesionales contratados por el BSCH, utilizando los medios de producción de TVE, y sin que la audiencia sea advertida de que el responsable último de esta información tan sensible es justamente la primera entidad financiera española.

[1345] *Concentración de la comunicación en Europa*, op. cit., p. 39. Sobre las datos concretos de este fenómeno, véase este mismo estudio, pp. 148-158.

[1346] Ibídem, p. 40.

[1347] **Bastida, F.**, en el debate del Régimen Jurídico de la Televisión, op. cit., p. 115.

Un aspecto en el que los sujetos públicos y privados se diferencian es respecto a la aceptación de la publicidad. En principio, cualquier sujeto programador puede, en consonancia con su independencia editorial, aceptar o rechazar un mensaje publicitario. Para Carreras[1348] los sujetos públicos y los sujetos privados -en cuanto que desempeñen un servicio público en régimen de escasez, esto es, las sociedades concesionarias de la televisión privada- deben aceptar todos los mensajes que cumplan con los requisitos de la legalidad vigente, mientras que los privados pueden potestativamente insertar o no estos mensajes. No veo claro que la naturaleza pública o la gestión indirecta del servicio público obliguen a la inserción. Más bien creo que la obligación de los sujetos programadores públicos, a diferencia de los privados, es establecer normas objetivas sobre la admisión de publicidad. Sólo en los casos de monopolio en un determinado ámbito sería obligatoria la inserción tanto para los sujetos públicos como para los privados, una vez cumplidos los requisitos legales.

El Estatuto de RTVE (art. 8. 1 j) atribuye al Consejo de Administración del Ente la facultad de dictar norma reguladoras respecto a la emisión de publicidad. Así lo hizo el Consejo aprobando unas normas básicas el 16 de diciembre de 1983, modificadas el 10 de mayo de 1988 y sustituidas por las vigentes de 17 de abril de 1990[1349]. Aunque el Estatuto permite que estas normas tengan en cuenta el control de calidad de la publicidad, el contenido de los mensajes y la adecuación del tiempo de publicidad a la programación y a las necesidades de los medios, lo cierto es que las normas vigentes vienen a reiterar los criterios de la Ley General de Publicidad, de la Directiva 89/552/CEE de la Televisión sin Fronteras, con algunas peculiaridades. Así, se declara como no admisible la publicidad de contenido esencial o primordialmente filosófico, político o religioso o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza (art. 5, 1º p.). No es difícil interpretar esta norma como una manifestación de la neutralidad ideológica a que está obligado el Ente. En otras normas se concretan los requisitos legales o se establecen criterios especiales que deben respetar los anuncios: lenguaje correcto, claridad de las ofertas y premios, uso de términos científicos que no induzcan a error, mención de distinciones, uso de testimonios etc., principios todos ellos que apuntan a una mayor fiabilidad de la publicidad admitida. No se admitirán anuncios en que intervengan presentadores y elementos fundamentales de identificación y contenido de los programas que precedan, sigan o interrumpan a su pretendida inserción (art. 11), una norma que refuerza la independencia editorial y que contrasta con la práctica de las cadenas privadas. Otras televisiones públicas han adoptado normas semejantes[1350].

Otro modo de interferencia de los poderes económicos en la independencia editorial es impedir el acceso a las fuentes relevantes alegando derechos en exclusiva. Este conflicto se resuelve distinguiendo estos derechos en exclusiva, que se proyectan sobre el conjunto del acontecimiento o espectáculo, de la facultad de acceder a las fuentes, directamente derivada del derecho a la información. Así resolvió acertadamente la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 20 de septiembre de 1996 el acceso

[1348] **Carreras, L. de**, op. cit., p. 253-254.

[1349] Publicadas en el BOE de 20 de abril, como Resolución de la Dirección General de Medios de Comunicación Social que hace públicas las normas aprobadas por el Consejo de Administración.

[1350] Ente Público Radiotelevisión de Madrid, aprobadas por el Consejo de Administración el 13/9/95; Normas básicas de publicidad de Radiotelevisión Valenciana, aprobadas por el Consejo de Administración el 20/1/93.

solicitado por Telecinco a los estadios de fútbol para tomar imágenes con destino a sus programas informativos[1351].

Como conclusión de este apartado resulta la mayor dificultad de garantizar la independencia editorial con respecto a los poderes económicos que con respecto a los poderes políticos. Específicamente respecto a la publicidad el respeto a los **principios de identificación, separación de los programas y prohibición de influenciar las decisiones editoriales** en los casos de patrocinio son criterios válidos, pero de difícil cumplimiento sobre todo teniendo en cuenta que la armonización europea y la legislación nacional han establecido un sistema con numerosas excepciones. La malla de protección tiene unos intersticios muy amplios por los que se cuela la influencia de los publicitarios que cada vez tienden más a suplantar a los programadores.

[1351] Véase el comentario de **Baño, J. M.**, op. cit. p. 749.

3. La libertad de programación como libertad capacidad

La libertad-capacidad es el polo opuesto y al mismo tiempo complementario de la libertad-autonomía. Se es *libre de* para *poder hacer.* Si la dimensión autonomía de la libertad supone un ámbito de autodeterminación frente a los poderes externos, la dimensión capacidad conlleva el ejercicio de poderes concretos, garantizada ya una esfera libre de intromisiones. Hemos caracterizado la dimensión autonomía de la libertad de programación como independencia editorial frente a los poderes políticos y económicos. Desde esa independencia editorial será posible ejercer las facultades que conlleva la libertad de programación y que ya describimos en este mismo capítulo (1.6). La independencia editorial es condición previa para el ejercicio por parte de los distintos sujetos de sus respectivas facultades. La independencia editorial garantiza que no se produzcan injerencias en la relación jurídico-informativa, pero dentro de ésta los poderes de cada sujeto se interrelacionan armónica o conflictivamente. De los poderes de cada uno de los sujetos tratan los siguientes apartados, aunque en algunos casos, como en el de los profesionales, sea necesario volver sobre las consecuencias para ellos de la independencia editorial.

3.1. Del sujeto emisor-programador: el poder editorial

Tradicionalmente, el sujeto emisor ha concentrado la funciones de programar y producir en una misma estructura empresarial. Ya hemos visto como, progresivamente, estas facultades van siendo asumidas por otros sujetos empresariales: productores y programadores independientes. Los sujetos emisores-programadores tienen una clara ventaja sobre los sujetos independientes: tienen la habilitación y los medios para emitir por si mismos sus Programaciones. En cambio, los sujetos independientes necesitan de los sujetos emisores para hacer emitir sus Programaciones. Las facultades que conlleva la libertad capacidad para unos y otros sujetos son idénticas y podemos sintetizarlas en lo que denominamos poder editorial. La diferencia reside en que en el caso de los emisores-programadores la última facultad necesaria para perfeccionar el proceso comunicativo será emitir la Programación, mientras que el caso de los sujetos independientes es la de hacer emitir la Programación por medios ajenos. Además, los emisores-progamadores tendrán la facultad de emitir programas o Programaciones ajenas. El objeto de este apartado es estudiar ese poder editorial, común a unos y a otros. Comenzaremos por establecer su contenido, para luego determinar su ordenación en los sujetos públicos y privados[1352].

El poder editorial engloba todas aquellas facultades de orientación y dirección que se proyectan sobre la Programación. Remitiéndonos al esquema incluido el ap. 1.6 de este capítulo, podemos decir que el poder editorial supone:

- Determinar de los principios programáticos

[1352] En gran parte la problemática del poder editorial es común a todos los medios, por lo que se traerán a colación supuestos del medio prensa.

- Orientar en términos generales la Programación
- Delegar la elaboración de la Programación
- Delegar la supervisión de la Programación
- Delegar la producción-realización de los programas propios
- Adquirir programas o Programaciones ajenas
- Delegar la supervisión de la emisión

Ya analizamos el papel central que los principios programáticos juegan en todo este proceso. Su determinación es la misma esencia del poder editorial, porque de esta decisión se derivan en cascada el resto. El ejercicio de estas facultades supone el pleno control sobre la Programación. Pero el poder editorial se ejerce en el marco de una estructura empresarial, por lo que será, además de manifestación de la dimensión capacidad de la libertad de programación, expresión de la capacidad de dirección que conlleva la libertad de empresa o de las competencias atribuidas a los gestores públicos. En cuanto que capacidad de dirección el poder editorial implica:

- Seleccionar y contratar a los profesionales
- Seleccionar a los responsables editoriales
- Ordenar las condiciones de trabajo

Desde una concepción liberal-individualista se defiende el poder editorial absoluto de los sujetos empresariales privados. Según convenga se pone el énfasis en la libertad de empresa -reivindicando el poder editorial como medio para alcanzar beneficios- o en la libertad de expresión -el poder editorial frente a las intromisiones de los poderes públicos. Desde este punto de vista, los programas son el producto que el empresario tiene el derecho a controlar sin ningún tipo de trabas o cortapisas como cualquier otro producto comercial y el poder editorial es un poder incondicionado, un poder con influencia, un *Cuarto Poder*[1353].

Llevadas estas ideas a sus últimas consecuencias, ese poder incondicional se convierte en un modo de censura[1354] sobre las facultades del resto de los sujetos. Ignoran

[1353] **Curran y Seaton**, op. cit., p. 60 y ss., han estudiado la aparición del mito del *Cuarto Poder* en relación con los *Barones de la Prensa*, que dominaron las publicaciones británicas en el periodo de entreguerras. Los *barones* ejercieron un control personal sobre los contenidos generales y la administración de sus periódicos en el día a día. Fueron tanto hombres de negocios como empresarios políticos. Se registran ya entonces guerras de circulación, que conducen a la degradación de los contenidos y a la exaltación de las noticias de interés humanos. Estos empresarios usaron sus periódicos como instrumentos de poder, pero al margen del sistema de partidos, y a menudo en contra de él. De ahí el mito del *Cuarto Poder* : desde esa posición independiente influyeron en la política británica e intentaron distintas aventuras personales o apoyaron a nuevos partidos (incluidos grupos fascistas) y montaron frecuentes campañas antiizquierdistas agitando el *peligro rojo*.

[1354] A este respecto ha escrito **Gómez-Reino, E.**, *Prólogo*, op. cit., p. 22: *"Esta vieja idea de identificar los derechos fundamentales con el derecho de propiedad, que arranca del primer pensamiento liberal francés (Mirabeau, Mercier de la Rivière, Dépont de Nemours, Turgot, etc.) y que será retornada más tarde, entre otros, por el gran jurista Hauriou, para el cual las libertades individuales son derechos que tienden a presentarse bajo la forma de una propiedad', ha comenzado a resquebrajarse, no sin grandes resistencias por parte de los propietarios de los medios de comunicación. Cuestionar su poder en el seno de la empresa es poner en tela de juicio su derecho de propiedad. Por ello entienden que, en un sistema democrático, lo que le está vedado al Estado, por ejemplo, la censura previa (art. 20.3 CE). se convierte en una facultad derivada de su derecho de propiedad. Así, lo que eufemísticamente se califica como selección de noticias, tratamiento de las mismas, temas tabúes, etc. . no es otra cosa que una forma de censura privada, la cual se ejerce con normalidad y con toda la normalidad".*

estas posiciones que tan titulares de la libertad de programación son los empresarios como los profesionales que elaboran los programas o los programadores y productores independientes que los suministran, que el público también puede invocar esta misma libertad en determinadas circunstancias y que las libertades difusivas están en función de la libertad de recepción del público. Pero la deriva comercial del medio hace todavía más difícil establecer una regulación que ordene el poder editorial de los sujetos emisores-programadores[1355].

Para que el poder editorial respete los poderes de los profesionales, así como los de productores y programadores independientes, es necesario que el empresario (público o privado) delegue de modo efectivo la elaboración y supervisión de la Programación, la producción-realización de los programas, la supervisión de la emisión... En otras palabras, que permita a los profesionales y a los productores y programadores independientes con quien contrate elaborar libremente programas y Programación en el marco de unos principios programáticos. Resulta básico que estos principios sean públicos, tanto en cuanto que definición hacia la audiencia, como para que puedan ser asumidos libremente por los profesionales, programadores y productores independientes que se relacionen con el sujeto empresarial, de modo que constituyan el marco común de todos los sujetos que cooperan en la Programación[1356].

Aceptación no quiere decir identificación. Basta el respeto en el trabajo cotidiano. Sobre este aspecto, trayendo a colación la jurisprudencia constitucional sobre docentes, volveremos en el apartado dedicado a los profesionales. Lo que nos interesa aquí es subrayar que el poder editorial ni es incondicionado, ni puede producirse de modo inconstitucional: los principios programáticos no pueden ir contra los valores de la Constitución, ni su concreción en la práctica puede lesionar los derechos de los profesionales o de terceros, ni socavar su dignidad[1357].

[1355] El informe *La Concentración de la Comunicación en Europa*, op. cit., p. 121, sintetiza estas posiciones en los siguientes términos: *"El control editorial es consecuencia lógica de considerar a los medios de comunicación como productos que responden a las necesidades o demandas del mercado. En principio, este control trata de garantizar la calidad del contenido y se fundamenta en los valores de objetividad y veracidad (ambos teóricamente demandados por el público). Al mismo tiempo, los propietarios y gestores se oponen a cualquier interferencia que limite el uso de las cuatro herramientas clásicas del marketing: el precio, la promoción, la distribución y el producto. Evidentemente, esta última variable no sólo incluye aspectos externos (como el diseño o tamaño de los impresos), sino también la planificación del contenido."*

[1356] Parecidas ideas expone refiriéndose a la prensa y a la línea editorial **Bel, I.**, op. cit., pp. 263-264, que cita a Nieto Tamargo y Tallón.

[1357] A este respecto es interesante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso Wallraff (66BVerfGE 116 1984), comentada por **Barendt, E.**, *Freedom of Speech*, op. cit., pp. 313-314. Gunter Wallraff, reportero especializado en el periodismo de denuncia, se infiltró en la redacción del diario sensacionalista Bild-Zeitung, trabajando como redactor bajo un nombre falso y luego escribió un libro narrando las prácticas de la redacción del Bild. Mediante su testimonio y aportando como prueba sus originales alterados, el periodista denunció la sistemática manipulación de cariz derechista realizada por el diario, con técnicas como la deformación deliberación de los hechos. El editor Springer exigió que cesase la difusión del libro, demanda rechazada por el Tribunal Supremo Federal en base al art. 5 de la Ley Fundamental, dando lugar a que el caso fuera examinado por el Tribunal Constitucional, que tuvo que ponderar la liberta de prensa del diario y la libertad de expresión e información del autor. El Tribunal Constitucional entiende que la libertad institucional de la prensa, la *Pressfreiheit*, conlleva el derecho a mantener la confidencialidad de las prácticas de redacción, como modo de proteger las fuentes. No hubo unanimidad sobre si la libertad de prensa permitía al poder editorial alterar los originales del periodista. En cuanto al conflicto entre el derecho del editor a mantener la confidencialidad de las prácticas redaccionales y la libertad de expresión e información del periodista para publicarlas en un libro, el Tribunal prefirió las primeras, pues el periodista no sólo había usado engaño, sino que no había revelado ninguna información de relevancia pública.

El engarce de la esfera de la orientación de la Programación, propia del poder editorial, y la esfera de su elaboración concreta se realiza mediante los responsables editoriales, que hacen efectivas las orientaciones del poder editorial. En la prensa ha sido común la dualidad entre las figuras del empresario-editor y el director. Dependiendo de situaciones históricas, regímenes jurídicos y personalidad de los interesados, los poderes y responsabilidad del director han sido muy variables. La Ley Fraga reforzó los poderes del director, al tiempo que concentró en él una temible responsabilidad administrativa, justamente como modo de evitar veleidades políticas de los propietarios de los periódicos.

El director o el máximo responsable editorial, sea cual sea su denominación, no es más que el eslabón común de dos cadenas. Por un lado, la cadena editorial y empresarial, por otro la cadena profesional. El director, a su vez, delega su poder en otros responsables de inferior rango. No es extraño que dada la doble condición de profesional y representante editorial se planteen sistemas de participación profesional en su nombramiento. Y que como modo de dotarle de independencia frente al poder editorial se invista al director de algunos poderes especiales. Por ejemplo, el art. 39.2 de la Ley de Prensa de 1966 da al director la potestad de publicar originales contra la voluntad del editor y el 37 le confiere derecho de veto. El primero supone una limitación muy radical del poder editorial; el segundo se justifica por la misma responsabilidad que se centraliza en el director. Más allá de la concreta motivación política de estas normas, investir al director de la empresa de emisión y programación con el poder último sobre los contenidos supondría profesionalizar la línea editorial. No sería imposible establecer algunos mecanismos de conciliación en los casos de desacuerdo entre el sujeto empresarial emisor-programador y su máximo representante o delegado editorial.

En los sujetos privados será titular de este poder editorial quien determine sus estatutos, órgano unipersonal o colegiado de gestión. Puede corresponder la determinación de los principios programáticos a un órgano colegiado, mientras que el resto de las facultades de orientación y delegación que comporta este poder pueden residir en un gestor personal, el editor, quién delegará en el director y demás responsables editoriales de rango inferior. En los sujetos públicos las distintas instancias del poder editorial sólo pueden ejercer las correspondientes facultades mediante una previa atribución de competencias[1358]. Pero al margen de que el estatuto privado o el estatuto público puedan atribuir el poder editorial a una u otras instancias, se hace necesario un desarrollo legislativo que ordene ese poder editorial. Ese Estatuto general de los sujetos emisores y programadores debiera contemplar la existencia de unos principios programáticos y su determinación por un órgano colegiado, la creación de la figura del editor, como titular del poder editorial, la del director de programación, como delegado profesional del editor, las facultades de unos y otros, las relaciones mutuas, la participación de los profesionales y de los representantes de la sociedad en la determinación de los principios programáticos... entre otros extremos. Este Estatuto general sería el marco

[1358] **González Navarro, F.**, op. cit., p. 117 y ss, entiende que en RTVE, de acuerdo con el Estatuto se dan cuatro niveles de poder editorial: a) Fijación por el Gobierno de las directrices de la programación (art.21); b) Fijación por el Consejo de Administración de los principios básicos y las líneas generales de la programación (art. 8.1. d); c) Ordenación de la programación por el Director General de RTVE (art. 11 g); d) Ejecución por los Directores de los Medios (art. 19, 2, inciso final). Con respecto a la primera competencia ya nos pronunciamos en la nota 1326 por considerarla no aplicable a la determinación de la Programación. Los otros tres niveles parecen claros.

general en el que se insertarían los particulares estatutos empresariales, públicos o privados, y los Estatutos de Redacción, a los que más adelante nos referiremos.

3.2. De los productores y programadores independientes

Hace apenas quince años hubiera sido casi imposible encontrar supuestos en los que el poder de programar fuera ejercido por sujetos distintos de aquellos habilitados para emitir, que, ya fueran públicos o privados, concentraban en una misma estructura empresarial todos las fases del proceso de comunicación audiovisual. Existían, desde luego, empresas productoras, suministradoras de programas a esos grandes sujetos emisores, pero sin que tuvieran reconocido ningún derecho frente a los mismos. Desde entonces, a lo largo sobre todo de esta última década, las corrientes económicas han conducido a fragmentar ese proceso, al tiempo que aparecían nuevos sistemas de emisión. Todo ello ha conducido al fortalecimiento de las empresas productoras y a que sea posible elaborar una Programación sin que resulte imprescindible contar con los medios de emisión, esto es, sin necesidad de estar habilitado para emitir.

La primera cuestión que se plantea con respecto a estos nuevos sujetos es la de su independencia. Ante las nuevas tendencias era lógico que los grandes sujetos emisores tomaran posiciones y crearan sujetos productores y programadores con los que estar presentes en los sectores emergentes. Así lo hicieron los grandes grupos multimedia que se consolidan en Europa a comienzos de los 90. En cambio, los organismos públicos de radiodifusión europeos rara vez crean productores o programadores filiales; muy al contrario, abandonan su producción a estos nuevos sujetos, que en muchos casos se crean a sus expensas y los vampirizan, produciéndose una verdadera privatización encubierta de los medios públicos[1359]. Para evitar la creciente concentración es necesario definir las condiciones para considerar independientes a productores y programadores y fomentar su desarrollo en aras de un mayor pluralismo. Esta es la línea seguida por la Directiva de la Televisión Sin Fronteras, que más adelante examinaremos.

El desarrollo de las productoras ha sido espectacular merced, entre otros factores, a la posibilidad de explotar globalmente el mercado audiovisual, sobre todo en el caso de las producciones con formato cinematográfico, susceptibles de ser comercializadas en las salas de exhibición, en el mercado del vídeo domestico y en los mercados de la televisión abierta y de pago. La Directiva 89/552/CEE (art. 7) y nuestra Ley 25/1994 (art. 8) establecían un calendario de explotación, que reservaba estas obras a la exhibición cinematográfica durante dos años, salvo acuerdo del titular de la obra y la entidad emisora. La nueva Directiva 97/36/CE considera, en cambio, que esta cuestión debe quedar a la autonomía de las partes, con lo que cabe augurar un ciclo de explotación todavía más

[1359] En el caso español, las primeras compañías productoras no cinematográficas nacen al calor de TVE, muchas veces fundadas por antiguos empleados, sin ninguna estructura empresarial y escasísimo capital. La estructura y el riesgo empresariales son mínimos y todo se basa en presentar y lograr la aprobación de un proyecto de programa. La productora aporta la idea (en muchos casos adquirida en el extranjero, sobre el modelo de algún programa de éxito), TVE aporta los medios materiales y humanos. Posteriormente, la tendencia será que la productora contrate directamente a parte del personal, incluso en muchos casos a trabajadores anteriormente contratados por TVE, que ven empeoradas sus condiciones laborales. La falta de una adecuada planificación de los recursos propios y el recurso indiscriminado a las productoras es una de las causas de la crisis financiera de TVE.

corto para las obras cinematográficas[1360]. Las nuevas modalidades de televisión ofrecen posibilidades extras de explotación[1361].

Las normas de fomento han favorecido la coproducción entre los emisores-programadores clásicos y los nuevos sujetos productores[1362]. Por la vía de la reserva de cuotas de emisión y otras medidas de fomento del audiovisual europeo hemos llegado a una situación en la que programadores-emisores y productores se interrelacionan, pudiendo invocar éstos frente aquellos no sólo el cumplimiento de obligaciones mercantiles sino incluso -merced al sistema de cuotas- ostentando unas expectativas de que sus producciones serán emitidas.

La aparición de los programadores independientes ha tenido que esperar al surgimiento de nuevos medios de transmisión y a la proliferación consiguiente del número de canales, que demandan ya no sólo programas concretos, sino también Programaciones globales. Los sistemas cerrados, con su posibilidad de acoger canales especializados, y sobre todo el cable, que mantiene una especial vinculación con los intereses locales, son un buen caldo de cultivo para la aparición de nuevos sujetos cuya principal actividad es programar producciones propias o ajenas para ser emitidas por estas redes. Pero como en el caso de los productores, para garantizar el pluralismo hay que reservar cuotas de estos sistemas a programadores que sean realmente independientes, tanto de los operadores de los sistemas de transmisión, como de los sujetos emisores-programadores y de los productores.

[1360] El art. 7 de la nueva Directiva establece que *"Los Estados miembros velarán por que los organismos de radiodifusión televisiva sujetos a su jurisdicción no emitan obras cinematográficas fuera de los períodos acordados con los titulares de los derechos"*. En cuanto a la Ley 22/1999, que traspone esta Directiva, se limita a derogar el anterior artículo.

[1361] Para **Álvarez Monzoncillo, J. M.**, op. cit., p. 939, *"Las relaciones entre la difusión y la creación-producción cambian también entre estas modalidades. Si la televisión tradicional fue acusada de explotar a la producción, retribuyéndola muy por debajo en términos generales respecto a su audiencia, la Pay TV incrementa esa remuneración aunque huyendo de un pago proporcional al número de espectadores o abonados. Por su parte, el PPV* (Pay per View) *o el VOD* (Video on Demand) restituyen *la retribución al productor y elevan su monto a niveles superiores a los del vídeo y próximo en algunos casos (según soportes e intermediarios) al del cine en sala. "*

[1362] *"Es difícil conseguir cifras concretas sobre las inversiones en producción de los canales de televisión europeos -* asegura el Informe Oreja, op. cit. p. 17-18- *Esta dificultad reside en parte en el hecho de que un canal puede participar como productor único, como co-productor o como comprador de los derechos de distribución. Otro problema adicional es la distinción entre inversión en obras para televisión (telefilms, series, mini-series, etc.) y películas de cine. Sin embargo, la cantidad global estimada es algo menos de 15.000 millones de ecus, tres cuartos de los cuales corresponden a radiodifusores alemanes, británicos, franceses e italianos. El Reino Unido, Italia, Francia y Portugal obligan a los canales de televisión a invertir en la industria cinematográfica. En consecuencia, las inversiones de los canales de televisión de estos países en producciones cinematográficas son considerables. En el Reino Unido, por ejemplo, más de un tercio de las películas producidas en 1997 fueron financiadas parcialmente por empresas de radiodifusión. En Italia, una nueva ley obliga a los radiodifusores públicos a invertir el 20% de los ingresos procedentes del canon en la producción de obras para televisión o cine, y obliga a las empresas de televisión privadas a destinar el 30% de su presupuesto total de inversiones a la producción o compra de obras europeas. En Francia, al menos el 42% de las inversiones totales en la industria cinematográfica procede de los canales de televisión, más de la mitad de las cuales consisten en compras anticipadas y producciones del Canal Plus18). En Portugal, la aplicación del impuesto del 4% sobre la publicidad televisiva constituye una fuente fundamental de financiación que se distribuye por el Instituto portugués del cine y del sector audiovisual (IPACA) para la producción de películas. Incluso en los países en que no existe obligación de invertir, el papel que desempeñan los canales de televisión no es despreciable: en Alemania, aproximadamente el 50% de las películas están co-producidas por empresas de televisión. En España, el ente público RTVE invirtió 12 millones de ecus en comprar los derechos de distribución de películas españolas en 1997 y Sogecable prevé gastar 16.9 millones de ecus en dichos derechos entre 1996 y 1998."*

Productores y programadores ejercen un poder editorial al interno de sus organizaciones y respecto a los programas y Programaciones que elaboran. Con las salvedades lógicas este poder es semejante al descrito para los sujetos emisores-programadores. En el caso de los sujetos productores no existirán seguramente unos principios programáticos comunes a todos los programas producidos y la orientación se hará producto a producto. En cambio, en los sujetos programadores existirán unos principios programáticos, expresos o tácitos, pero referidos a cada uno de los Programas o Programaciones que elaboren. Tanto en los productores, como en los programadores, la ordenación del poder editorial registra semejantes problemas a los ya referidos al ocuparnos de los sujetos emisores-programadores, como, por ejemplo, el engarce de las líneas editorial y profesional. Analizaremos todos estos problemas al examinar el derecho español.

Lo que distingue a los productores y programadores independientes es que el ejercicio de su libertad de programación depende de unos medios de emisión ajenos. Surge, así, el supuesto que consideramos más característicos de la libertad de programación: hacer emitir nuestros programas o Programaciones por otros sujetos. En el caso más habitual esta facultad será una obligación libremente contraída por el sujeto emisor en el marco de una relación mercantil. Pero, en la medida en que el pluralismo exija la constitución de reservas de tiempo de emisión en favor de productores y programadores independientes, no es descabellado pensar que existiera un proceso de selección objetivo, tanto más justificado si el sujeto emisor fuera público, e incluso en el caso de los operadores privados de sistemas de transmisión cerrados, cuando éstos operen en régimen de monopolio de hecho o de derecho en un determinado ámbito. Más todavía, en una situación de monopolio local, ya sea de un único emisor por ondas o de un exclusivo operador de cable, la libertad de programación justificaría que un programador independiente que elaborase una Programación especialmente relevante para ese ámbito reclamara el acceso a ese emisor u operador exclusivo. En otro caso estaríamos ante un verdadero supuesto de censura privada.

En síntesis, la libertad programación como libertad capacidad significa para productores y programadores independientes:

- Ejercer un poder editorial interno;
- Tener la facultad de contratar la emisión de sus programas y Programaciones con los emisores en condiciones de libre competencia;
- Tener acceso a un procedimiento de selección objetivo por parte de los emisores públicos para cubrir las cuotas reservadas a los sujetos independientes;
- Tener acceso a un procedimiento de selección objetivo por parte de emisores privados que disfruten un monopolio de hecho o de derecho en cualquier ámbito, a los efectos de la cobertura de las cuotas reservadas a estos sujetos;
- Acceder a la emisión en los supuestos de monopolio local, cuando un programador independiente oferte una Programación de especial relevancia para este ámbito.

Los derechos positivos europeos armonizados por las Directivas de la Televisión Sin Fronteras se han limitado a reservar cuotas a los productores independientes, sin avanzar en el resto de las facultades mencionadas, si hacemos excepción de las condiciones generales de libre competencia. La Ley 25/1994, de 12 de julio, que traspone

a nuestro Derecho la Directiva 89/552/CEE (modificada por la Ley 22/1999, que incorpora las modificaciones de la Directiva 97/36/CE) define en su art. 3 (g)[1363] al productor independiente en los siguientes términos:

> *"Productor independiente, aquella persona física o jurídica que no sea objeto de influencia dominante por parte de las entidades de radiodifusión televisiva por razones de propiedad, participación financiera o de las normas que le rigen."*

No se define, pues, al productor independiente por su actividad, sino por su relación con las entidades de radiodifusión (L. 25/1994) u operadores de televisión (de acuerdo con la Ley 22/1999, aquellas personas físicas o jurídicas que asumen la responsabilidad editorial de una Programación). Por tanto, ni los sujetos emisores-programadores, ni los programadores independientes podrán ejercer una influencia dominante sobre un productor para que ésta pueda ser considerado independiente. Y la Ley se encarga de precisar qué entiende por influencia dominante:

> *"Se entenderá que existe una influencia dominante, directa o indirecta, por razones de propiedad o participación financiera, cuando las entidades de televisión posean más del 50 por 100 del capital suscrito en la empresa productora, dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la misma, o puedan designar a más de la mitad de los órganos de administración o dirección."*

Como es tan frecuente en las normas anticoncentración esta definición de influencia dominante se centra en las relaciones de capital y en la posibilidad de elegir a los gestores. Pero existen otros supuestos de influencia más sutiles. El más habitual puede ser el de que un porcentaje mayoritario de la producción vaya a un solo programador; o, a la inversa, que un programador sólo se suministre, o lo haga casi exclusivamente, de un determinado productor. Sin mencionar la posibilidad de establecer pactos estratégicos, que restrinjan la libre competencia.

Los productores independientes tienen reservado el 10% del tiempo anual de emisión (art. 6), computable a los efectos del cumplimiento de la cuota de emisión de obras europeas, un 51% del tiempo anual de emisión. Aunque como regla general más del 50% de la cuota europea tiene que corresponder a obras en cualquiera de las lenguas española, no se establece este requisito para las obras de los productores independientes, de modo que todas las producciones independientes que cubran ese 10% del tiempo anual tienen que ser europeas, pero no necesariamente de expresión española. Sin duda se ha querido fomentar el pluralismo reservando una cuota de la Programación a estos productores independientes. Pero el sistema deja bastante que desear respecto a la garantía de independencia, no sólo por el modo de apreciar la influencia dominante, sino, sobre todo, porque esta dependencia podría darse respecto a un grupo multimedia europeo o extranjero que no tuviera la consideración de operador de televisión en España. En cuanto al porcentaje parece razonable y a buen seguro resulta cumplido y superado por todos los operadores españoles.

Más interés presenta para la libertad de programación el régimen de los programadores independientes, introducido por la Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por

[1363] Según la numeración tras la Ley 22/1999.

Cable[1364]. Puesto que el sistema establecido por esta ley es el de un duopolio de operadores de red a nivel local, un expediente lógico es encontrar una fórmula para que el pluralismo se exprese en los programas. Para ello se obliga a los operadores de cable a asignar al menos un 40% de su oferta audiovisual a los programadores independientes (art. 11.1d), lo que no deja de ser un porcentaje digno de tomar en cuenta.

La primera cuestión que se suscita es la misma definición y naturaleza de programador independiente. El art. 10 (2º párrafo) hace la siguiente declaración:

> *"... se entenderá por programadores independientes las personas físicas o jurídicas propietarias de programas audiovisuales o de datos distribuidos por el operador de cable que no sean objeto de influencia dominante de éste, directa o indirectamente, por razones de propiedad o participación financiera."*

El programador es el propietario -mejor hubiera sido decir el titular de los derechos sobre- de los programas o datos que se van a difundir. Esta definición encaja perfectamente con la figura del productor y, sin embargo, si se escoge la denominación de programador es porque no se piensa en el simple suministro de contenidos, de programas, sin mayor estructuración. Para Quadra-Salcedo[1365] el programador tiene que suministrar una Programación:

> *"Programador es el que ofrece une programación completa en un horario determinado más o menos extenso, pero que puede llegar a cubrir las veinticuatro horas diarias; el programador es así un organizador de emisiones, sean propias o ajenas en cuanto a su producción, con carácter de continuidad. El programador no puede pretender, por tanto, actuar ocasionalmente para emitir un día una emisión o una programación pero sin voluntad de una cierta continuidad. ... El programador independiente gestiona un auténtico 'canal' de televisión, aunque se trate de un canal que se transmite por cable y no por ondas hertzianas..."*

Y alega el autor para basar estas afirmaciones que el art. 38 del Reglamento del Cable (Real Decreto 2066/1996) establece que el cómputo de ese 40% reservado a los programadores independientes se efectuará sobre el número total de canales ofertados. Estamos completamente de acuerdo con estas observaciones. El programador suministra Programas o Programaciones compuestas de programas audiovisuales o incluso, como la Ley menciona expresamente, de datos, que como es lógico necesitarán de un formato ordenador. Por mi parte añadiría que el mismo art. 38 del Reglamento se refiere a "falta de disponibilidad de programación" o de suministro de programación (2. c), al tiempo que se exige que el operador facilite (nº 3) a los programadores una serie de datos como el

[1364] La Ley 42/1995 fue derogada por la Ley General de Telecomunicaciones, que, sin embargo, dejó en vigor lo dispuesto para el régimen de difusión de televisión y expresamente el art. 10, relativo a los programadores independientes. Sin embargo no se mencionan entre las disposiciones que se mantienen en vigor las letras c y d del ap. 1 del art. 11, que regulan las obligaciones del operador de cable respecto al programador independiente. Como sería una incongruencia dejar en vigor la definición de una figura ya sin ninguna virtualidad práctica y en cuanto entiendo que este régimen forma parte del de difusión de televisión, considero que las disposiciones del art. 11 respecto a los programadores independientes no han sido derogadas, aunque no se diga así expresamente. Tanto este artículo 11, como el 10 expresamente, dejado expresamente en vigor, tienen el carácter de normas básicas sobre medios de comunicación social, susceptibles de desarrollo por las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, de no aceptarse esta hipótesis, el régimen de los programadores independientes de la Ley 42/95 no dejaría de ser un modelo interesante.

[1365] Op. cit. p. 782.

número de abonados a cada canal o la posición en la estructura de servicios de difusión de "los canales de los programadores independientes".

Mejor hubiera sido si la Ley y el reglamento en vez de referirse a canales lo hubieran hecho a Programas o Programaciones. La distinción se ve clara si pensamos que en un sistema de cable varios de los canales podrían emitir el mismo Programa, o Programas muy semejantes con pequeñas variaciones[1366], pero que también es posible que un solo canal sea vector para varios Programas (Programación compartida).

En conclusión, programador independiente es el que suministra la Programación que cubre la totalidad o parte del tiempo de emisión de un canal. En un sistema de cable su operador puede explotar directamente un 60% de los canales, quedando el 40% reservado para programadores independientes. En los respectivos canales pueden difundirse uno o varios Programas, pero el cómputo ha de hacerse sobre los canales. Por otra parte, el operador de la red podrá contratar con productores que desee programas para los canales o Programas que explote directamente, sin que en nada interfiera a la reserva de canales hecha en favor de los programadores independientes.

Otra cuestión es la de qué se entiende por independiente. La independencia se refiere en la Ley al operador con el que se contrata, que no puede ejercer una influencia dominante sobre el programador y esa influencia dominante se mide de acuerdo con los mismos criterios de la Ley 25/94, con las insuficiencias ya comentadas. Pero lo más importante es que estos programadores pueden perfectamente ser dependientes de operadores de cable de otras demarcaciones distintas o incluso del segundo operador de la misma demarcación, que a su vez puede ser el dominante en la misma. Además, nada impide que operadores de televisión (las concesionarias de la televisión privada, los operadores de las plataformas digitales por satélite, o el nuevo operador digital terrestre que se anuncia) tengan una posición dominante sobre el programador, que al final únicamente será independiente del operador de cable con el que contrate... pero puede ser absolutamente dependiente de un grupo multimedia (por ejemplo, el constituido por Telefónica[1367]), con lo que el objetivo de aumentar el pluralismo quedaría frustrado.

Esta obligación de abrir la red a los programadores independientes pone de manifiesto la condición del operador como sujeto transmisor, *common carrier*, en la terminología anglosajona, esto es, transportistas de señales[1368]. En este sentido, aunque el sujeto transmisor participa en la relación jurídico informativa, no se puede decir que ejerza la libertad de programación, pues su objeto no es comunicar ideas, opiniones e informaciones, sino transportar señales, aportar una infraestructura para el ejercicio de los derechos por otros sujetos. El acceso a esta infraestructura debe ser transparente, pero en la medida en que seleccione los distintos Programas, el sujeto transmisor se convierte ya en emisor.

[1366] No es fácil determinar cuando dos conjuntos de programas constituyen Programaciones distintas. Lo son en el caso de Programaciones multiplexadas que repiten los mismos programas, pero en sucesiones temporales distintas.

[1367] Sobre la conversión de Telefónica en grupo multimedia, véase **Giordano, Eduardo, Zeller, Carlos**, *Políticas de televisión. La configuración del mercado audiovisual*, Icaria, Barcelona, 1999, pp. 106-109.

[1368] **Quadra-Salcedo, T.**, op. cit, p. 782.

Las relaciones entre operadores de la red y programadores independientes serán libremente pactadas (art. 10.2), pero los operadores no podrán discriminar a los programadores, y deberán facilitarles información sobre la gestión comercial relacionada con la oferta (art. 11.1 c). De entre las posibles modalidades de explotación, la que tiene más posibilidades de prosperar es aquella en la que el operador oferta a los abonados un paquete básico y otros adicionales, compuestos por los Programas de las entidades públicas y de las concesionarias de la televisión privada, los Programas directamente elaborados por el propio operador de la red y los Programas suministrados por programadores independientes. En cuanto que el operador explote su propias Programaciones tiene, además de la condición de transmisor, la de emisor-programador[1369] y se convierte en competidor del programador independiente y en competidor que, además, siempre tendrá una posición de dominio, pues el programador a lo sumo tendrá la posibilidad de contratar con dos operadores por demarcación. De aquí la necesidad de medidas que hagan efectiva la competencia, como las propuestas por Quadra-Salcedo[1370], partidario de que el operador mantenga contabilidades separadas e incluso unidades de negocio diferenciadas para cada una de sus actividades, así como sistemas para una medición independiente de la audiencia de los diferentes Programas[1371].

Muchos son los problemas que quedan al arbitrio del organismo regulador, la Comisión Nacional del Mercado de Telecomunicaciones. El cable es el paradigma de los sistemas de transmisión cerrados[1372]. Por diversas razones de política legislativa y del montante de las inversiones requeridas, el cable ha quedado rezagado frente a otro sistema de acceso condicional, las llamadas plataformas digitales por satélite, de posterior aparición, pero de más rápida implantación. Este sistema, a diferencia del cable, no es de base local, sino nacional. No es ésta la única diferencia. En el cable el operador es primariamente un sujeto transmisor, aunque podrá ser adicionalmente emisor (en cuanto que seleccione los Programas) y emisor-programador (si se responsabiliza de uno o varios Programas). En cambio, en estas plataformas digitales el sujeto transmisor es el titular del satélite, siendo el operador en todo caso sujeto emisor que selecciona los Programas y pudiendo ser (y de hecho lo son) emisores-programadores que difunden sus propios Programas.

La Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE sobre transmisión de señales de televisión, regula las relaciones entre

[1369] Aunque la **STC 31/1994** no se plantee el problema en estos términos, no cabe duda de que cuando considera que la falta de regulación de la televisión por cable supone no la limitación sino la *"prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación"* (FJ. 7º), la actividad a la que se refiere es a la del emisor-programador, que ha creado su propia red justamente para programar, y la ha creado precisamente porque no existía otra manera factible de programar en el ámbito local.

[1370] Op. cit., p. 800-809.

[1371] A este respecto el art. 7 b) de la Ley 17/1997, de 3 de mayo, que incorpora al Derecho Español la Directiva 95/47/CE sobre transmisión de señales, dispone que: *"Los sistemas de acceso condicional contarán con la capacidad técnica necesaria para trasladar, a un precio equitativo y razonable, el control en las cabeceras de la red por cable, a los operadores de televisión por cable en el ámbito local o regional, de manera que se permita a éstos la posibilidad de un control completo de los servicios que empleen dichos sistemas de acceso condicional".*

[1372] Nos remitimos al estudio realizado sobre los sistemas de transmisión, capítulo 2º, 3.8.

los operadores de los servicios de acceso condicional[1373] y los suministradores de contenidos. El principio general es el de apertura del sistema a los programadores independientes y a los emisores-programadores:

> *"Los operadores de los servicios de acceso condicional, con independencia del medio de transmisión, facilitarán a todos los programadores independientes y entidades de difusión en general, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, los medios técnicos que permitan que sus servicios de televisión digital sean captados por los televidentes autorizados mediante descodificadores gestionados por los operadores de servicios, con arreglo a las normas de la competencia, especialmente en los supuestos de posición dominante."*

Se mantiene un criterio semejante al de los sistemas de cable, al reservar el 40% de la capacidad de transmisión a los programadores independientes, siempre que la demanda de éstos sea suficiente y de calidad adecuada. Por capacidad de transmisión entiendo que debe interpretarse el número de canales disponibles. Cada canal podrá ser vector de un solo Programa que cubra las 24 horas o de varios en el sistema de programación compartida. Al igual que en el caso del cable el requisito de la demanda suficiente y de calidad adecuada no dejará de plantear problemas. La resolución de los conflictos que pudieran surgir entre operadores y programadores se remite a las resoluciones vinculantes de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones.

Como vemos, la tendencia es confiar las relaciones entre sujetos emisores y sujetos programadores al Derecho de la Competencia y a las decisiones de la autoridad reguladora. Por supuesto que un sistema de libre competencia debe ser el marco para estas relaciones. Pero ese ámbito se queda estrecho, porque no estamos ante actividades puramente comerciales. La reserva de canales a los programadores independientes es una apuesta por el pluralismo informativo, pero no es suficiente. Sin perjuicio de la conveniencia de un estatuto del programador independiente[1374], resultaría necesario un desarrollo legislativo de la libertad de programación, no tanto para regular con detalle las relaciones entre los distintos sujetos, que bien puede quedar en la mayoría de los aspectos a la autonomía de las partes y a la vigilancia de las normas de la competencia por el regulador del mercado, sino para establecer en qué supuestos la libertad de programación fundamenta el acceso de los programadores a los sistemas de emisión, regulando un procedimiento objetivo de selección (en el caso de sujetos públicos o de privados si éstos disfrutan de una situación de monopolio o posición dominante) e incluso el acceso en contra de la voluntad del sujeto emisor cuando éste disfrute de un monopolio local y el Programa ofertado presente una clara relevancia para ese ámbito. Estas regulaciones muy bien podrían caber en las competencias de desarrollo respecto a los medios de comunicación, que el art. 149.1.27 reconoce a las Comunidades Autónomas.

[1373] Según los término del art. 3.1 (*"Sistema de acceso condicional: los medios, dispositivos o procedimientos lógicos utilizados para seleccionar la entrada de determinadas señales destinadas a un receptor terminal. Servicio de acceso condicional: aquél que se presta mediante la utilización de un sistema de acceso condicional."*) un solo canal de pago puede calificarse de servicio de acceso condicional, aunque en realidad se está regulando sistemas con múltiples servicios de acceso condicional.

[1374] Así lo estima **Quadra-Salcedo, T.**, op. cit., pp. 793-794. Para el autor este estatuto debiera de establecer unos requisitos mínimos de solvencia económica que garantizasen la continuidad de la actividad y unas normas sobre responsabilidad.

3.3. De los profesionales

La consideración de los profesionales como titulares del derecho fundamental a la información es paradójica. Como ya estudiamos en el primer capítulo (5.2.3) existe una tendencia a considerar al profesional como sujeto preferente, incluso suplantando al sujeto universal, pero la protección privilegiada que ello conlleva se agota frente al Estado y se queda a las puertas de la empresa. El informador ejercería el derecho como intermediario del público, y en cuanto tal tendría un papel esencial en la formación libre de esa institución democrática que es la opinión pública. Pero en realidad, el profesional al ejercer tan importante papel carecería de libertad, porque el contenido de su acción, de su derecho, vendría determinado por las órdenes del empresario, al que está jerárquicamente subordinado en cuanto asalariado.

Sostenemos, por el contrario, que el profesional, el sujeto cualificado, ostenta un derecho propio que ejerce en la relación jurídica en la que intervienen el sujeto universal y el sujeto organizado, cada uno con su propio derecho y todos manifestación del mismo derecho fundamental. El conjunto de poderes que cada uno ejerce confluyen armónicamente o colisionan en la relación jurídico-informativa y, por tanto, requieren una ordenación para lograr esa confluencia armónica o la intervención de los tribunales para resolver los casos de colisión, pero siempre, en uno u otro supuesto, sin partir de la subordinación de las libertades de un sujeto sobre los de los demás.

Nos corresponde, ahora, deslindar la libertad de programación de los profesionales del poder editorial de los sujetos empresariales. Como ya apuntamos en capítulo 2º (3.5.2), el primer problema que se plantea es el de determinar de entre el cúmulo de profesionales que participan en la elaboración de los programas audiovisuales cuáles pueden considerarse sujetos de la libertad de programación. Programar -ver este mismo capítulo, 1.1.- es poner en forma los programas audiovisuales para su difusión. Es ésta una tarea compleja que exige muy variadas mediaciones técnicas. Todas son necesarias y sin ellas no existirían ni programas ni Programaciones. Pero no todas suponen poner en forma de imágenes y sonidos las ideas, opiniones, informaciones y sensaciones. Unas mediaciones, unos profesionales, buscan, seleccionan, dan forma a los mensajes audiovisuales, los ordenan y estructuran... Otras mediaciones, otros profesionales, realizan un tratamiento puramente mecánico y repetitivo de esos programas. En otras palabras, unas tareas implican creatividad y otras no. La distinción, aparentemente nítida, puede extenderse en una casuística variable de unos entornos empresariales a otros[1375]. El criterio último es el determinar si el profesional en cuestión ejerce alguna influencia sobre cada uno de los pasos que comporta la labor de programar, de manera que su aportación, eligiendo entre distintas alternativas, suponga un efecto transformador sobre el producto final. Y, así, sin hacer referencia a figuras laborales concretas, podemos afirmar que quienes investigan los hechos, elaboran los textos, captan las imágenes, las escogen y editan para dar forma a los programas, orientan y supervisan éstos, los estructuran en la

[1375] Así, en la propuesta de Estatuto de Redacción de TVE y RNE, elaborada en 1997 por una Coordinadora de trabajadores para su negociación con la Dirección de RTVE, se define la figura del informador audiovisual como *"aquellos profesionales del periodismo, la imagen o el sonido, que obtienen y/o elaboran la información audiovisual difundida por RNE y TVE"*. Pero a continuación se siente en la necesidad de enumerar una serie de categorías laborales, que a los efectos del Estatuto, tendrán consideración de informador audiovisual.

Programación (elaboran la *"parrilla"*)... todos ellos, son titulares de la libertad de programación.

De este modo, al delimitar los varios sujetos profesionales, prácticamente ya hemos determinado las facultades que para ellos conlleva la libertad de programación:

- Orientar los programas
- Elaborar los programas
- Supervisar los programas
- Elaborar la Programación

La orientación de los programas es una facultad plenamente profesional, pero que engarza con los poderes editoriales de determinar los principios programáticos y orientar en términos generales la Programación: el profesional orienta los programas concretos de acuerdo con los principios generales establecidos por el sujeto empresarial y conforme a la delegación recibida de éste. Es lógico que el sujeto empresarial delegue la responsabilidad de la orientación y la organización del trabajo de producción y realización en profesionales de su especial confianza, sin que ello excluya que, mediante un proceso de participación, estos responsables no puedan contar también con la confianza del resto de los profesionales.

Elaborar los programas supone producirlos y realizarlos. La producción consiste en la disposición de los medios materiales a la consecución de la realización de los programas. Obviamente, es el sujeto empresarial el que, asumiendo un riesgo económico, lleva a cabo la afectación de estos medios, que pone a disposición de los profesionales. Corresponde a los profesionales el eficaz uso de estos medios para la realización de los programas. Pero el sujeto empresarial suele desear ejercer un control muy estricto sobre el uso de los medios y confía la responsabilidad de su administración a profesionales que nada tienen que ver los contenidos. Surge, así, una dualidad editorial. Los profesionales, en el marco de los principios programáticos y de la orientación general de la Programación, elaboran los contenidos conforme a las indicaciones editoriales concretas de profesionales de confianza del empresario; pero este esquema, en el que las facultades del sujeto empresarial y los profesionales se encuentran relativamente bien delimitadas, se rompe por la interferencia de los administradores de los medios, más atentos a la rentabilidad económica que a criterios editoriales. Por esta vía, el sujeto empresarial puede anular o cuando menos condicionar la facultad profesional de realizar libremente los programas, y ello sin necesidad de actuar sobre los principios ni de impartir indicaciones concretas contrarias a la independencia profesional.

La libertad-capacidad de los profesionales requiere no ya sólo el presupuesto de una autonomía frente a los poderes externos, políticos y económicos, sino, sobre todo, que se respete su órbita propia de poder por el sujeto empresarial. En este sentido, su libertad de programación es **independencia profesional**, que caracterizamos como uno de los derechos del sujeto cualificado (capítulo 2º, 3.5.2)[1376]. Se trata de un proceso dialéctico, en

[1376] El derecho a la independencia profesional encuentra su reconocimiento a nivel constitucional en Colombia y de manera menos explícita en Paraguay. Art. 73 de la **Constitución de Colombia** de 4 de julio de 1991: *"La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional"* . **Constitución de Paraguay** 20 junio de

el que cada día el profesional, al ejercer sus facultades, tiene que ganar su independencia, su autonomía frente al poder editorial.

Diversos son los tipos de profesionales que elaboran o cooperan en programas y Programaciones. Tomaremos como modelo el periodista, en cuanto que se trata del profesional que más ha luchado por lograr un estatuto de independencia profesional. Consideraremos válidas las reflexiones que siguen para otros grupos profesionales, en la medida en que su labor suponga una transformación creativa de los sonidos e imágenes, con las lógicas diferencias. Por ejemplo, la institución del secreto profesional no podría ser invocada por un creador musical, cuya tarea no consiste en investigar o recoger información.

Podemos distinguir entre unas garantías generales de independencia, unas garantías frente a los poderes externos y unas garantías frente al sujeto empresarial.

Las garantías generales de independencia suponen un determinado estatuto profesional. Ya apuntamos en el capítulo 1º (5.2.3) la polémica en torno al estatuto profesional. A ello nos remitimos para afirmar que el requisito de un determinado grado de formación para el ejercicio profesional no supone ninguna traba o cortapisa a las libertades de expresión e información. Más dudoso resultaría una colegiación obligatoria, aunque ésta se haya declarado compatible con la libertad asociativa por el Tribunal Constitucional[1377]. Pero lo que nadie puede negar es que la formación adecuada y la posibilidad de colegiación, asociación o sindicación son bases generales para la independencia de los profesionales.

Entre todos los profesionales, los periodistas están a caballo entre los profesionales liberales y los trabajadores asalariados. En la relación (civil o laboral) que establecen con el empresario la prestación es la obra de su creatividad[1378]; pero, sin embargo, o bien se encuentran en la dependencia característica del trabajador asalariado o cuando se produce una contratación de servicios no existe la relativa equivalencia de situaciones que

1992 ,Art. 29: *"De la libertad de ejercicio del periodismo. El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa. Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar en contra de los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información. El periodista columnista tiene derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabaje. La dirección podrá dejar a salvo su responsabilidad haciendo constar su disenso. Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme a la ley".*

[1377] **STC89/1989, SC 31/1989, STC 35/1993**. Véase nota 382.

[1378] En esta idea basa **Desantes, J. M.**, *La formación del informador*, op. cit., p. 75., su caracterización del periodismo como una profesión liberal: *"...el informador contrata su esfuerzo intelectual, no su independencia o libertad. Su sueldo no tiene carácter de 'merces', que le convertiría en mercenario, sino de 'honorum' que equivale al honorario: lo que se da por honor cuando la contraprestación es meramente convencional por invalorable en dinero, dado su carácter intelectual. La formación superior la requiere la excelencia del servicio que, como profesional, presta a una sociedad que se ha esforzado previamente en que se forme. La Unión Internacional de Abogados ha destacado el paralelismo de las dos profesiones en estos términos: 'Los abogados y los periodistas son dos contrapoderes necesarios en la democracia para la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana'. Conviene añadir que la independencia se obtiene por la formación y se defiende mediante la colegiación o asociación profesional, según los países. Es curioso, pero no puede extrañar, que las dictaduras políticas o económicas son las que quitan, o intentan quitar, el carácter de obligatoria a la colegiación profesional. O, donde la colegiación no existe, emplean toda su energía para que no se consolide."*

caracteriza, al menos teóricamente, la relación de otros profesionales libres (por ejemplo, abogados) con sus clientes. Es más, cada vez resulta más frecuente que la prestación se efectúe en el marco de una relación de servicios en la que el profesional (*colaborador, pigiste, free-lance, stringer*) se encuentra absolutamente desprotegido frente a la prepotencia de los grandes grupos multimedia. En este contexto establecer como requisito previo al ejercicio no ya sólo una determinada formación académica, sino también la colegiación obligatoria puede ser poco realista, porque las empresas buscarán encajar estas prestaciones en otras figuras o denominaciones profesionales que carezcan de tales requisitos. Igualmente, para los profesionales asalariados puede resultar más atractiva en cuanto que trabajadores la sindicación que la colegiación, aunque unas y otras formas de libre asociación no son incompatibles. Lo importante es que unas u otras organizaciones asuman la defensa de la independencia profesional y establezcan sistemas de autocontrol, que al contrastar las conductas profesionales con normas deontológicas no sólo ofrecen a la sociedad un ejercicio responsable, sino que protegen a los profesionales frente a intromisiones empresariales o externas que pretendieran imponerles conductas contrarias a esas normas.

Y en fin, puesto que el fruto de su creación se incorpora a una obra audiovisual, resulta básico el reconocimiento de sus derechos de autor.

Sintetizando estas ideas, podemos establecer los siguientes elementos como **garantía generales de la independencia profesional**:

- Formación académica adecuada
- Libertad de asociación, colegiación y sindicación
- Asociaciones profesionales (bajo la forma de colegios, asociaciones o sindicatos) fuertes
- Sistemas de autocontrol profesional
- Eficaz reconocimiento de los derechos de autor

Como **garantía específica frente al poder político** aparece el derecho-deber al **secreto profesional**. Deber respecto a los informantes y, en general, ante la sociedad. Derecho, justamente, frente a las autoridades públicas; de manera indudable e incondicional cuando sean los representantes del poder ejecutivo quienes requieran la identificación de las fuentes reservados o datos de las informaciones recibidas en confidencia; con excepciones dentro de un proceso judicial, cuando así pueda requerirlo la garantía de la vida o la seguridad de las personas[1379]. Desde luego que también existe el peligro de que el sujeto empresarial requiera al profesional para que rompa el secreto, pero tal conducta es claramente ilegítima y el empresario carece de potestad para ello - aunque cuente con sobrados medios de presión. En cambio, consideramos a esta garantía como específica respecto a los poderes públicos en cuanto que estos tienen *prima facie* la potestad de investigar e inquirir en la persecución de los delitos, infracciones

[1379] La doble dimensión derecho-deber se puso de manifiesto por el Consejo de Europa en su documento B (73), de 18 de octubre de 1973 (citado por **Desantes Guanter, José María**, *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976): *"Derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información a su empleador, a los terceros o a las autoridades públicas o judiciales"; "Deber del periodista de no revelar públicamente las fuentes de las informaciones recibidas en confidencia".*

administrativas y tributarias y justamente esta potestad se ve limitada por el derecho del profesional. Nótese que el secreto profesional, además de garantía personal de independencia para el informador, presenta una clara dimensión institucional, que no es otra que maximizar el flujo informativo, protegiendo las fuentes[1380].

La manifestación más típica de la independencia profesional es la **autonomía frente al empresario**. En este sentido, la independencia profesional no es otra cosa que la delimitación entre el poder editorial y la capacidad de programar de los profesionales y el mutuo respeto de los respectivos ámbitos de poder. Desde un punto de vista doctrinal hemos ya intentado realizar esa delimitación, pero hemos de reconocer que el poder editorial se impone por el desequilibrio existente en la relación jurídico-informativa entre ambas partes. La intrusión empresarial en la esfera profesional puede efectuarse invocando, normalmente en el contexto de un contencioso jurídico, los poderes de dirección o, más frecuentemente, de un modo mucho más callado y diario, mediante el ejercicio ordinario de esos poderes de dirección y el juego de premios y castigos profesionales.

Desde principios de siglo en el mundo anglosajón existe una cultura profesional de identificación con la imparcialidad, que a partir de 1945 se extiende a la Europa continental. El periodista deja de ser el comprometido defensor de una causa y se pretende, en cambio, desapasionado testigo de la realidad cuyos trabajos son el compromiso entre las diversas posiciones partidistas[1381]. Los sujetos empresariales se postulan como garantes de esa imparcialidad y pueden incluso hacer gala de respetar la autonomía profesional como seña de identidad. Formalmente, los propietarios de los grandes grupos sólo están interesados en los beneficios. El caso más paradigmático es el de Murdoch, que se dice defensor de la independencia editorial. Uno de los métodos preferidos del magnate para imponer sus puntos de vista a las redacciones prestigiosas es enfrentar a unos periodistas con otros y humillar a los que no se pliegan a sus deseos. Como advierten Curran y Seaton los conflictos son, sin embargo raros:

> *"Editores y periodistas han trabajado generalmente en el marco de un implícito entendimiento que hace innecesaria una enérgica intervención personal de los propietarios. Los propietarios han tenido generalmente la palabra decisiva en los nombramientos más importantes. Sus editores tienen generalmente contratos a corto plazo y saben bien lo que se espera de ellos. Normalmente han tenido sólo una limitada libertad de acción, constreñida por directrices editoriales, reservas presupuestarias y la tradición de su periódico."*

Es imposible establecer garantías expresas frente a esa confusión de esferas, si no son las de los códigos deontológicos y el derecho a la participación de los profesionales. Las normas deontológicas orientan a los profesionales y ofrecen un modelo de conducta que sirve para delimitar qué exigencias del empresario pueden ser o no admisibles. En

[1380] Como bien señala **Laporta, Francisco J.** , op. cit., p. 81, ésta es una diferencial sustancial con el secreto reconocido a otros profesionales: *"... el fundamento del secreto del médico o el abogado es que hay cosas que no deben saberse, mientras que el fundamento del secreto profesional del periodista es justamente el contrario: no hay cosas que no deban saberse, y para tratar de que eso sea así, se tiene derecho de no revelar las fuentes".* No obstante, entiendo que existe un fundamento común: la confianza que la sociedad requiere de las relaciones con estos profesionales.

[1381] **Curran y Seaton**, op. cit., p. 145.

cuanto al derecho a la participación, nos parece la institución más eficaz para lograr que el poder editorial no anule la libertad capacidad de los profesionales.

Analizaremos, para terminar, la colisión expresa entre las facultades de los sujetos empresariales y profesionales.

Puesto que en el deslinde de esferas de poder se parte de que la definición de los principios programáticos corresponde al sujeto empresarial, los profesionales han de acomodarse a los mismos. Esta acomodación puede ser más sencilla en las empresas públicas que tienen dentro de su definición estatutaria la neutralidad ideológica. En el resto supone compartir de algún modo los valores del sujeto empresarial. Se da, así, una cierta identificación entre ambos sujetos, que puede romperse en el caso de cambio de titularidad del sujeto empresarial. La institución de la **cláusula de conciencia** viene, entonces, a prevenir el conflicto antes de que se plantee en el seno de la Redacción. Como ya se dijo (capítulo 1º, 5.6) se trata de una institución que sirve al pluralismo externo (en cuanto que conforma equipos profesionales homogéneos) y a la independencia de los informadores. La cláusula de conciencia es, desde el punto de vista profesional, un derecho de protección frente al ejercicio legítimo del derecho del empresario. Si se admitiera la cláusula de conciencia como el único remedio frente al ejercicio abusivo de las facultades del empresario estaríamos desequilibrando la relación jurídico-informativa en favor de éste. Otros son los recursos frente este abuso, aunque la ley española (L.0. 2/1997, art. 3) aproveche la regulación de la cláusula de conciencia para permitir a los informadores negarse a cumplir órdenes que impliquen la violación de principios deontológicos[1382].

La colisión propiamente dicha se produce cuando ambos sujetos invocan un derecho legítimo. Y el caso más arquetípico es el del choque entre los principios programáticos y la libertad de expresión del informador. El profesional debe respetar estos principios como parte del conjunto de obligaciones asumidas en su contrato de trabajo o de servicios. Pero el grado de obligatoriedad no puede ser el mismo si estos principios son expresos, conocidos de todos e incorporados formalmente al contrato, que si se trata de unos principios tácitos y, por tanto, susceptibles de una mayor interpretación por ambas partes e incluso con la posibilidad de ser alegada ignorancia de alguno en concreto por parte del profesional. Además éste puede excepcionar, sin necesidad de declaración formal, aquellos principios contrarios a los principios y valores constitucionales. Un sujeto empresarial puede asumir principios programáticos que no estén en sintonía con los valores de la Constitución, pero no puede obligar a ningún profesional a una defensa expresa de los mismos, siempre que en el conjunto de sus prestaciones el profesional se acomode a lo pactado. Posiblemente este conflicto encuentre su solución más justa en la aplicación de la cláusula de conciencia, aunque no haya existido cambio alguno en el sujeto empresarial.

[1382] Como bien precisa **Baz, J.**, op. cit., p. 734, *"... carecerían de protección constitucional aquellas conductas del empresario tendentes a forzar al profesional a la realización de tareas informativas o de redacción de noticias concretas en un sentido abierta o manifiestamente irrespetuoso con las más elementales exigencias de la veracidad. No son tales, a mi juicio las situaciones en la cuales se hace necesario, para nuestra Constitución, la configuración a nivel legal de mecanismos que articulen la coexistencia de intereses legítimos en conflicto, puesto que lo que existe ahí es una extralimitación en su derecho por una de las partes. ....".*

El conflicto tendrá tratamiento distinto si se produce en el seno de la empresa o ajeno a la misma. El profesional puede ejercer su libertad de expresión y su libertad de información como individuo por otros medios ajenos a la empresa, aunque vulnere con ello los principios programáticos. A este respecto cabe citar nuestra jurisprudencia constitucional sobre los despidos con causa ideológica en relación a los conflictos de los profesores con el ideario del centro, que tanto similitudes guarda con los principios programáticos[1383]. Aunque la libertad del profesor no le faculta para dirigir ataques abiertos o solapados contra este ideario (**STC 5/1981**, FJ. 10º), la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario no puede ser causa de despido si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del Centro (**STC 47/1985**, FJ. 3º). Esto es, el disenso expresado fuera del ámbito puramente escolar no atenta al respeto debido al ideario. Del mismo modo el profesional -y más justificadamente, pues no ejerce ninguna función de referencia, al contrario que el docente respecto a sus alumnos- puede en cuanto que ciudadano e incluso como profesional (si no está atado por alguna relación de exclusividad) expresarse o informar en términos contrarios a los principios programáticos de la empresa programadora o productora por medios ajenos a ésta[1384].

El conflicto más difícil es el que se presenta en el seno de la propia empresa. No existe tal conflicto cuando el empresario o sus delegados editoriales exigen una obediencia técnica sobre el modo de elaborar las informaciones (por ejemplo, correcciones de estilo, sometimiento a condicionamientos formales, técnicos o económicos), siempre que no suponga un trato personal degradante. Eliminados también los supuestos de extralimitación (por ejemplo, si pretende alterar la verdad de los hechos en una información) quedan los verdaderos casos de colisión: cuando sujetos profesionales y empresariales invocan una misma libertad de programación para dar sentido distinto a programas y Programaciones. El criterio para resolverlo es delimitar las respectivas esferas: si los principios programáticos y las orientaciones generales se respetan, los criterios de producción y realización corresponden a los profesionales.

La colisión entre ambas esferas puede manifestarse externamente como conflicto laboral. Entonces el empresario invoca su libertad de empresa y el poder de dirección y sancionador que le confiere el Derecho Laboral para despedir al profesional que no se acomoda a sus criterios. Sin embargo, no puede olvidarse que la relación laboral es soporte de la relación informativa y, en consecuencia, la dependencia propia de la relación laboral debe reinterpretarse de modo que los derechos fundamentales en juego no sufran. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional:

[1383] La más importante diferencia es que el ideario ha encontrado acogida legal en nuestro Derecho y por tanto su invocación tiene un fundamento expreso. En cuanto a su naturaleza, el ideario del centro se encuentra más limitado, pues, en cuanto la libertad de enseñanza está en función del derecho a la educación, no puede ir contra los valores de la Constitución; en cambio, los principios programáticos pueden no compartir los principios constitucionales, con tal de que en su concreción en programas y Programación se respeten los límites externos que vienen dados por el Derecho Penal.

[1384] Para **Derieux, E.**, op. cit. p. 338, la libertad de expresión de los periodistas queda estrechamente limitada por cláusulas como la incluida en la francesa *Convention Collective de travail des journalistes* (primera versión de 1 de noviembre de 1976, sujeta a sucesivas revisiones), cuyo art. 3 reconoce a los periodistas la libertad de *"tener su propia opinión"*, aunque *"la expresión pública de esta opinión en ningún caso puede comportar atentado contra los interese de la empresa en que trabaja".*

> *"Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 .... legitima que el que quienes prestan sus servicios en aquéllas, por encontrarse bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de 'feudalismo industrial' repugnan al Estado social y democrático de derecho"* (**STC 88/1985**, FJ 2°).

La obligaciones laborales modulan el derecho irrenunciable a la libertad de programación, que conforme reiterada jurisprudencia y del Tribunal Constitucional (entre otras **SSTC 120/1983, 88/1985 y 6/1988**) deben de ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe y lealtad, excluyendo el abuso de confianza. Pero incluso esa debida lealtad puede suponer la revelación de datos internos, sin previa notificación al empresario, cuando, como era el supuesto de la **STC 6/1988**, la información o denuncia tenga una relevancia pública.

Llegados a este punto, podemos afirmar que el poder de programar de los profesionales requiere unas garantías generales en forma de estatuto propio, garantías específicas frente a los poderes públicos y una delimitación de esferas en el ámbito de las empresas productoras y programadoras, que podría ser resuelta en un estatuto general de las empresas audiovisuales.

3.4. Del sujeto universal. El derecho de acceso

Titular del derecho a la información y titular de la libertad de programación es todo hombre, no sólo los sujetos organizados y cualificados. Como en el caso de los programadores independientes y de los profesionales, los miembros del público requerirán del uso de medios ajenos para programar, pero a diferencia de lo que ocurre con los sujetos mencionados su ejercicio no significará una organización empresarial ni una cualificación profesional y, además, tendrá un carácter más ocasional. Por eso hablamos de derecho de acceso a la Programación. Ese todo coherente que es la Programación se abre a individuos o grupos que, en determinados supuestos, pueden mediante ella expresarse o informar. La Programación pierde unidad, pero gana variedad al servicio de la sociedad.

Como todo derecho, el derecho de acceso tiene una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva. Subjetivamente, como manifestación capacidad de la libertad de programación, supone intervenir en los programas y producir los propios programas para integrarlos en Programaciones ajenas. De este modo, objetivamente, la institución de la democracia se ve reforzada: sobradamente se ha expuesto el papel de los medios en la libre conformación de la opinión pública, pero se ha olvidado la importancia que para una democracia más auténtica puede tener la emisión por los medios audiovisuales de ideas, opiniones e informaciones directamente difundidos por las personas y los grupos que los profesan, sin más intermediarios. También subjetivamente tiene una dimensión participación en la orientación de la Programación, sirviendo, entonces, objetivamente, a la democratización de los medios. De forma que ejerciendo el derecho de acceso, los ciudadanos colaboran al pluralismo interno y externo y sirven a la democracia.

El término derecho de acceso tiene una variedad de usos, lo que requiere una delimitación más precisa. Se habla genéricamente de derecho de acceso a la información y a la cultura, en el sentido de lo que aquí hemos denominado libertad de recepción. Derecho de acceso se hace igualmente sinónimo de derecho de antena (por ejemplo, en el art. 40 de la Constitución portuguesa), con el significado de atribuir tiempos de emisión a los grupos políticos y sociales representativos. Lo encontramos también utilizado -y de hecho así lo hemos empleado alguna vez en este trabajo- como acceso a la información oficial, en el sentido de la norteamericana *Information Act*, o el acceso de los informadores a los propios tribunales de justicia. Más específicamente, para el Tribunal Constitucional una de las funciones del servicio público es permitir *"el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa..."* [1385]. En el Derecho de las Telecomunicaciones no es extraño referirse al derecho de acceso de los distintos operadores en condiciones de transparencia y no discriminación a las redes de transmisión.

Otra acepción es la que sirve para designar el derecho de los ciudadanos a constituir formas de comunicación alternativa o *medios comunitarios.* A finales de los setenta y comienzos de los ochenta se desarrolló una corriente entre los medios de izquierdas europeos y norteamericanos que proponía romper el monolitismo de los medios de comunicación electrónicos y desarrollar experiencias alternativas. En la Europa continental aparecerán las *radios verdes y libres*, algunas de las cuales terminarán por convertirse en empresas comerciales, pero en el mundo anglosajón este movimiento llevó a la creación de radios o canales comunitarios o al replanteamiento de los servicios públicos con criterios *identitarios*[1386]. Frances J. Berrigan recopiló para la UNESCO las experiencias comunitarias[1387], con especial atención a las primeras utilizaciones del cable. Berrigan[1388] subrayaba que, puesto que los medios electrónicos tradicionales carecen de posibilidades de respuesta y participación, son los grupos minoritarios organizados los que reclaman u organizan alguna forma de acceso. El alcance de este acceso era muy distinto en los casos estudiados, clasificados en las siguientes formas:

A) Acceso a la orientación: a) participación en la tarea de programar; b) acceso a tiempos de emisión; c) el acceso al poder de los medios (para influir, para exponer una causa); d) el acceso al público.

B) Acceso a la selección: a) acceso a la información; b) acceso a la educación; c) el acceso a la programación; d) la posibilidad de elegir el contenido de los programas.

[1385] **STC 127/1994**, FJ 6°

[1386] El intento más notable en esta dirección fue el **Informe Annan** (*Report of the Commitee on the future of Broadcasting*, HMSO, Londres, 1977), que proponía reflejar en distintos programas las diversas identidades que conviven en el Reino Unido, abandonando el viejo concepto de una programación que fuera expresión de la nación toda. De todas sus propuestas concretas, la única que llegó a concretarse fue la creación de *Channel Four*, que responde a estos criterios.

[1387] **Berrigan, Frances J. (edi.)**, *L'accès à la communication. Quelques modèles occidentaux de media communautaires*, UNESCO, Paris, 1977.

[1388] Op. cit., pp. 18-19

C) Acceso a la producción: a) acceso a los instrumentos de los medios, derecho a participar en la elaboración de los programas; b) el acceso a las organizaciones de radio y tv.; c) el acceso a las técnicas utilizadas por los medios.

D) El acceso como respuesta o reacción.

Aquí nos circunscribimos a aquellos supuestos en los que la Programación se abre al sujeto universal para que éste pueda incorporar algunos mensajes audiovisuales a la misma, remitiendo los temas de participación a la siguiente sección de este capítulo.

Este acceso a la Programación es manifestación de la dimensión capacidad de la libertad de programación, pero además puede invocarse como fundamento específico del mismo la promoción del pluralismo interno, del pluralismo de los mensajes: la Programación se enriquecerá con voces alternativas y con mensajes que no responden a los criterios empresariales-profesionales comunes a todos los medios. El derecho de acceso introduce, además, un principio de igualdad de oportunidades: puesto que los medios audiovisuales, regidos por la ley de las mayorías, reflejan básicamente los puntos de vista de lo que en inglés se llama el *establecimiento* (*"stablishment"*), el derecho de acceso introduce un punto de equilibrio en favor de las minorías[1389]. Puede invocarse también la doctrina del foro público, que ya desarrollamos en este capítulo (3.1) como fundamentación general de la libertad de programación. En definitiva, esta ampliación de las voces y los mensajes resulta esencial para la pervivencia de lo que con Laporta podemos llamar la *democracia deliberante*[1390].

Esta última fundamentación apunta a la importancia institucional del derecho de acceso. Para Bastida[1391] el derecho de acceso no es un derecho subjetivo, sino una garantía institucional destinada a favorecer el pluralismo, dadas las limitaciones técnicas y económicas que pesan sobre el pluralismo externo. Para este autor, la Constitución no reconoce el derecho individual de acceso a los medios de información gestionados por particulares y el legislador no lo puede crear, so pena de vulnerar el derecho fundamental del titular del medio. Por el contrario, considera legítimo que el legislador imponga medidas en la línea de la *Fairness doctrine* (programación básica plural, susceptible de implicar un tiempo mínimo de acceso de grupos sociales o políticos significativos). *"De este modo* - dice Bastida- *se potencia el lado activo (institucional) de la información, pluralidad de fuentes informativas, y, de forma refleja, se protege la garantía institucional del derecho a*

[1389] **Barendt, E.**, *Freedom of speech*, op. cit. , p. 83

[1390] Para este autor, op. cit., p. 89, *"debemos abrirnos a las fuentes de la sociedad, fomentar las plataformas sociales de transmisión de mensajes, estimular incluso la creación de 'organizaciones de consumidores y usuarios' de la información que velen por la calidad del producto y sean capaces de transmitir reclamaciones, matizaciones, quejas legítimas y voces que merezca la pena oír. La función de la información es dotar de materia prima a la discusión racional de una sociedad moderna. Privarla de datos relevantes es una forma subliminal de autoritarismo más propia de sus enemigos que de quienes dicen estar al servicio de ella".*

[1391] *La libertad de antena*, op. cit., p. 279.

ser informado, a contar con más fuentes informativas capaces de suministrar información" [1392].

Que nuestra Constitución sólo establezca expresamente el acceso de los grupos representativos a los medios públicos significa que el constituyente quiso que este fuera un elemento institucional de los mismos. Pero nada impide llevar a sus últimas consecuencias los enunciados constitucionales. Para que la libertad de expresión e información que la Constitución proclama como principios puedan invocarse como derechos subjetivos -o mejor reclamar al legislador su reconocimiento como derechos subjetivos- es necesario que se den unos supuestos de hecho en los que sea posible armonizar las facultades de todos los sujetos que participan en la relación jurídico-informativa. Si además del ejercicio de tales facultades resulta un beneficio institucional, razón de más para el reconocimiento legislativo. En consecuencia, considero que esta manifestación de la dimensión capacidad de la libertad de programación constituye un verdadero derecho subjetivo en los casos de respuesta, acceso de los grupos representativos y acceso de las candidaturas electorales. En cambio, las solicitudes de acceso de ciudadanos o grupos carentes de representatividad pueden ser tratadas como simples pretensiones legítimas.

Los detractores de cualquier forma de derecho de acceso a los medios privados lo consideran una injerencia ilegítima equiparable a la censura. Así lo entendió el Tribunal Supremo norteamericano en el famoso *caso Tornillo* (1974)[1393], mientras que en el terreno internacional tanto la Convención de Rectificación (1952) como la Resolución (74) 26 del Consejo de Europa sobre el Derecho de Respuesta excluyen expresamente que tales facultades puedan comportar censura[1394]. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos tiene declarado que, si bien el art. 10 del Convenio Europeo no puede interpretarse en el sentido de cualquier particular tenga un ilimitado derecho de antena o de acceso a cualquier medio, son, sin embargo, legítimas las obligaciones de acceso que el Estado imponga a los sujetos autorizados a desarrollar emisiones de radio o televisión[1395]. Por nuestra parte consideramos que las distintas modalidades del derecho de acceso no suponen injerencia en la independencia editorial del sujeto emisor o programador. La referencia a un sujeto (en el caso del derecho de contestación) o el carácter representativo (delimitado claramente) del grupo o la condición de candidato cualifican a estos sujetos de modo que su participación activa en la relación jurídico-informativa aunque pueda suponer una carga para los emisores o programadores no menoscaba de modo sustancial su autonomía o independencia. Y esto sin necesidad de que exista una limitación sustancial del número de canales, limitación a la que en muchos casos se ha recurrido para fundamentar medidas de acceso[1396]; cada canal tiene su propia audiencia y el acceso se

[1392] También se muestra contrario a que pueda considerarse el acceso una contrapartida para obtener subvenciones por los medios. En la obra citada (p. 276) niega el paralelismo con los centros de enseñanza, porque para ellos la Constitución establece un régimen específico.

[1393] Para **Barendt, E.**, *Freedom of speech*, op. cit., p. 100, la opinión mayoritaria del Tribunal interpreta la libertad de prensa más como un derecho de propiedad que con una libertad vinculada a la libertad de expresión.

[1394] Véase **González Ballesteros, T.**, *El derecho de réplica y rectificación en prensa, radio y televisión*, Reus, Madrid, 1981, capítulo III y los textos correspondientes (anexo A y B de este capítulo).

[1395] Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 225.

[1396] Por ejemplo, en el *caso Red Lion* (1969). Véase **Barendt, E.**, *Freedom of Speech*, op. cit., pp. 103-104.

busca, justamente, para hacer llegar a ese segmento del público determinados mensajes audiovisuales[1397].

3.4.1. Réplica, rectificación, contestación

El primer problema que plantea este derecho es el terminológico. En sentido propio y en sentido procesal replicar es *"instar o argüir contra la respuesta o argumento"* [1398]. Rectificar, en cambio, es en su primera acepción *"reducir una cosa a la exactitud que debe tener"* y sus sucesivas acepciones apuntan siempre a ese combatir lo que se considera erróneo o inexacto. Y en fin, contestar no es sólo responder a lo que se pregunta, sino también replicar o impugnar. No cabe duda que el sentido de rectificar es mucho más estricto que el de replicar o contestar. De este modo, es acertada la denominación de derecho de rectificación utilizada por la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, en cuanto que a lo que se responde es a hechos que se consideran inexactos, mientras que es inapropiada la denominación de derecho de réplica empleada en el capítulo VI (art. 23) de la Directiva 89/552/CEE[1399], en cuanto que el objeto de la respuesta son exclusivamente las informaciones incorrectas.

En la doctrina se distinguen dos grandes tendencias en cuanto al fundamento y naturaleza jurídica de estos derechos[1400]. Por un lado están en los que ponen el acento en la reparación del daño a los derechos (especialmente el derecho al honor) o intereses legítimos del que responde. Por otro, los que consideran que de lo que se trata es de restaurar la verdad o exactitud en beneficio del derecho a recibir información. Las dos posiciones tienen diversas variantes y no son pocos los autores que participan de ambas; una de las más importantes es la que considera a la rectificación un remedio preventivo para -dada la inmediatez de la respuesta- impedir que la lesión a los derechos personales alcance mayor entidad. La primera posición tiene un tono más subjetivo relacionado con los derechos de la personalidad. La segunda es más institucional, aunque su referencia es la libertad de recepción del público.

En nuestro Derecho, superada la idea totalitaria de que el Estado es el único que puede rectificar la exactitud de los hechos, pues se considera el poseedor de la *verdad oficial*[1401], el derecho de rectificación consagrado en la Ley Orgánica 2/1984 responde a una síntesis de ambas corrientes. Conforme su art. 1, los supuestos de hecho para su ejercicio son tres: uno objetivo y dos subjetivos. El objetivo es el haber sido aludido en un

---

[1397] **Barendt, E.**, ibídem, p. 101, sostiene que dada la pluralidad de medios este derecho no tendría sentido en la prensa, aunque admite que la teoría del foro público puede ser fundamento para admitirlo en la radio y la televisión. Por mi parte insistiría en que el acceso se produzca en el mismo *foro público*, esto es en el mismo canal que alcanza a una misma audiencia.

[1398] Las definiciones corresponden al Diccionario de la Real Academia, XXI edición (CD-ROM).

[1399] Este artículo no fue trasladado al Derecho Español por considerar que la L.O 2/84 cumplía con sus requerimientos.

[1400] Véanse los resúmenes doctrinales realizados por **González Ballesteros, T.**, op. cit., pp.30-38 y **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit., p. 348. Para un planteamiento comparado, **Gómez-Reino y Carnota, E.**, *"Alcance y límites de derecho de rectificación" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 724-728.

[1401] Sobre los derechos de réplica y rectificación en la Ley de Prensa de 1966 y, en general, la distinción entre réplica y rectificación y sus orígenes históricos, véase **Sobrao Martínez, Francisco**, *"El derecho de rectificación"*, Persona y Derecho, Vol. V, Pamplona, 1978.

relato de hechos por cualquier medio de comunicación. Los subjetivos son que el sujeto rectificante considere tales hechos inexactos y estime que de su divulgación puede deparársele perjuicio. El objeto de la rectificación serán los hechos, nunca opiniones. La rectificación no excederá sustancialmente de la extensión de la información que se rectifica.

La **STC 168/1986** tiene declarado que la rectificación no puede entenderse como una sanción al medio. Por el contrario, la rectificación *"no menoscaba el derecho fundamental proclamado por el art. 20.1 d) de la Constitución, ni siquiera en el caso de que la información que haya sido objeto de rectificación pudiera revelarse como cierta y ajustada a la realidad de los hechos"* (FJ. 4º), pues el medio no tiene porque aceptar como verídica tal versión, ni tampoco se lesiona el derecho de la colectividad a recibir información, pues el caudal de la misma se ve aumentado. Se concibe pues el derecho de rectificación como un derecho reaccional e instrumental, pero que sirve también a la institución de una opinión pública libre (**STC 35/1983**), de modo que no supone una injerencia intolerable en la libertad del titular del medio y, al tiempo, tiene una dimensión institucional que redunda en un mayor grado de realización del derecho a la información, depurando la exactitud de los hechos y aumentando el caudal de información disponible. Apoyándose en esta concepción consagrada en la jurisprudencia, para la que la rectificación es un puro instrumento para restablecer otros derechos lesionados, Gómez-Reino[1402] sostiene que el derecho de rectificación no es un derecho fundamental, ni deriva directamente de la Constitución, ni está integrado en su art. 20. Reducir la rectificación de este modo a una pura institución sería ignorar que quien rectifica comunica y en tal medida ejerce el derecho fundamental del art. 20.

Mi posición es convertir en subjetiva esa dimensión institucional. En mi visión, la función instrumental y defensiva respecto a otros derechos o intereses legítimos es secundaria y derivada de la facultad de difundir que a todo hombre se le reconoce. Esta facultad se activa por el hecho de ser aludido y se convierte en derecho subjetivo frente al titular del medio (público o privado) que debe facilitar el acceso. La naturaleza de este derecho que denominaría como derecho de contestación o respuesta es la de un verdadero derecho subjetivo derivado del derecho fundamental a la información. Su finalidad instrumental puede ser proteger los derechos de la personalidad, pero no necesariamente y en este sentido no se requeriría invocar un perjuicio. Su ejercicio tendría, como ya reconoce la doctrina y la jurisprudencia en el derecho de rectificación, una dimensión institucional consistente en favorecer la libertad de recepción del sujeto universal. El supuesto de hecho sería la simple alusión, sin necesidad de que ésta esté circunscrita a hechos. En realidad, si analizamos nuestro derecho de rectificación los requisitos de inexactitud de los hechos y del posible prejuicio quedan a la apreciación subjetiva del rectificante y el medio no podrá rechazar la rectificación aún cuando considere que contiene falsedades, pues ni siquiera cuando se produce la intervención judicial se exige una prueba contradictoria de la verdad o falsedad de los mismos (**STC 168/1986**, FJ. 4º). Y si tenemos en cuenta la imbricación que en la realidad se da entre hechos y opiniones no sería descabellado pensar que en la práctica el derecho de respuesta que se propone no tendría unos efectos muy distintos al actual de rectificación.

[1402] *"Alcance y límites de derecho de rectificación" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. p. 723.

Considero este derecho de contestación como una de las modalidades del derecho de acceso y manifestación de la dimensión capacidad de la libertad de programación. La Programación se abre a los mensajes ajenos y el sujeto universal se individualiza y convierte en sujeto de este derecho de contestación por el hecho de ser aludido en alguno de los programas o mensajes audiovisuales emitidos en tal Programación. El sujeto activo es, por tanto, aquella persona o grupo mencionado o aludido de forma indistinta, lo que da derecho a usar un canal ajeno para difundir su mensaje audiovisual de respuesta. Sujeto pasivo es el responsable editorial de la Programación en que se hizo la mención, ya sea el sujeto emisor, ya el sujeto programador. En cuanto a la respuesta no tendría ya porque dirigirse a demostrar la inexactitud de los hechos aludidos; podría tener también un carácter opinativo, siempre que se circunscribiera al tema motivo de la alusión[1403]. Incluso esta exigencia podría desaparecer en aquellos supuestos de monopolio local de un solo canal, pues entonces la institución de una respuesta generosa serviría para ampliar un pluralismo radicalmente restringido.

Como cualquier otro derecho, este derecho de contestación no puede ser ilimitado. Su rechazo por causas formales o sustantivas debe de estar sometido al control judicial, conforme un procedimiento sumario. En cuanto a causas sustantivas para su desestimación creo que no debe establecerse otra que la de que su difusión constituya delito. La Directiva de la Televisión sin Fronteras admitía tres posibles causas de inadmisión: su carácter punible, si comprometiera la responsabilidad civil del emisor o la de ser contraria a las buenas costumbres. Se trata ésta última de un concepto jurídico indeterminado que nada aclara; en cuanto a la responsabilidad civil, debiera de eximirse de ella a los sujetos emisores o programadores que difundan la respuesta. Quedaría nada más el carácter delictivo como causa de inadmisión, siempre sometida a control jurisdiccional[1404].

El derecho de contestación o respuesta requiere una adecuación a los medios audiovisuales. Es principio extendido en el derecho comparado que la respuesta o rectificación ha de guardar alguna forma de equivalencia con el mensaje contestado o rectificado. Así, el 2º párrafo del art. 2 de la L.O 2/84 establece que la rectificación no excederá de la extensión de la información rectificada. Como es evidente, los mensajes audiovisuales se cuantifican en tiempo y no en espacio y aún cuando se pueda realizar una traslación entre la extensión del escrito y la duración de la información contestada, no hay duda de que un mero texto por mucho que se leyera directamente a cámara en toda su

[1403] Como por otra parte suele ocurrir en la práctica en los escritos de rectificación.

[1404] En nuestra jurisprudencia constitucional sobre el derecho de rectificación existen dos líneas no exactamente coincidentes en cuanto a las causas de inadmisión. Así, la **STC 35/1983** (FJ. 4º) apunta al control de la veracidad y de las consecuencias negativas de difundir la rectificación al declarar que *"... el ejercicio del derecho debe ajustarse a requisitos que, a su vez, ofrezcan al medio difusor de la información una garantía razonable de que la rectificación que se pretende se apoya en elementos de juicio que en alguna medida invalidan la que se hizo pública está efectivamente destinada a impedir un daño que de otra manera sufriría el derecho o el interés legítimo de quien la solicita y no implica, a su vez, la difusión de noticias de dudosa veracidad o de las que se puedan seguir un perjuicio a la esfera jurídicamente protegida de terceros".* En cambio, la **STC 186/1986** establece, a mi juicio muy acertadamente, que *"...la sumariedad del procedimiento verbal, de la que es buena muestra que sólo se admitan las pruebas pertinentes que puedan practicarse en el acto (art. 6.b) exime sin duda al Juzgador de una indagación completa tanto de la veracidad de los hechos difundidos o publicados como de la que concierne a los contenidos en la rectificación, de lo que se deduce que, en aplicación de dicha Ley, puede ciertamente imponerse la difusión de un escrito de réplica o rectificación que posteriormente pudiera revelarse no ajustado a la verdad".*

extensión tiene una naturaleza distinta a la de una información audiovisual. Por tanto esa equivalencia debiera de plantearse como igualdad de tiempos y permitiendo que el sujeto que responde pudiera escoger entre enviar un escrito para su simple lectura en emisión o remitir una información audiovisual en unos formatos preestablecidos[1405]. Este derecho requiere de inmediatez y por tanto los plazos para su ejercicio deben ser breves, pero, como exige el art. 8 de la Convención Europea sobre Televisión Transfronteriza, suficientes para permitir su ejercicio efectivo. Parece también factible que se admita el envío de la contestación por las nuevas redes multimedia. Y desde luego este derecho de respuesta debiera extenderse no sólo a los programas emitidos, sino también a las páginas multimedia de Internet: si la alusión fuera por simple escrito o alusión gráfica la respuesta habría de ser escrita o gráfica, audiovisual en el caso de que en este modo se efectuara la alusión. Y tal respuesta debiera de mantenerse tanto tiempo como se realizó anteriormente la mención.

En resumen, la libertad de programación como libertad capacidad se manifiesta como derecho de respuesta o contestación cuando el sujeto universal es mencionado o aludido en los programas.

3.4.2. El derecho de acceso del público

La modalidad más típica del derecho de acceso y, en general, de la libertad de programación es aquella en la que se abre la Programación al sujeto universal sin necesidad de una previa mención. En este caso el sujeto del derecho de acceso ya no es un individuo sino un grupo representativo. El grupo ejerce la libertad de programación de que son titulares sus miembros. El supuesto de hecho que permite invocar el derecho de acceso es, justamente, el carácter significativo de estas organizaciones en la vida social. Por tanto, partiendo de una fundamentación subjetiva, aquí la naturaleza institucional es mucho más decisiva: no es sólo que -como ocurre en el derecho de respuesta- al ejercer un derecho subjetivo se amplíe el pluralismo de los mensajes, es que en este caso esa mayor diversidad ya no es sólo conveniente, sino imprescindible para que las grandes corrientes sociales puedan expresarse y existir una democracia auténtica. Podemos invocar también la teoría del *foro público* (ver capítulo 3º, 1.3) y la naturaleza de *common carriers* de las nuevas plataformas digitales y sistemas de cable[1406]. El derecho de acceso de las candidaturas electorales es una concreción de este mismo derecho, pero con otra fundamentación institucional añadida: garantizar la igualdad de oportunidades entre los contendientes electorales.

Este derecho requiere de un detallado desarrollo legislativo para determinar precisamente cuándo se da ese supuesto de hecho de la representatividad y en qué condiciones puede ejercerse. Y desde luego es muy legítimo que esa interposición legislativa pueda hacerse en términos más o menos amplios, pero siempre partiendo de la

[1405] La extensión de las cámaras de vídeo doméstico hace realizable esta propuesta. Hasta ahora los canales de televisión han utilizado esta imágenes, en principio de menor calidad técnica y profesional, cuando lo han considerado conveniente - hay programas que se basan exclusivamente en estas imágenes. Por tanto, la falta de calidad no puede ser pretexto para su rechazo y eso sin perjuicio de que la introducción de la técnica digital en el sector aficionado hará que muy pronto estas imágenes presenten una calidad más que aceptable para su emisión.

[1406] **Keane, J.**, op. cit., pp. 34-35.

configuración de un derecho subjetivo, no de la mera aceptación graciable por parte de sujetos emisores o programadores.

El derecho de acceso de los grupos representativos no agota la facultad de difundir que todo individuo tiene. Pero en la práctica es imposible que tal facultad se convierta en un derecho subjetivo reconocido a todos y cada uno de los ciudadanos para acceder en todo tiempo a cualquier Programación. La solución es institucional: establecer la reserva de tiempos para programas de acceso general, abiertos a todos los ciudadanos en condiciones no discriminatorias, pero confiando en parte la selección a los programadores en función de la relevancia social de los respectivos mensajes.

Las Constituciones más modernas suelen recoger el derecho de acceso a los medios de titularidad pública, incluso circunscribiéndolo a los medios audiovisuales, como hace la Constitución portuguesa[1407]. El art. 20.3 CE remite a la ley la garantía de acceso de los grupos sociales y políticos significativos a los medios públicos, sin mención especial a los medios audiovisuales y exigiendo el respeto el pluralismo social y lingüístico. En la interpretación del Tribunal Constitucional, nuestra máxima norma no impone la existencia de medios de titularidad pública (**SSTC 6/1981** y **86/1982**), resultando el control parlamentario y el derecho de acceso garantías institucionales subordinadas a la existencia de los medios públicos, que podrá ser discrecionalmente decidida por los distintos poderes en su respectivo ámbito de competencias. Pero, al menos la **STC 6/1981** reconoce que el precepto constitucional concede a estos grupos *"... el derecho a exigir que no se haga nada por impedir dicho acceso"*, contenido mínimo del derecho de acceso que se configura, así, como una libertad-autonomía frente al poder. Será solamente en un voto particular, el del magistrado Díez de Velasco a la STC 86/1982, en el que se ponga de manifiesto la vinculación existente entre la legitimación del servicio público y el derecho de acceso: si el servicio público se justifica es precisamente por ser plataforma para la expresión de los que carecen de medios y por eso mismo la desaparición de los medios públicos limita la expresión de estos sujetos[1408]. Llama la atención que en toda la polémica sobre la legitimidad del servicio público no se haya vuelto a invocar el derecho de acceso de forma

---

[1407] **Art. 40 Constitución portuguesa**

"Los partidos políticos y la organizaciones sindicales, profesionales y representativas de las actividades económicas tienen derecho, de acuerdo a su representatividad y según criterios objetivos a definir por la ley, a tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión.

Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no formen parte del Gobierno, tienen derecho en los términos de la ley, a los tiempos de antena en el servicio público de radio y televisión, a repartir de acuerdo con su representatividad, así como el de respuesta o de réplica política a las declaraciones políticas del Gobierno, de duración y relevancias iguales a los tiempos de antena y de declaraciones del Gobierno.

En los períodos electorales los concurrentes tienen derecho a tiempos de antena, regulares y equitativos, en las estaciones emisoras de radio y televisión de ámbito nacional y regional, en los términos de la ley."

Art. 35 de la Constitución de Perú (23 de diciembre de 1993)

"La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento de los partidos políticos y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos, el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral."

[1408] *"La supresión total de referencia es contraria a la Constitución dados los términos del artículo 20 de la CE y en especial del número 3 del referido artículo, y ello porque del mismo se desprende la necesidad de garantizar a los grupos sociales y políticos significativos que no disponen de medios económicos u otros instrumentos para hacerse oír las vías necesarias para hacerlo".*

directa[1409], a diferencia, por ejemplo, de la jurisprudencia constitucional italiana, que desde la sentencia 225/74 somete el servicio a tres condicionamientos: el control parlamentario, la garantía efectiva del derecho de acceso y el respeto a la deontología de los informadores.

Estoy de acuerdo con Esteve cuando afirma que el art. 20.3 no puede ser reducido a un simple mandato a los gestores de la televisión pública[1410]. Se trata de un verdadero derecho, que requiere ser desarrollado por medio de ley orgánica y estar sometido a la tutela judicial de la Ley 62/1978[1411]. Sin embargo, el Estatuto de la Radio y la Televisión, que carece de rango orgánico, se limita en su art. 24 a remitir la regulación del derecho de acceso al acuerdo entre el Consejo de Administración y el Director General de RTVE, precisando que habrán de guiarse por criterios objetivos, como los de representación parlamentaria, implantación sindical, ámbito territorial y otros similares. Semestralmente el Consejo de Administración hubiera debido aprobar por mayoría de 2/3 el tiempo reservado a los grupos significativos y los criterios de reparto entre ellos (art.8. 1 k). Me parece que uno de los fraudes de nuestra democracia es que RTVE, el único medio público existente a nivel nacional[1412], haya ignorado palmariamente el derecho de acceso, fuera de campaña electoral. Consejo de Administración y Director General nunca han consensuado un régimen del derecho de acceso, quizá no tanto por la dificultad de lograr en el Consejo la mayoría cualificada exigida como por puro desinterés y desidia. Que yo sepa la Comisión Parlamentaria de Control nunca ha requerido abrir la radio y la televisión públicas a los grupos significativos. Ha tenido que ser el Defensor del Pueblo, Fernando Álvarez de Miranda, el que haya pedido a las Cortes en uno de sus anuales informes que se regule el acceso, hasta ahora sólo garantizado en las épocas electorales[1413].

Ante las evidentes carencias del Estatuto de la Radio y la Televisión, Esteve proponía ya en 1984[1414] que, en base a su especial estatuto constitucional, se reconociera como titulares de este derecho a los partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos y asociaciones profesionales (arts. 7 y 28 CE), confesiones religiosas (art. 16 CE), grupos lingüísticos (art. 20.3 CE)[1415], colegios profesionales (art. 36 CE), organizaciones profesionales (art. 52 CE) y organizaciones de consumidores (art. 51). Este es un buen punto de partida. Estas

[1409] La **STC 127/1994**, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Televisión Privada, considera que una de las justificaciones de la intervención pública es la de *"... permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa..."* (FJ. 6º). Podríamos apostillar este *dictum* afirmando que caben dos intervenciones públicas al servicio del derecho a la información: una, garantizando la existencia de los medios públicos y reconociendo el derecho de acceso a los mismos; otra, regulando en condiciones no discriminatorias el proceso para obtener una habilitación de emisión.

[1410] Op. cit, p. 143.

[1411] Ibídem, p. 148.

[1412] Las respectivas leyes autonómicas de creación de las televisiones regionales incluyen disposiciones semejantes. Resulta positivo que en los casos de Valencia, Madrid, Aragón, Murcia y Navarra se postule también la regulación del acceso de grupos minoritarios. Véase **Carreras, L.**, op. cit., p. 236.

[1413] El País, 4/3/98.

[1414] Op. cit., pp. 150-154.

[1415] Entiendo que nada puede hablarse de grupos lingüísticos como sujetos de este derecho. El art. 20.3 establece el respeto del pluralismo lingüístico como criterio para ordenar el acceso.

instituciones constitucionales de base asociativa debieran de ver reconocido expresamente y desarrollado legislativamente su derecho de acceso.

Pero nuestro planteamiento es más radical. Este derecho de acceso no se referiría únicamente a las programaciones de sujetos públicos, sino también a los de naturaleza privada. Ya fundamentamos en este capítulo (1.3) la libertad de programación frente a los particulares. Sostengo ahora que nada en la Constitución impide un desarrollo legislativo del derecho de acceso que obligue también a los sujetos privados. Muy al contrario. La Constitución remite al legislador la configuración del derecho de acceso a los medios públicos. En 1978, la televisión era un monopolio público, difundiendo diariamente sus mensajes al 80% de la población; en la radio, tres cadenas públicas se repartían al 50% el mercado con dos cadenas privadas (SER y COPE) y una cadena de periódicos públicos (que incluía un diario nacional) dominaban el mercado local y regional. Si el Constituyente deseaba garantizar el acceso de los grupos políticos y sociales representativos -en otras palabras, permitirles ejercer su derecho a difundir ideas, opiniones e informaciones al conjunto de la sociedad- podía darse por satisfecho con que ese derecho se concretara en los medios públicos. Porque la razón de ser del acceso de estos grupos no es *meter una cuña* en los medios gubernamentales, sino permitir que el pluralismo sea real. Dos décadas después, la televisión pública difunde sus mensajes a menos de la cuarta parte de la audiencia, las televisiones regionales son importantes en su ámbito y la radio pública se encuentra en el cuarto lugar de influencia y no existe prensa pública. Con estos datos ¿no habríamos de extender el derecho de acceso también a los medios privados?[1416]. Su extensión legislativa respondería a la garantía del principio constitucional de pluralismo y cumpliría en términos más eficaces un mandato constitucional que el legislador ordinario hasta ahora no ha cumplido más que, si acaso, formalmente. Entiendo que el derecho de acceso a los medios públicos no puede ser interpretado reductivamente como un remedio al entonces monopolio público de la televisión, sino como un modo de que, al tiempo que se expresa el pluralismo social, se pueda hacer realidad la facultad de difundir que la Constitución a todos reconoce.

Proponemos, por tanto, el reconocimiento de un derecho de acceso a la Programación emitida por cualquier canal, público o privado. Serían sujetos de este derecho los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales, confesiones religiosas, colegios profesionales, organizaciones profesionales y organizaciones de consumidores, especialmente las asociaciones de espectadores y oyentes y -añadiría a la relación de los grupos expresamente tomados en cuenta por la Constitución- asociaciones de vecinos y organizaciones no gubernamentales dedicadas al desarrollo y la defensa de los derechos humanos. Sin duda la ordenación de este derecho debe respetar los dos criterios retenidos por el art. 20.3 CE: el carácter significativo de estos grupos y el respeto al pluralismo social y lingüístico. Estos criterios deben ser aplicados conforme el ámbito del respectivo canal. No tendría sentido que una asociación de vecinos de un barrio reclamara este derecho en un canal de ámbito nacional, o que una federación sindical lo hiciera en un canal local -en ambos casos sin perjuicio del derecho de respuesta que pudiera

[1416] **Abad Alcalá, L.**, op. cit., pp. 44-45, utiliza estos mismos argumentos, pero en sentido contrario. Viene a dar a entender que si el legislador constitucional reconoció el derecho de acceso a los medios públicos era porque existía un monopolio público de la televisión, pero que en la situación presente el pluralismo que se perseguía ya se ha conseguido con la diversidad de emisoras.

corresponderles. Carácter significativo supone representatividad y arraigo. En todos los casos el arraigo puede medirse por el número de miembros. La representatividad sólo puede cuantificarse en aquellos sujetos que se someten regularmente a elecciones, como partidos y sindicatos. El pluralismo lingüístico exige que en aquellas comunidades con varias lenguas el derecho de acceso se ejerza de tal modo que se reserven tiempos para aquellos sujetos que se expresen en las lenguas no mayoritarias. Teniendo en cuenta estas ideas, el desarrollo legislativo del derecho de acceso que se propone articularía los siguientes criterios:

- Se distinguiría entre los ámbitos nacional, de comunidad autónoma y local. En cada uno de ellos se reconocería el derecho de acceso a categoría generales de sujetos, conforme la relación de los anteriormente mencionados.
- Sujetos pasivos serían programadores y emisores, públicos y privados, aunque las obligaciones para los de titularidad privada podrían ser más laxas (salvo en el caso de disfrutar de monopolio en su ámbito de cobertura).
- Se reservaría en las Programaciones emitidas por los distintos canales tiempos razonables, conforme al respectivo ámbito de cobertura. No habría inconveniente que estos tiempos fueran mayores en las Programaciones de los sujetos públicos y en las Programaciones locales, por la mayor proximidad de los sujetos del derecho de acceso a los ciudadanos. A título meramente orientativo podría reservarse entre una hora semanal en los horarios de mayor audiencia y 5 en los de menor.
- Los tiempos reservados se repartirían igualitariamente en cuatro grandes categorías: partidos políticos, sindicatos y organizaciones patronales, confesiones religiosas y organizaciones sociales.
- Los tiempos correspondientes a cada categoría se repartirían entre aquellas organizaciones que tuvieran reconocido este derecho y expresamente lo solicitaran. Los correspondientes tiempos podrían repartirse en dos segmentos iguales: el primero se distribuiría proporcionalmente a su arraigo entre las cuatro organizaciones con mayor número de miembros y, en su caso, representantes elegidos. Con el segundo se organizaría un turno en el que se atribuiría el mismo tiempo a todas aquellas organizaciones que superasen unos criterios mínimos de arraigo. De esta manera, se haría compatible el requisito constitucional de la significación social con el respeto a las minorías.
- El reparto de tiempos y, en general, la ordenación del derecho de acceso, correspondería a la autoridad de control independiente, que constituiría comisiones delegadas en cada una de las comunidades autónomas (en el caso de no existir una autoridad regional) y una comisión a nivel nacional. Contra sus decisiones cabría recurso por la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Uno de los problemas que plantea el derecho de acceso es que, al exigir una presencia social en los sujetos a los que se les reconoce, se tiende a perpetuar, a congelar como en una foto fija, el pluralismo social existente en un momento dado, sin que las voces minoritarias puedan nunca llegar a ser oídas. Entiendo que una ordenación como la propuesta daría una oportunidad suficiente a grupos minoritarios, pero con suficiente arraigo.

Otra de las cuestiones es el coste del ejercicio de este derecho. Programadores y emisores soportarían el propio coste de la emisión, pero resultaría desorbitante que

hubieran de correr también con la carga de producir estos programas. En el caso de los programadores y emisores de naturaleza pública podrían imputarse al coste del servicio público. Pero me parece que el mejor sistema es que sean los propios sujetos a los que se atribuya el acceso los que produzcan sus programas y corran con sus costes en el marco de un régimen de fomento público. El Fondo Audiovisual, propuesto al tratar de la financiación del servicio público (capítulo 2º, 3.5.3) subvencionaría a fondo perdido una parte sustancial de los costes de producción, asumiendo el sujeto del derecho de acceso una parte de los mismos (por ejemplo, un 25%). Como el objetivo propio de estos sujetos no es comunicar, lógicamente habrían de recurrir a empresas productoras profesionales. Se propone la creación de una Fundación de la Comunicación Pública que asesorara a los distintos sujetos y en la que éstos podrían delegar la producción. La Fundación sería financiada por el Fondo Audiovisual. Esta podría ser la solución más barata y sencilla para hacer efectivo el acceso.

Para que el derecho resulte efectivo la producción de estos programas tiene que resultar atractiva. Si la factura de estos programas es *amateur* y su horario de emisión de baja audiencia el resultado será que los mensajes no llegarán al público, que huirá de estos espacios. Por eso nos parece importante poner a disposición de los sujetos de acceso unos recursos profesionales para la producción de sus programas. Ello no tiene porque excluir la participación y hasta el protagonismo de los miembros del grupo.

Una concreción específica del derecho de acceso sería la reserva a los sujetos del derecho de Programaciones completas en los que hemos llamado sistemas digitales, esto es sistemas de cable y plataformas digitales. Estos sistemas se caracterizan por la multiplicidad de canales que distribuyen una gran variedad de Programaciones. Aquí el derecho de acceso podría ejercerse en cada una de las Programaciones en los términos descritos anteriormente. Pero además, o alternativamente, podría atribuirse una Programación completa a uno de los sujetos del derecho de acceso o a un consorcio de los mismos. La organización de esta posibilidad es compleja. El sujeto en cuestión debería comprometerse a mantener con continuidad una Programación, con unos mínimos contenidos previamente establecidos. Y desde luego los costes de producción correrían de su cuenta, aunque el canal sería aportado gratuitamente por el operador del sistema (aplicación del principio *must carry*). Podría partirse de la reserva de un canal por sistema, que se atribuiría por concurso entre los sujetos del derecho de acceso del respectivo ámbito de cobertura. Desde luego, estas Programaciones podrían ser subvencionadas por el propuesto Fondo Audiovisual e incluso su realización confiada a esa sugerida Fundación de la Comunicación Pública, que lo explotaría por delegación del sujeto o sujetos a los que se hubiera atribuido. Son estas ideas simples sugerencias, pero, en cualquier caso, de lo que se trata es que las nuevas posibilidades de comunicación, los múltiples canales o Programaciones que estos nuevos sistemas nos ofrecen, no sean un trasunto de las viejas cadenas de televisión, con sus programas carentes de variedad al servicio del mero comercialismo. En definitiva, no podemos perder la oportunidad de que aumente el pluralismo de los programas y se abran nuevas posibilidades para que el sujeto universal, a través de los grupos en los que participa, encuentre nuevas posibilidades de difundir mensajes audiovisuales, esto es, de ejercer la libertad de programación.

Hasta aquí el derecho de acceso de los grupos representativos. A todos se reconoce la facultad de difundir, pero el ejercicio incondicionado de la libertad de

programación en cualquier medio y en cualquier momento harían imposible esta libertad. Un planteamiento absolutamente igualitario resultaría grotesco. Suponiendo que a nivel nacional se emitieran 20 Programaciones de 24 horas, a cada ciudadano de entre 40 millones, corresponderían apenas 3 segundos... Como es obvio, no todo el mundo tiene interés en ejercer esta facultad. Las experiencias de acceso a los distintos medios se basan en la absoluta discrecionalidad de los titulares de la empresa informativa en aceptar o no la comunicación recibida espontáneamente. Cartas de los lectores, llamadas telefónicas... han sido tradicionalmente manipuladas conforme a los intereses de los sujetos emisores o programadores[1417]. Lo que se propone es crear espacios de acceso general, que tanto sirvan para ampliar el pluralismo, como de plataforma para aquellos ciudadanos que sientan que tienen algo que comunicar y quieran hacerlo en forma de mensaje audiovisual insertado en una Programación[1418].

La regulación puede basarse en la reserva de tiempos para espacios de acceso general y programas de debate, estableciendo unas normas sencillas y generales para garantizar que este acceso no sea discriminatorio. Los sujetos programadores y emisores deberán establecer unos formatos obligados para ejercer el acceso (formatos técnicos, tiempos etc.). Podría establecerse también un registro, con precedencia para las primeras inscripciones. Pero los sujetos programadores deben de tener un margen para apreciar el interés y relevancia social del mensaje con el que se pretende acceder. Por eso, una solución podría ser dividir los tiempos reservados en dos segmentos: en el primero los programadores podrían escoger en función del interés y relevancia del mensaje; en el segundo el acceso se realizaría por orden de inscripción. La simplificación técnica facilita que cualquier persona pueda manejar instrumentos con calidad casi profesional... otra cosa es que sepa usar estos instrumentos adecuadamente y quiera con ellos ejercer su derecho. La propuesta Fundación para la Comunicación Pública podría desarrollar a este respecto tareas de formación y asesoramiento.

La interactividad es el gran reto y la gran oportunidad para este derecho de acceso general. Hasta ahora las experiencias interactivas en las televisiones por cable norteamericanas no han tenido mucho éxito, en gran parte por ser poco refinadas técnicamente. La interactividad es ya una realidad en Internet a nivel de textos. Muy pronto la gran red global será vehículo de Programaciones completas, con las que será fácil técnicamente interactuar. La inmediatez y facilidad pueden ser grandes alicientes para intentar acceder a estas Programaciones. Pero en cualquier caso seguirá siendo necesaria una regulación que ordene de forma no discriminatoria el acceso.

En definitiva, cualquier ciudadano no podrá invocar un derecho subjetivo para acceder a las Programaciones en las condiciones que estime conveniente, pero sí podrá exigir jurídicamente por la vía de la protección sumaria de los derechos fundamentales que

---

[1417] Para **Sahagún, F**., op. cit. p. 95, *"... las llamadas de los oyentes en radio son un travestí de la verdadera conversación. Suelen estar filtradas, cuando no censuradas. La emisora tiene un control casi absoluto sobre ellas. Salvo en programas excepcionales, que confirman la regla, permiten todo menos hablar con verdadera libertad. Las cartas de los lectores ni siquiera tienen garantizada su publicación. Las publicadas son declaraciones, no conversaciones, y naturalmente deben atenerse al límite de líneas que señala el periódico, rara vez más de veinte ".*

[1418] A este respecto, el programa de TVE *Línea 900* es modélico. Tanto puede ser el equipo del programa el que produzca una sugerencia de un espectador completo, como puede existir una colaboración del equipo de producción con un grupo o, en fin, emitirse la producción efectuada por un grupo.

el acceso no se haga en términos discriminatorios, que no se vea impedido en la práctica por programadores y emisores y que se respeten las condiciones generales de acceso.

3.4.3. Programas de acceso político y en campaña electoral

Una manifestación muy peculiar del derecho de acceso es aquella en la que sus titulares son candidatos electorales. Aquí pueden invocarse los mismos fundamentos generales del derecho de acceso y de la libertad de programación. Pero la finalidad con que se produce este acceso cualifica su fundamento y régimen jurídico, hasta el punto de que muchos sistemas que no admiten un derecho de acceso general, sí lo reconocen, en cambio, durante campaña electoral. Desde el punto de vista del candidato se trata de ejercer su facultad de difundir mensajes con una finalidad persuasiva en demanda del voto. Y desde la perspectiva del público la libertad de recepción se concreta en poder conocer las propuestas de las distintas opciones electorales. Por tanto, para que el juego electoral no se desvirtúe, se requiere una igualdad de oportunidades entre candidatos y una libertad de elección entre los electores. Para que una democracia sea tal tiene que existir una posibilidad efectiva de alternancia política, de modo que las distintas opciones tengan oportunidades reales de alcanzar el poder en una contienda electoral limpia. El régimen electoral debe contemplar para ello una administración electoral independiente, un procedimiento electoral transparente y un sistema de recursos que haga imposible el fraude electoral; pero previamente ha de regular la propaganda electoral, de modo que esa igualdad de oportunidades sea real. Ese régimen electoral será un elemento de primera importancia en el régimen político en su conjunto y a su vez se verá determinado por sus características generales[1419]. El régimen de la propaganda electoral supone regular los recursos económicos dedicados a la campaña -y, como consecuencia, la financiación de partidos y candidaturas- y el uso de los medios de comunicación. Nosotros aquí sólo nos referiremos al uso de los medios, aunque el tema desborde el derecho de acceso propiamente considerado.

¿Cómo se concreta esa igualdad de oportunidades en el uso de los medios?. En un sistema dinámico es imposible una absoluta igualdad de oportunidades. Ni siquiera parece realista pensar que un sistema absolutamente reglado pudiera ofrecer igualdad de oportunidades. Piénsese un sistema en que no existieran más medios de difusión que un canal de televisión con cobertura universal en la correspondiente circunscripción electoral y en la que no existieran más que dos opciones políticas, las únicas además que vienen presentando candidaturas elección tras elección. Resultaría simple establecer tiempos y condiciones idénticas para estos dos partidos en períodos no electorales y hacer otro tanto con sus candidaturas durante las campañas. Bastaría que uno de esos partidos sufriera una escisión que decidiera presentar candidatura para que la regla de la igualdad absoluta ya no sirviera. ¿Se ignoraría la nueva candidatura, repartiendo el tiempo, como de costumbre, entre las dos opciones que han venido repartiéndose los escaños?. ¿Se daría las mismas oportunidades a la nueva lista, que todavía no ha verificado en las urnas su apoyo popular?. ¿Y si la nueva candidatura no tuviera otra finalidad que la de acceder a los medios de comunicación?. Por eso parece difícil garantizar una absoluta igualdad de oportunidades en los sistemas dinámicos, en los que opciones y candidaturas se renuevan

[1419] Sobre las características de la propaganda política en los distintos regímenes, véase **Díaz Arias, Rafael**, *"Aproximación al régimen jurídico de la propaganda electoral"*, Persona y Derecho, Tomo V, Pamplona, 1978, pp. 252-281.

continuamente y existen una gran pluralidad de medios de difusión. En consecuencia, el principio de igualdad de oportunidades puede concretarse en el principio de equidad entre las distintas opciones.

El principio de equidad en el uso de los medios no puede ser circunscrito al tiempo de campaña electoral, período en el que, convocados los comicios y proclamadas las candidaturas, las distintas opciones pueden pedir expresamente el voto a los electores. Durante las últimas semanas sólo deciden su voto un pequeño porcentaje de electores -que pueden ser, sin embargo, decisivos para determinar el resultado. La mayor parte de la ciudadanía tiene opciones previamente establecidas, que vienen dadas por sus posiciones ideológicas y económicas, pero también y de modo muy determinante, por la valoración de la acción del gobierno y de los distintos partidos, que el votante se forma a partir de la información de los medios de comunicación. En consecuencia, puede distinguirse entre: a) tratamiento informativo; b) campaña realizada por las candidaturas en los medios de comunicación; c) campaña oficial en los medios de comunicación. El principio de equidad se manifiesta de manera distinta en cada uno de estos supuestos, que se regulan en cada lugar conforme a las peculiaridades del respectivo régimen político.

Respecto al tratamiento informativo existe una diferencia radical entre los medios públicos y los privados. Los primeros tienen de forma casi obligada una obligación estatutaria de imparcialidad, mientras que en los segundos, puede o no incluirse entre sus principios editoriales o programáticos e incluso en tal supuesto su interpretación suele ser muy laxa. Hay que reconocer, no obstante, que las Programaciones de carácter generalista, se ven en la práctica obligadas a mantener un cierto equilibrio en el tratamiento dado a las distintas opciones políticas, so pena de perder un porcentaje significativo de audiencia, algo en que se diferencian de los diarios, que pueden dirigirse a segmentos del público más comprometidos políticamente. Pero la imparcialidad se hace obligada para todos los programadores, públicos o privados, durante la campaña electoral[1420].

La imparcialidad es debida por los programadores públicos en razón de su propia definición estatutaria y podría ser requerida de todos los sujetos, con menor intensidad en los privados, como manifestación del principio del pluralismo. La libertad de recepción del público es otro fundamento de la imparcialidad. Pero esa imparcialidad -que, en términos generales, puede estar presente en el conjunto de la Programación, sin que sea exactamente exigible en cada uno de los mensajes audiovisuales y programas- se complica cuando se confronta con un proceso electoral. Aquí la imparcialidad debe traducirse en equidad. Cuanto más plural sea el sistema, más difícil es su aplicación práctica. Cuantificar tiempos de aparición en los programas informativos es un sistema muy burdo, pero puede ser la única guía. Así, en Francia la regla general para los emisores públicos, tanto en período ordinario, como en período electoral para las informaciones que no tengan que ver con la campaña, es la de los 3/3: un 1/3 del tiempo para el gobierno, un 1/3 para la mayoría parlamentaria, un 1/3 para la oposición. A esta

[1420] Cabe citar en este sentido el apartado 2 del art. único de la L.O. 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada, que dispone que *"el respeto al pluralismo y a los valores de igualdad en los programas difundidos durante los períodos electorales por las emisoras de televisión privada objeto de concesión quedarán garantizados por las Juntas Electorales en los mismos términos previstos en la legislación electoral para los medios de comunicación de titularidad pública".*

distribución se ha llegado por consenso de las fuerzas políticas, a iniciativa del Consejo Superior del Audiovisual[1421]. En otros sistemas proporcionales puede intentarse que el tiempo dedicado a la actualidad de los distintos partidos refleje la composición del parlamento, pero siempre subsiste la doble atención gobierno-mayoría parlamentaria, con la consiguiente ventaja del ejecutivo sobre la oposición, sobre todo si ésta está constituida por una pluralidad de partidos. Además, este tipo de reglas encorseta la información, que debe dar cuenta de los hechos relevantes, sin el condicionamiento del tiempo en que aparece cada opción política. Más sencillo puede ser llegar a un acuerdo sobre los tiempos regularmente atribuidos al acceso directo de los partidos, como anualmente hacen en el Reino Unido la BBC y la ITV[1422].

La alternativa a un sistema que prescribe el respeto a unos tiempos preestablecidos en el tratamiento informativo, es la de establecer un conjunto de reglas profesionales que, en principio, garantizan la neutralidad e imparcialidad. Éste es el sistema seguido por la BBC. Estas reglas cubren el tratamiento de los debates parlamentarios, la solicitud de los ministros para comparecer explicando un asunto público, el tratamiento de la aparición de parlamentarios y políticos y el lenguaje utilizado en las informaciones políticas. Estas reglas profesionales pueden ser establecidas por los propios sujetos emisores o programadores o por la autoridad independiente reguladora de la comunicación audiovisual. Aunque estos modelos tienden hacia el casuismo me parece más eficaces para garantizar una verdadera imparcialidad que el respeto a unos tiempos de aparición.

La preocupación por la imparcialidad es más acuciante en tiempo de campaña electoral. La realidad es que -como subraya Derieux[1423]- los partidos desarrollan su campaña para que sea reflejada por los medios de comunicación, poniendo en un segundo término los espacios de propaganda que les son asignados, que pierden importancia para determinar el resultado electoral. La información electoral se beneficia de la imparcialidad -o, por lo menos, de su apariencia- cosa que por naturaleza falta en los espacios de propaganda, que suscitan una mayor desconfianza en el electorado. Por ello, es frecuente que existan normas detalladas y más estrictas sobre el tratamiento de los temas políticos durante la campaña electoral[1424]. La otra alternativa -y éste es el caso de España- es que sea la propia Junta Electoral quien vigile la imparcialidad, normalmente previa queja de alguna de las formaciones políticas[1425].

[1421] Véase *La Lettre du CSA*, n° 116 - Mayo 1999.

[1422] Las referencias al sistema británico están tomadas de las *Producers' Guidelines* de la BBC, capítulo 18 (*"Politics, Parliament, Politicians"*) y 19 (*"Broadcasting during elections"*).

[1423] Op. cit., p. 298.

[1424] Así lo ha hecho, por ejemplo, para las elecciones europeas de 1999 en Francia el Consejo Superior del Audiovisual. Véase *La Lettre du CSA*, n° 116 - Mayo 1999.

[1425] La cobertura de la campaña electoral por parte de las televisiones públicas suscita elección tras elección un conjunto de quejas, de las que bien podría haberse obtenido alguna orientación sobre las obligaciones de imparcialidad. Existe un aspecto en el que apenas se repara. La cobertura de la campaña electoral por las televisiones públicas (y, en menor medida, también por las privadas) no se hace de forma independiente. Se pacta con cada partido los actos que van a ser cubiertos y es en muchos casos el propio partido el que entrega a las televisiones una señal ya realizada. De esta manera, más que ante información estamos ante propaganda partidista que las televisiones asumen como información propia. Además, el seguimiento exhaustivo de los actos electorales suplanta a la verdadera información. Es raro encontrar, por ejemplo, un informe comparativo de políticas sectoriales. En resumen, la propaganda anula a la información.

Consustancial a cualquier cobertura electoral debiera de ser el debate entre los candidatos. A falta de normas, sólo se logrará el debate por el acuerdo entre los intervinientes. En los sistemas proporcionales resulta difícil el acuerdo para un debate entre todos los cabezas de lista. Si todos están presentes, las formaciones con mayor representación se consideran minusvaloradas y además el debate es difícil. Si el debate se limita a las opciones mayoritarias, son los minoritarios los que protestan. Además, la opción más fuerte poco tiene que ganar en debatir con el candidato que más oportunidades tiene para ocupar su lugar. La única solución sería establecer una serie de debates obligatorios en la radio y la televisión públicas entre, por ejemplo, las cinco candidaturas con mayor representación parlamentaria.

Más sencillo resulta el caso en los sistemas mayoritarios. En el Reino Unido, la sección 93 de la *Representation of the People Act* (1983) adopta una solución radical no sólo para los debates, sino, en general, para cualquier intervención de los candidatos sobre cualquier tema relacionado con la circunscripción por la que se presenta: en los debates deberán intervenir todos los candidatos y el candidato que intervenga separadamente en ellos o en cualquier otro programa de televisión incurrirá en infracción electoral si no cuenta con el consentimiento previo del resto de los contendientes. Ni que decir que la BBC ha desarrollado detalladamente la norma en sus directrices profesionales, incluido un formulario para recabar el consentimiento de los candidatos no participantes.

La campaña desarrollada por las distintas candidaturas en los medios de comunicación, esto es, la propaganda realizada *modo publicitario* en la radio y la televisión presenta menos problemas. Aquí el modelo es el establecido por la sección 315 de la ley norteamericana de Comunicaciones ya desde 1934[1426]. Es la regla del *equal time*. En un sistema en que no existen espacios oficiales de acceso, si el titular de una emisora permite la propaganda publicitaria de cualquier candidato a un puesto público, debe conceder idéntica posibilidad a cualquier otro candidato y en las mismas condiciones. Está excluida de esta norma la aparición de buena fe del candidato en espacios informativos, en los que el titular tendrá que operar en interés público y facilitar a su audiencia una cobertura razonable de las distintas posiciones sobre temas controvertidos. El licenciatario no podrá ejercer ninguna censura o control sobre el contenido de estas emisiones publicitarias. Se cobrará por estos espacios la tarifa mínima correspondiente al horario utilizado.

El principio del tiempo igual, o para ser más precisos, el acceso no discriminatorio a la publicidad, resulta satisfactorio para lograr la equidad en las campañas desarrolladas privadamente a través de la radio y la televisión. Más difícil resulta hacer esta consideración globalmente, teniendo en cuenta la publicidad electoral, el acceso público y la cobertura informativa. Esta era la pretensión del Decreto Ley italiano de 20 de marzo de 1995, que pretendía garantizar la paridad de acceso a los medios de comunicación

[1426] De esta misma fecha es nuestra Ley de Radiodifusión, que tras declarar la neutralidad ideológica del servicio, establece una reserva de tiempos para la publicidad radiada de los grupos religiosos y políticos. El Capítulo IX del Reglamento que la desarrolla establece una reserva de dos horas diarias, fuera del tiempo de programación ordinaria. Esta publicidad estaba sujeta a previa autorización gubernativa y sus ingresos tenían la consideración de publicitarios. Como señala **García Llovet, E.**, op. cit., pp. 51-52, esta reserva dista mucho de poderse equiparar con el moderno derecho de acceso. Llama la atención que no se incluyera alguna cláusula de acceso no discriminatorio, como en la misma época recogía la ley norteamericana.

considerados globalmente (principio *par condicio*) y cuyo sistema de sanciones nunca fue aplicado[1427]. Lograr una equidad en la globalidad del sistema resulta casi imposible, porque los factores a considerar son innumerables. Bastaría que esta equidad se lograra en cada uno de los grandes capítulos de la campaña electoral indicados, siempre teniendo en cuenta que la regla del acceso no discriminatorio a la publicidad electoral no evita las desigualdades en razón de la mayor o menor capacidad económica de cada opción política. Pero esta cuestión nos remite a la regulación de la financiación de partidos y campaña, tema que se sale del objeto de nuestro estudio.

El elemento más fácilmente regulable de la campaña es el acceso propiamente dicho a espacios electorales. En nuestro sistema, amén de tratarse de una facultad con base constitucional, es el único modo de hacer propaganda en la radio y televisión, prohibida la propaganda directa *modo publicitario*, salvo en las emisoras de radio comerciales (excluidas las municipales)[1428]. Ya se ha dicho que los partidos sienten un cierto desinterés por estos espacios, prefiriendo producir noticias de campaña, que sean reproducidas por radios y televisiones en su cobertura informativa. Pero no por eso este acceso deja de tener importancia. Introduce un factor de mayor equidad en favor de aquellas candidaturas con menor atención en el seguimiento informativo de los distintos canales. Aventuraría que este desinterés es mayor en la medida en que se trata de un derecho limitado a los canales públicos, que ya no cuentan con la audiencia e influencia de hace 10 años. En primer lugar, por tanto, reafirmar este derecho también respecto a los sujetos emisores y programadores privados. Ya fundamentamos en términos generales la libertad de programación frente a ellos. Cabe ahora añadir que, o bien estos sujetos disfrutan de alguna clase de monopolio u oligopolio en su ámbito de cobertura y entonces por su naturaleza de foro público parece perfectamente aplicable, o bien compiten con canales públicos sometidos a estas obligaciones, con ventaja competitiva para los privados que mantienen sus programas ordinarios -con la consiguiente merma de audiencia para los espacios electorales. Por tanto, los sujetos privados no pueden invocar en contra el daño económico que pueda originarlos, porque el resto de sus competidores están sometidos a las mismas cargas. Como siempre, el régimen de los públicos podría ser algo más gravoso que el de los privados, pero si éstos quedan excluidos este derecho de acceso resultará desnaturalizado.

En cuanto a la regulación concreta, las dos grandes cuestiones son el derecho de acceso de las candidaturas que no cuentan con previa representación en el órgano que vaya a elegirse y, luego, el reparto de tiempos entre todas las candidaturas a las que se reconozca este derecho. En general tiende a reconocerse el derecho a las nuevas candidaturas sin representación previa, pero los tiempos otorgados pueden llegar a ser ridículos. Así, en Francia, el art. 19 de la Ley de 7 de julio de 1977 establece dos horas a repartir entre las listas con previa representación y media hora para repartir igualitariamente entre el resto de las candidaturas. Esto ha llevado a que en las elecciones europeas de 1999, dada la proliferación de listas, haya correspondido a estas candidaturas sin previa representación en la cámara europea sólo 1 minuto 46 segundos a cada una,

[1427] Sobre las vicisitudes de esta norma, véase **Pace, A.**, op. cit. p. 165.

[1428] La L.O. 2/1988 prohibe la adquisición de espacios de publicidad electoral en las televisiones privadas de ámbito nacional. Similar prohibición se establece para las emisoras de radio municipales por la L.O. 10/1991 y otro tanto hace la L.O 14/1995 para las emisoras municipales de televisión.

frente a los 40 minutos asignados a las tres listas con representación. Otro modelo es el de valorar el número de candidaturas presentadas por el partido, coalición o agrupación. Puede establecerse un mínimo de candidatos presentados para obtener tiempos y luego repartir los tiempos en un acuerdo entre partidos, como hace la BBC en el Reino Unido, donde por el hecho de contender por 50 distritos se cuenta con 5 minutos en radio y televisión. En el caso de sistemas proporcionales, lo más adecuado es que se garantice a toda opción un tiempo mínimo por presentarse en un número significativo de distritos. De esta manera se favorece la aparición de nuevas formaciones. En cuanto a las que ya cuentan con representación, no creo que lo más adecuado sea aplicar una proporcionalidad estricta, sobre todo si la representación está muy fragmentada. Cabría un reparto igualitario si las diferencias de representación fueran pequeñas y establecer, en cambio, series distintas cuando la diferencia en el número de escaños superase el 20%. Con estas soluciones se intentaría lograr una mayor equidad y evitar que el sistema se esclerotice, favoreciendo siempre a las mismas opciones.

Nos resta analizar el sistema español. Nuestro caso es muy peculiar pues ha evolucionado desde la proclamación del principio de igualdad de oportunidades a la articulación del principio de proporcionalidad. El punto de partida se encuentra en las primeras elecciones democráticas de 1977. Puesto que no existía ningún criterio previo de representatividad los espacios se atribuyeron en función del número de circunscripciones a las que se presentaba cada opción política. El Decreto-Ley Electoral, publicado en el BOE de 23 de marzo de 1977, y el Decreto 1010/1977, sobre espacios gratuitos, configuran un régimen con los siguientes elementos básicos[1429]:

- Prohibición de la publicidad electoral en RTVE. No se adopta ninguna otra regulación respecto a otros medios, de modo que esta publicidad es libre e incondicionada no sólo en prensa, sino en las emisoras de radio privadas. Ésta es una característica que se va a mantener en nuestro sistema.
- Consagración del principio de igualdad de oportunidades, *"asegurada* -en los términos de la Exposición de Motivos del Decreto-Ley Electoral- *a través de los medios de titularidad pública...".*
- El acceso a la Programación de ámbito nacional se reserva a aquellas opciones políticas con candidaturas en más de 25 provincias (3 espacios de 10 minutos en TVE y 15 minutos en RNE) o en más de 4, con un 20% del censo (1 espacio de 10 minutos), disposición ésta que venía a reconocer la posibilidad de que opciones en principio regionales pudieran hacer llegar sus propuestas al electorado nacional.
- El resto de las candidaturas tenían reconocido el acceso a Programaciones regionales de televisión (2 espacios de 10 minutos) y locales de radio (2 espacios de 15 minutos).
- Las condiciones de emisión tenía que hacerse *"dentro de la más rigurosa equidad"* por la Dirección General de Radiodifusión, de acuerdo con los distintos grupos y entidades. Se creaba ya un Comité para la radio y la tv., bajo la dirección de la Junta Electoral Central, compuesto por mitades por representantes de la Administración y de los partidos políticos.

[1429] Para un análisis detallado, véase, **Díaz Arias, R.**, *"Aproximación al régimen de la propaganda electoral"*, op. cit., pp. 287-305.

Posteriormente, la Constitución consagra genéricamente el derecho de acceso de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo y la diversidad lingüística. Hay que reconocer que el requerimiento de ese carácter significativo es base suficiente para la más importante modificación en esta materia, que es el abandono del criterio de igualdad entre las opciones que presentaran un determinado número de candidaturas, sustituido por el de proporcionalidad conforme la representación obtenida en los últimos comicios del mismo género. Fue ésta una evolución progresiva, plasmada definitivamente en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General[1430] y que actualmente presenta los siguientes elementos:

- Libertad de contratación de publicidad electoral durante la campaña en los medios privados (prensa y radio, a excepción de las concesionarias de la televisión privada y de las emisoras de radio de titularidad municipal) en un régimen de acceso no discriminatorio.
- Los sujetos programadores y emisores privados no están sujetos a los espacios de acceso gratuito.
- Distribución de los espacios gratuitos en los medios públicos conforme a los resultados obtenidos en la anterior elección equivalente.
- Detalladas reglas para la distribución de estos espacios conforme el respectivo ámbito de Programación y al principio de que los resultados se toman en cuenta conforme a los votos obtenidos en las circunscripciones correspondientes al ámbito territorial de difusión.
- Las candidaturas sin previa representación tendrán asignados 10 minutos en cada medio y ámbito de programación.
- Las candidaturas con representación y menos del 5% de los votos obtenidos tendrán 15 minutos y 30 las candidaturas con representación, que previamente hubieran obtenido entre un 5 y un 20% de los votos, reservándose 45 minutos para aquellas que hubieran superado el 20% de los votos.
- Pero es condición común a todas las opciones electorales presentar candidaturas en más del 75% de las circunscripciones comprendidas en el ámbito de difusión o programación (condición no aplicable en las elecciones municipales).
- En las campañas previas a un referéndum, los espacios se repartirán entre las formaciones políticas con representación en el Congreso, conforme al número de escaños.
- La Junta Electoral Central es la autoridad competente para la distribución de los espacios gratuitos, a propuesta de una Comisión de Radio y Televisión, compuesta por representantes de las formaciones que concurran a las elecciones y cuenten con representación en el Congreso.

[1430] La Ley Electoral General ha sido modificada por la L.O 1/1987, de 2 de abril, L.O 8/1991, de 13 de marzo y L.O. 6/1992, de 2 de noviembre. El resto de las normas que configuran el régimen del derecho de acceso electoral son: la L.O. 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum; la L.O 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada; la L. O 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora. Sobre esta última norma, véase **Jimena Quesada, Luis**, *"La campaña electoral y el derecho de antena en las radios municipales"*, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 4, Valencia, 1993. El auto plantea la interesante cuestión de si son constitucionalmente admisible hipotéticas campañas en las elecciones locales, desarrolladas en lenguas no españolas, dada la concentración de residentes extranjeros en municipios turísticos.

- La garantía del respeto al pluralismo y la neutralidad informativa en los medios públicos se confía a su organización y control, siendo recurribles ante la Junta Electoral Central las decisiones de sus órganos de administración.

El régimen establecido garantiza suficiente presencia de aquellas opciones políticas que no obtuvieron representación en las inmediatas elecciones y el reparto de tiempos parece bastante equitativo. A mi juicio las deficiencias del sistema residen en no otorgar tiempos de acceso gratuitos en radios y televisiones de titularidad privada y en no garantizar suficientemente la imparcialidad en los medios públicos. Respecto al acceso a los canales y Programaciones privadas podría establecerse como contrapartida la posibilidad de contratar publicidad electoral, en condiciones no discriminatorias y con rigurosas limitaciones de tiempos (por ejemplo, topes de 5 minutos a la hora y media hora diaria). En cuanto a la garantía de imparcialidad la práctica demuestra que los recursos y quejas ante la Junta Electoral Central, aunque den lugar a apercibimientos a la Dirección del medio público, no resultan muy eficaces. El problema debiera afrontarse en la reforma de los estatutos de los medios públicos, que debieran incluir un conjunto de normas profesionales en garantía de la imparcialidad.

Como conclusión general a este apartado podríamos establecer que las lógicas dificultades para conseguir una real equidad en tiempo de campaña electoral podrían si no superarse, sí relativizarse, si el derecho de acceso general estuviera bien resuelto. Si el pluralismo social se manifiesta habitualmente de modo eficaz a través del ejercicio de esta facultad, será menos grave que llegada la campaña electoral las opciones minoritarias no tengan exactamente las mismas oportunidades que las mayoritarias, porque durante los períodos ordinarios han podido expresar sus posiciones e informar con regularidad.

4. La libertad de programación como libertad-participación

La dimensión participación de la libertad reequilibra la relación jurídico-informativa. Los sujetos que participan comparten el ejercicio de determinadas facultades con aquellos otros que las desempeñan de un modo más característico y permanente. Esto desde el aspecto subjetivo; desde el institucional la mayor participación de los distintos sujetos es principio organizativo que coadyuva al logro del pluralismo.

La participación se produce en el seno de una organización, normalmente empresarial. Si la dimensión capacidad de la libertad de programación, el derecho de acceso, puede considerarse como una carga o limitación externa a la libertad de empresa y a la libertad de emisión, la dimensión participación supone una alteración más sustancial de los característicos poderes del titular de estas libertades. Se fundamentó ya en general la libertad de programación en relación a la libertad de empresa y a la libertad de emisión (cap. 3º, 3.1). Ahora corresponde, no tanto fundamentar, como exponer la necesidad y conveniencia de la participación para una realización más equilibrada de la relación jurídico-informativa en los medios audiovisuales.

El de favorecer la participación es uno de los mandatos que el art. 9.2 CE endosa a los poderes públicos. La participación en la vida política, económica, social y cultural se configura como un objetivo del Estado social y democrático de Derecho. Todas estas formas de participación se conjugan en la participación que proponemos: la participación en el poder editorial. El objetivo no puede ser otro que aumentar el pluralismo: el pluralismo de los sujetos y el pluralismo de los programas. Participando en el poder editorial se ejerce la libertad de difusión de mensajes audiovisuales; y se ejerce, justamente, colaborando en la determinación de los principios programáticos que predeterminan mensajes, programas y Programaciones. Es decir, desde un punto de vista institucional aumenta el pluralismo y se insertan elementos de gestión democrática; y desde un punto de vista subjetivo se ejerce la libertad de difusión en sus estadios preliminares.

Para que pueda invocarse esa participación tiene que existir un interés legítimo. Del mismo modo que si reconociéramos un derecho de acceso indiscriminado a cada individuo frustraríamos su ejercicio, de igual forma si todos los ciudadanos participaran en el poder editorial que corresponde a los titulares de la libertad de programación el ejercicio de tal libertad sería imposible. Por lo tanto, se proponen dos sujetos activos de esta libertad-participación: los profesionales y los grupos representativos.

Los profesionales se ven afectados directamente en su trabajo y en el ejercicio de su libertad de programación por la determinación de los principios programáticos. Si asumieran en solitario esta determinación dejarían sin contenido el derecho de los sujetos programadores y emisores. Por eso, lo que se propone es su participación en los órganos que determinan los principios programáticos (no los objetivos y fines estatutarios). Y en cuanto que la concreción de los principios se confía a profesionales que gozan de la confianza de los sujetos programadores, no parece descabellado que cuenten también con

el respaldo corporativo de sus propios compañeros profesionales. Esta participación obliga tanto a los sujetos públicos como a los privados, pues, tanto en un caso como en otro, la adecuada realización de su libertad de programación depende en idéntico grado de esta participación.

Más complicada de justificar y articular resulta la participación del sujeto universal, del público, especialmente con respecto a los sujetos privados. En este caso no existe la vinculación y continuidad que se da en los profesionales entre la determinación de los principios editoriales y su ejercicio de la libertad de programación. No existe interés legítimo ni supuesto de hecho que justifique esta participación de los individuos, ni respecto a los sujetos privados y ni siquiera frente a los públicos. Respecto a los públicos, sin embargo, la participación institucional de grupos representativos es el camino más adecuado para romper el *impasse* y la falta de determinación a la que llevaría una interpretación radical de la neutralidad ideológica a la que están obligados. Una participación que no tiene porque limitarse a la determinación de los principios programáticos y que puede alcanzar a los máximos órganos de gestión de los sujetos públicos. En cambio, no se da esta justificación en el caso de los sujetos privados. Con una excepción y es que la respectiva Programación sea la única en su respectivo ámbito de difusión. Entonces, para introducir el pluralismo interno donde no existe el externo, estaría justificada la participación institucional.

La participación modifica sustancialmente la libertad de empresa y la libertad de emisión. Es cierto que el art. 20 no prevé de manera expresa la participación en los sujetos emisores o programadores. Se limita a remitir a la ley la organización y el control parlamentario de los medios públicos. Control parlamentario quiere decir control externo, por tanto ningún elemento se impone respecto a su organización interna, que como es lógico, deberá estar en consonancia con los propios principios constitucionales. En cuanto a los medios privados nada se dice, lo que equivale en la práctica a remitir su organización a los poderes típicos del titular de la libertad de empresa, por mucho que no pueda confundirse empresa y medio[1431].

En la propia Constitución encontramos elementos para justificar la participación. El texto constitucional desarrolla el mandato del art. 9.2 en algunos supuestos concretos. El principio de participación se concreta en la relación educativa (que tanta semejanzas guarda con la informativa) en la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7). Y, de modo más general, el principio de participación se concreta en el art. 129.2 como un mandato a los poderes públicos, más explícito que el del 9.2, para que promuevan la participación en el seno de la empresa. La participación de padres y alumnos puede equiparse a la participación del sujeto universal; la participación de los profesores y en general la participación de los trabajadores en la empresa es también punto de partida para la participación de los profesionales.

La jurisprudencia constitucional no ha entrado a delimitar el contenido esencial de la libertad de empresa, circunscribiéndose a analizar su compatibilidad con la publificación

[1431] Véase a este respecto la teoría del profesor Desantes, recogida en la nota 1116.

de determinadas actividades o la planificación económica[1432]. Pero si ha examinado en su **STC 142/1993** una concreción de ese mandato al legislador para que facilite la participación. Se trata del llamado derecho de información de los representantes sindicales, consagrado en la Ley 2/1991, que en su art. 1.1 establece la obligación de los empresarios de entregar a los representantes de los trabajadores una *copia básica* de todos los contratos que deban celebrarse por escrito. Rechazado que tal obligación vulnere el derecho a la intimidad de los trabajadores, como alegaban los recurrentes, el Tribunal Constitucional considera que se trata de una manifestación (como la propia ley impugnada declara) de la participación en la empresa prevista en el art. 129.2, vinculando este mandato al legislador con el principio participativo más general del art. 9.2, que considera medio para hacer realidad la libertad y la igualdad de individuos y grupos. La participación de los trabajadores en la empresa se inserta, así, de modo finalista, entre los principios constitucionales claves del sistema[1433]. Y en cuanto a la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de los centros financiados con fondos públicos, el Tribunal Constitucional tiene declarado en la **STC 77/1985** (FJ. 21º) que se trata también de una manifestación del principio de participación y que, por tanto, puede revestir las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa e incluso decisoria.

Entiendo, por tanto, que hay base constitucional suficiente para postular la dimensión participación de la libertad de programación, siempre previa la interposición legislativa y en los términos que a continuación se desarrollan.

4.1. Participación del público. La participación institucional

La participación del público se concreta en una participación institucional en los medios públicos. La **STC 5/1981** (FJ. 19º) declara que imponer el cauce asociativo (de las asociaciones de padres de alumnos) para ejercer la participación en los centros, como exigía la L.O 5/1980, era una restricción innecesaria a este derecho de participación. Pero esa prioridad a la participación personal resulta a todas luces imposible en la libertad de programación, pues no existe la vinculación personalizada con la Programación que se da en el caso de los padres y alumnos respecto al centro.

La participación institucional del público debe articularse prioritariamente por medio de las asociaciones a través de las que se organiza como sujeto receptor. El carácter público de los sujetos emisores o programadores exige que los principios programáticos sean adoptados por órganos deliberantes. En ellos pueden estar representados partidos políticos, corporaciones locales (cuando éste sea el ámbito de la Programación), asociaciones culturales, pero de modo muy destacado las asociaciones de telespectadores. Es a través de ellas como se establece la vinculación subjetiva más factible entre la participación institucional y el sujeto universal. La libertad de programación exige que esa participación se realice en el nivel de la determinación de los principios

[1432] **Monereo Pérez, José Luis; Olarte Encabo, Sofía**, *"Los derechos de información en el marco del sistema de derechos constitucionales"*, , p. 57.

[1433] Ibídem, pp. 36-37.

programáticos, pero esa participación, en cuanto elemento organizativo democrático, podría perfectamente extenderse a la propia gestión empresarial de los sujetos públicos.

El ejemplo más depurado de participación institucional es el de Alemania. Ya desde sus orígenes[1434] el órgano clave de las instituciones públicas de radio y televisión es el Consejo de Radiodifusión. Este órgano deliberante tiene competencias y composición diversa en cada uno de los organismos públicos, pero se caracterizan en todos los casos por ser el órgano soberano al que se confía la independencia, o lo que es lo mismo, la titularidad de la libertad institucional de radiodifusión. El Consejo de Radiodifusión está compuesto por representantes de las instituciones que expresan el pluralismo social, siendo siempre minoría los representantes de los gobierno y parlamentos regionales. En algunos casos, el Consejo de Radiodifusión nombra al máximo ejecutivo, el Intendente.

En nuestro sistema el principio participativo no ha tenido un desarrollo significativo. El Estatuto de la Radio y la Televisión establecía dos instancias de participación. La primera, a nivel nacional, eran los Consejos Asesores de los medios englobados en RTVE, entonces RNE, TVE y RCE. La segunda, de ámbito autonómico, establecía en cada Comunidad un Consejo asesor del Delegado territorial del Ente Público. Los Consejos Asesores de cada medio, previstos por el art. 9 del Estatuto, nunca han llegado a constituirse. En su composición estaban presentes representantes de los trabajadores, personas con relevantes méritos culturales (designados por acuerdo del Consejo de Administración y el Instituto de España), representantes de la Administración y representantes de los entes autonómicos. Aunque de carácter asesor, su única función clara (además de dar su opinión sobre lo que se solicitara) era dar asesoramiento al Consejo de Administración en materia de programación. El desarrollo del precepto nunca llegó y pese a las protestas de los Sindicatos esta tímida instancia de participación nunca ha se ha constituido, en un caso más de incumplimiento de los mandatos del Estatuto.

Más juego han dado los Consejos asesores autonómicos. Su función básica era la de asesorar al Delegado Territorial respecto a las necesidades y capacidades de la Comunidad Autónoma en orden a la descentralización de los servicios de radio y televisión, con capacidad de formular a este respecto recomendaciones al Consejo de Administración por medio del Delegado Territorial. El art. 14.2 remitía su composición a una ley de la respectiva comunidad autónoma. El Gobierno recurrió la Ley 6/1981 de la Generalidad de Cataluña y el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de clarificar en su sentencia de 23 de marzo de 1982 la naturaleza compleja de este órgano. Para el Tribunal Constitucional no hay duda de que se trata de un órgano de RTVE en la Comunidad Autónoma, pero es un órgano designado por ésta, representativo de sus intereses, y por ello el nombramiento lleva implícito ciertas facultades normativas en lo concerniente a la representación de los intereses autonómicos. En uso de estas facultades normativas cada Comunidad Autónoma[1435] estableció para este Consejo una funciones, muy semejantes en las distintas

[1434] Véase, **Williams, A.** , op.. cit., pp. 95-119.

[1435] Las normas en esta materia son las siguientes: Decreto 198/1982, de 7 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley reguladora del Consejo Asesor de RTVE en Cataluña; Ley 2/182, de 21 de diciembre (Andalucía); Ley 10/1983, de 9 de diciembre (Galicia); Ley 5/1983, de 4 de agosto (Principado de Asturias); Ley 1/1984, de 27 de febrero (Cantabria); Ley 5/1984, de 7 de marzo (Comunidad de Madrid); Ley 3/1984, de 6 de junio (Comunidad Valenciana); Ley 4/1984, de 26 de junio (Aragón); Ley 4/1984, de 12 de noviembre (Región de Murcia); Decreto 100/1989, de 22 de diciembre Reglamento (Región de Murcia); Ley 6/1984, de 15 de noviembre (Islas Baleares); Ley 2/1985, de 4 de marzo (Navarra); Ley 9/1985,

leyes, y en general preocupadas por la descentralización y el establecimiento de sistemas transitorios de programación hasta que a la respectiva Comunidad le fuera otorgada la concesión del llamado *Tercer Canal*[1436]. Al alcanzar estas concesiones las Comunidades Autónomas se desinteresaron por la programación regional de RTVE, que ven como una competencia a la propia. Son justamente los últimos consejos asesores establecidos, los de aquellas comunidades que no han optado a la concesión del *Tercer Canal*, los que han tenido un papel más relevante y han servido de foro para preparar acuerdos entre RTVE y la Comunidad dirigidas a promover programación específicamente autonómica. Pero su composición ha *parlamentarizado* estos consejos, a imagen y semejanza de la Comisión Parlamentaria de Control de RTVE. En todos los casos la designación corresponde al Consejo de Gobierno a propuesto de la correspondiente Asamblea, atribuyéndose los puestos por sistema proporcional entre los distintos grupos parlamentarios. En unos casos los consejeros se eligen entre los propios parlamentarios autonómicos, en otros entre las personas propuestas por los grupos parlamentarios; en un caso u otro, los consejos son meros apéndices de las respectivas cámaras.

En el caso de los sujetos emisores y programadores de naturaleza pública sostenemos que su gestión debe ser independiente de los poderes políticos. Es coherente con nuestro sistema que corresponda al Parlamento la designación de los órganos deliberantes y ejecutivos de estos sujetos, así como su control externo. Pero su composición debe salir del estrecho círculo del aparato de los partidos y abandonarse definitivamente los sistemas de designación por cuotas proporcionales. El sistema democrático que me parece más adecuado a la naturaleza y función de la radio y la televisión es el de la designación parlamentaria por consenso del órgano deliberante entre representantes de un abanico amplio de instituciones. Este órgano deliberante debiera elegir a los órganos ejecutivos colegiados y proponer al Congreso el nombramiento de su máxima autoridad (véase el anterior apartado).

Pero no es éste el tema que nos corresponde aquí. De lo que se trata es de insistir en que en el órgano deliberante -ya sea uno general, ya uno específico con esta concreta misión- competente para determinar los principios programáticos deben participar representantes del público, preferentemente por la vía de las asociaciones de espectadores. Es ésta una exigencia de la dimensión participación de la libertad de programación.

Esta *parlamentarización* de la participación exige una reflexión. Esta fuera de duda que la representación parlamentaria expresa el pluralismo social mediante opciones que proponen una ordenación global del respectivo ámbito político. Pero la representación parlamentaria no agota la expresión del pluralismo. Es necesario que la democracia representativa se complemente con instituciones de democracia participativa. Existen intereses legítimos de carácter sectorial que también expresan el pluralismo y que son más específicos y cercanos a la administración de determinadas instituciones.

---

de 4 de diciembre (País Vasco); Ley 1/1987, de 7 de abril (Castilla-La Mancha); Decreto-Legislativo 1/1989, de 4 de mayo (Castilla-León); Ley 1/1989, de 31 de mayo (Extremadura); Ley 5/1989, de 19 de octubre (La Rioja).

[1436] También son comunes las disposiciones en las que se atribuye al Consejo el asesoramiento en materia de personal del correspondiente Centro Territorial de RTVE.

4.2. Participación de los profesionales. Estatutos de Redacción

Como ya justificamos al comienzo de esta sección la participación de los profesionales es más fácil de fundamentar y articular que la del público. La participación de los periodistas ha encontrado reconocimiento constitucional en Portugal (art. 38.2), en forma de intervención en la orientación editorial y del derecho a constituir consejos de redacción, aunque, curiosamente, circunscrita a la prensa y los órganos privados, todo una paradoja, pues, en principio parece siempre contar con más base la participación en los medios audiovisuales (servicio público, foro público) y en los medios de carácter público, paradoja que se explica en el caso del vecino país por razones históricas y por el especial estatuto de la radio y la televisión públicas. Pero dejando al margen este caso, la participación de los profesionales se encuentra reconocida en unos cuantos casos a nivel legislativo y más frecuentemente a nivel convencional en forma de Estatutos de Redacción.

El anhelo de independencia es una constante entre los profesionales del periodismo de todas las épocas. Pero sólo cuando esta independencia se ve especialmente amenazada por alguna injerencia de naturaleza extraordinaria son los periodistas capaces de movilizarse en reivindicación de la autonomía y dignidad amenazadas. Es entonces cuando se toma conciencia de que un medio privilegiado para garantizar esa independencia es participar en el poder editorial. Es necesario, en definitiva, que los profesionales se sientan amenazados por la quiebra del *status quo*.

Tal fue el caso de las sociedades de redactores en Francia[1437]. Si en los pequeños diarios decimonónicos de partido redactores y militantes comparten junto con algún mecenas el poder editorial, la conversión de la prensa en industria supone la enajenación del poder editorial en favor del capital. El movimiento de las sociedades de redactores supone un intento más que de participar, de reconquistar ese poder editorial, siempre con el acicate o la amenaza de cambios editoriales que se perciben como atentatorios a la dignidad profesional. Es éste un camino que sólo se explica por la peculiar titularidad de los grandes periódicos franceses de posguerra: sus propietarios eran personas e instituciones con un especial protagonismo en la Resistencia, premiados, a la hora de la Liberación, con los periódicos confiscados. De ahí que la redacción se reclamara como depositaria del primigenio ideario y del pluralismo encarnado en las grandes familias ideológicas de la Resistencia. Y así, la sociedad de redactores -de la que se es miembro sólo en cuanto que redactor del periódico y en la medida en que con él se mantenga la relación laboral- participa en el accionariado, sienta sus representantes en el Consejo de Administración y se dota de una minoría de bloqueo, con la que puede vetar cualquier decisión trascendental para el medio. El paradigma y modelo durante décadas será la sociedad de redactores del diario *Le Monde*, pero, fuera de Francia (salvo en los casos de cooperativas, de siempre azarosa vida económica) la participación en el capital se muestra un camino inviable.

[1437] Véase **Informe Lindon**, *"Informe sobre los problemas planteados por las sociedades de redactores en Francia" en Textos y Documentos*, Servicio Informativo Documental Español, Madrid, 1971.

El movimiento francés de las sociedades de redactores tiene un referente ideológico: mantener la definición fundacional del medio. En este sentido, coincide con otra institución francesa, aún más antigua, la cláusula de conciencia, que ofrece una compensación económica personal cuando esa definición cambia. Una y otra suponen la conquista de un poder editorial -bien que colectivo y bajo la premisa de una identificación ideológica- y avanzan la ideas de independencia profesional y desarrollo de unos derechos específicos de los informadores.

Ni que decir tiene que el modelo es difícilmente exportable fuera de Francia. El otro punto de referencia -éste, sí, ya respecto a la radio y la televisión- es el de los estatutos de redacción en los organismos de radiodifusión alemanes a comienzos de los 70[1438]. La creciente influencia de los partidos en los consejos de radiodifusión (por ejemplo, en el caso de la WRD por convertirse en diputados algunos miembros elegidos anteriormente en razón de otra representación) hizo que el personal de redacción y programación sintiera su independencia amenazada. Surgió, así, un movimiento reivindicativo que encajaba tanto en la tradición de cogestión alemana, como en la doctrina constitucional de la *libertad interna* de la radiodifusión. En algunos de los organismos regionales el movimiento se concretó en un conjunto de directivas que el Intendente (el máximo órgano ejecutivo personal) se comprometía a respetar en aras de la independencia profesional. Pero en la NDR se llega a pactar en 1974 un Estatuto, con valor de norma interna, que desarrollaba el derecho de los informadores a no ser obligados a actuar contra su conciencia, a recibir explicaciones por los cambios editoriales realizados en sus trabajos y a ser informados y oídos en los cambios de los responsables editoriales. El Estatuto se cuidaba de precisar que no intentaba limitar los poderes de los órganos deliberantes y ejecutivos del organismo de radiodifusión ni entrar en el terreno de la cogestión establecido por la legislación laboral.

Por esta época se desarrolla en Alemania un interesante debate. La participación de los informadores en el poder editorial ¿atenta contra la independencia de la radiodifusión o es un desarrollo de esa *libertad interna* que el Tribunal Constitucional entendía todavía por esas fechas que sustituía con ventaja a la *libertad externa*?. Para muchos el movimiento de los estatutos de redacción rompía el equilibrio constitucional y atentaba contra la independencia de los organismos de radiodifusión, al poner la última decisión -y ésta era una interpretación maximalista e interesada- en los profesionales, que no representaban ningún interés socialmente relevante ni gozaban de ninguna legitimación democrática. Para otros no era sino un medio de profundizar en la *libertad interna* del medio. Con el tiempo, el movimiento fue diluyéndose, pero aunque no alcanzó grandes objetivos institucionales, conquistó un conjunto de normas internas de trabajo, que se han mantenido, y la facultad *de facto* de ser oídos por los órganos de gobierno.

En España, la crisis del diario *Madrid* propició la constitución de una sociedad de redactores. Más trascendencia tiene la instauración de Estatutos de Redacción en la prensa[1439]. El primero fue el Estatuto de Redacción del diario *El País*. Al Estatuto se llega al cabo de cinco años de existencia del periódico y aunque es fruto de la presión de los profesionales se asume por la empresa informativa como elemento de calidad o fiabilidad

[1438] Sobre este movimiento, véase **Williams, A.**, op. cit., pp. 138-157.

[1439] Sobre este tema, véase *"Los Estatutos de Redacción. V Semanario profesional Comunicación Social".* COSO 95, Valencia, 1995.

respecto a los lectores[1440]. El Estatuto -con una visión quizá estrecha- declara el objetivo de ordenar las relaciones de la Redacción con la Dirección y la sociedad editora. Desarrolla los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, reitera el poder editorial del Director (incluido su derecho de veto sobre cualquier original), establece la consulta no vinculante en la designación del Director y otros responsables editoriales e instituye un Comité de Redacción, como órgano de representación y mediación profesional. Es interesante que como marco de referencia se incluye lo que se denominan principios (editoriales) de la publicación. Este Estatuto ha tenido una gran influencia en todos los textos implantados o negociados en España, aunque sus planteamientos, sobre todo en lo que se refiere a los derechos profesionales, son bastante limitados. Su mayor virtualidad es la creación de un órgano de participación y, sobre todo, someter la designación de los responsables editoriales a consulta de la Redacción. Pese a que no se trata de un supuesto de nombramiento compartido, el rechazo de la Redacción significaría un desprestigio para el candidato y la sociedad editora, lo que obliga a alguna manera de consenso. En la misma línea se encuentra el Estatuto de *El Mundo*[1441]. Así, si 2/3 de los redactores se opusiera al nombramiento del Director, esta postura, que no es vinculante para el Consejo de Administración, podrá ser expresada por el Consejo de Redacción en las páginas de opinión (art.4).

En la radio y la televisión públicas no ha resultado nada fácil el proceso de instaurar Estatutos de Redacción. Ya en 1984 se redacta en los Servicios Informativos de TVE un primer texto[1442], que no llega a ser negociado con la Dirección. Después de varios intentos a finales de los años 80, en 1997 se inicia un nuevo proceso, que da lugar a un texto bastante depurado, que empieza a ser negociado con la Dirección, hasta que ésta interrumpe el proceso. Tampoco *Telemadrid* ha logrado ver aprobado su Estatuto, al no coronar un proceso negociador que comenzó en 1993. El único organismo público que ha instaurado un Estatuto de Redacción es la *Corporació Catalana de Rádio i Televisió*. En marzo de 1998 el Consejo de Administración aprueba el texto, tras una negociación con los representantes sindicales. A falta de unos principios programáticos, el Estatuto se remite al marco deontológico. Además de los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional desarrolla los derechos de autor y crea un Comité Profesional, órgano de representación y mediación, al que se comunica el nombramiento del Director de los respectivos Servicios Informativos, sin que se prevea un procedimiento para que éste órgano emita su parecer sobre esta designación.

Resulta significativa la dificultad para pactar los estatutos en los organismos públicos de radio y televisión. Los órganos de dirección siguen convencidos de que en ellos reside la única legitimidad: la parlamentaria en el caso de los Consejos de Administración, la ejecutiva en el caso del Director General. Si los gestores dependen del poder ejecutivo ven a los consejos de redacción como el caballo de Troya de la oposición. Y si los gestores dependen del parlamento tienen la tentación de invocar la especial

[1440] El Estatuto fue aprobado por el Consejo de Administración el 29 de abril de 1980; por la Redacción el 11 de junio de 1980; por la Junta de Fundadores el 18 de junio de 1980 y por la Junta General de Accionistas en su sesión de 19/20 de junio de 1980.

[1441] Puede consultarse en *Libro de Estilo*, op. cit., pp. 117-124.

[1442] Véase **Díaz Arias, Rafael**, *"Por una información profesional: un proyecto de Estatuto para los Servicios Informativos de TVE"*, Revista de Documentación de Ciencias de la Información, Madrid, 1984.

legitimidad democrática, que entienden les han traspasado los representantes populares, legitimidad que -dicen- no puede ser coartada por *"órganos corporativos"* como los consejos. Se da así la paradoja de que ni el carácter público ni la especial naturaleza del medio favorecen la participación, sino más bien al contrario.

Resumiendo, los elementos sustanciales de un estatuto de redacción[1443] son:

- Un fundamento en el derecho a la información, reconocido constitucionalmente.
- Un referente fundacional: ideario editorial o noción de servicio público.
- Un referente deontológico.
- Un desarrollo de los derechos profesionales derivados del derecho a la información.
- Un órgano de representación y participación: el consejo de redacción.

Los estatutos de redacción son un medio limitado de participación. En realidad, como se ha expuesto, su principal objetivo es garantizar la independencia profesional, desarrollando los derechos de informadores y programadores y ordenando las relaciones entre la empresa y los profesionales. Todos los estatutos declaran excluir de su ámbito las relaciones laborales y muchos especifican que los derechos profesionales que reconocen no depararan ventaja o derecho económico alguno. Pero en todo ellos se establece un sistema de participación de los profesionales, si bien que limitado, a través de consejos de redacción o comités profesionales. La eficacia de estos órganos depende más de la autoridad moral de sus componentes que de sus competencias estrictas, pero en cualquier caso abren un cauce para la participación en el poder editorial, mediante su mediación en los conflictos profesionales, emitiendo su opinión sobre la propia Programación y dando su dictamen no vinculante a la designación de los responsables editoriales. Unas facultades desde luego muy lejanas a la elección del Director del centro docente por el Consejo Escolar en los centros públicos, o la aprobación de la designación realizada por el titular del Centro en los privados sostenidos con fondos públicos, modo éste de participación que la **STC 77/1985** declaró compatible con la capacidad de decisión del titular.

Todas estas formas limitadas de participación lo son a nivel de la elaboración de los programas. No podemos, en cambio, citar ningún caso de participación en los órganos deliberantes que establecen los principios programáticos. Y sin embargo esa participación a nivel determinativo es esencial. Esencial para la libertad de programación de los profesionales, que en el marco de los principios constitucionales y estatutarios establecidos por los poderes públicos, podrían codeterminar los principios a los que habrá de ajustarse luego su práctica cotidiana. Y esencial para desgubernamentalizar la Programación de los medios públicos.

[1443] **Díaz Arias, Rafael**, *"Por una información independiente y profesional. Estatutos de Redacción"*, Encuentro de Periodistas y Profesionales de la Información, CCOO-FESPACE, Madrid, 1997.

Puede que otras manifestaciones de la libertad de programación planteen serias dificultades de articulación. Esta participación de los profesionales es sencilla de organizar y puede tener unos efectos positivos inmediatos. La contrapartida sería una mayor responsabilidad de los profesionales, pero eso ya es materia del inmediato capítulo.

CAPÍTULO 4

LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN: EJERCICIO Y RESPONSABILIDAD

1. Libertad de programación y libertad de recepción

En la relación jurídico-informativa en los medios audiovisuales la libertad de programación tiene su correlato en la libertad de recepción. La libertad de programación no es un fin en si misma, pues sólo puede realizarse por medio de la recepción de programas y Programaciones. Por eso, la libertad de programación tiene que armonizarse con la libertad de recepción. Hasta ahora hemos desarrollado el alcance del derecho a la información (capítulo 1º), origen y fuente de la libertad de programación; hemos estudiado el régimen de la relación jurídico-informativa en los medios audiovisuales (capítulo 2º), que es el contexto en el que se ejerce la libertad de programación; hemos desarrollado y fundamentado su concepto y profundizado en sus dimensiones de autonomía, participación y capacidad (capítulo 3º). Nos corresponde en este capítulo 4º poner en correlación el ejercicio de la libertad de programación con la libertad de recepción. Si en el capítulo anterior hemos desarrollado las facultades de los sujetos organizados, de los sujetos cualificados y del público, en cuanto que sujeto difusor, ahora nos toca enfrentar estos poderes con los derechos de ese mismo público en cuanto que sujeto receptor.

La libertad de recepción, como la libertad de programación, tiene un mismo origen en el derecho fundamental a la información. Sin un reconocimiento y protección eficaz de la libertad de recepción la libertad de programación quedaría invalidada. Tan importante es que los programadores tengan la capacidad de programar con independencia, como que el público receptor al que van dirigidos esos programas y Programaciones pueda escoger libremente, sin injerencias ni imposiciones. La libertad de recepción tampoco es una libertad incondicionada. Como libertad-autonomía supone la protección frente a intromisiones ilegítimas de los poderes públicos o privados y como libertad-capacidad puede entenderse como la facultad de exigir que el Estado garantice un suministro suficiente y adecuado de programas para que el sujeto receptor pueda desarrollarse culturalmente en la sociedad de su tiempo. Pero la libertad de recepción no comporta un derecho incondicionado a recibir cualquier mensaje audiovisual en cualquier tiempo; del mismo modo que el derecho a la información no significa un ilimitado derecho a conocer respecto a informaciones que legítimamente se quieran mantener reservadas[1444], así tampoco podemos exigir a los programadores que produzcan, realicen y emitan para nosotros programas que carezcan de una relevancia general o sobre los que pese una reserva de confidencialidad.

[1444] **Barendt, E.**, *Freedom of speech*, op. cit, p. 26 y 82-83.

El reconocimiento expreso de la libertad de recepción ha llegado a nuestro Derecho positivo por vía indirecta. Han sido las Directivas de la Televisión Sin Fronteras y el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza las que han propiciado la positivización de la libertad de recepción. La Ley 25/1994, que traslada la Directiva 89/552/CEE, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio, de acuerdo con la Directiva 97/36/CE, garantiza en su art. 4 la libertad de recepción (y retransmisión, en los términos de la L. 22/99[1445]) de las emisiones de televisión de operadores bajo jurisdicción de otro Estado miembro de la Unión Europea. Poco hubiera costado hacer un reconocimiento general de la libertad de recepción, con especial mención a las emisiones provenientes de los operadores europeos. No obstante, puede interpretarse que la libertad de recepción se garantiza también para las emisiones de los operadores españoles, no sólo porque otra cosa entraría en conflicto con el art. 20 CE y sería una aplicación discriminatoria de normas comunitarias, sino, además, porque España ha suscrito el Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza cuyo art. 4, bajo la rúbrica libertad de recepción y transmisión, establece que las Partes garantizarán la libertad de recepción. Estos compromisos, asumidos en las citadas leyes españoles, van más allá del simple no impedir, pues al utilizar la fórmula *"se garantiza"*, el Estado debe adoptar un actitud promocional de esta libertad[1446]. Entiendo que así se hace cuando, por ejemplo, se establecen normas de limitación de la publicidad o de la contraprogramación. En cuanto a la retransmisión, es una forma de libertad de programación que requiere de la previa recepción. La garantía de la libertad de recepción se condiciona a que las emisiones extranjeras no perturben las de las emisoras españolas, cumplan en general las normas españolas y expresamente no violen en más de dos ocasiones las disposiciones de protección de los menores, con la posibilidad en tal caso de impedir la recepción, como permiten las normas comunitarias[1447].

La libertad de recepción impone sus exigencias al régimen de los medios, en concreto respecto al régimen de los sistemas de recepción. Recordando las conclusiones del capítulo 2º, 3.8, la libertad de recepción requiere la existencia de sistemas abiertos, el también carácter abierto y compatible de los medios de acceso condicional de los sistemas cerrados y la protección especial del receptor-abonado, frente a las prácticas comerciales indebidas de los emisores-suministradores. No suponen injerencias incompatibles con la libertad de recepción someter la posesión de receptores a declaración para grabar su

[1445] El apartado 2 del art. 2 de la Directiva 89/552/CEE establecía que los Estados miembros no obstaculizarían la retransmisión de las señales de televisión provenientes de otros Estados miembros., extremo éste no garantizado expresamente en el art. 4 de la Ley 25/1994. En sentencia de 10 de septiembre de 1996 (Comisión contra el Reino de Bélgica) el Tribunal Europeo falló que un sistema de autorización previa condicionada a ciertos requisitos de la retransmisión de las emisiones que son competencia de otro Estado miembro viola la citada norma. La nueva Directiva reitera esta obligación en el art. 2 bis 1., indicando que no podrán obstaculizar estas retransmisiones *"por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva".* La nueva redacción del art. 4 por la Ley 22/1999 precisa que se garantiza la libertad de recepción y retransmisión de las emisiones de operadores bajo la jurisdicción de otros Estados miembros *"siempre que no interfieran técnicamente las que realicen regularmente las emisoras españolas ni vulneran las normas españolas relativas a materias distintas de las reguladas en esta ley".*

[1446] **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 210.

[1447] Esta cláusula, existente ya en la Directiva 89/552, se ha incorporado al art. 4 en la Ley 22/1999, mientras que desaparece el requisito existente en la Ley 25/1994 de que el emisor extranjero cumpliera las normas comunitarias y la legislación del Estado en que se encontrara implantado en las materias reguladas por la ley, una exigencia que entraba en conflicto con el principio de que un solo Estado, el del lugar de establecimiento del operador, ejerce su jurisdicción para determinar la conformidad de las emisiones con el derecho nacional, armonizado por las Directivas.

tenencia, ni las normas especiales urbanísticas reguladoras de la colocación de antenas y otros sistemas de recepción en lugares públicos[1448].

La armonización de la libertad de programación con la libertad de recepción da una coloración institucional a la primera. La libertad de programación debe someterse a una ordenación institucional para que, sin perder su naturaleza de derecho subjetivo en sus distintas manifestaciones, se permita al receptor ejercer una verdadera opción entre los distintos mensajes, programas y Programaciones; para que esa opción sea libre y real, sin que haya que aceptar mensajes indeseados; para que la recepción inadvertida no cause daño en los sujetos receptores en período de maduración; para que haya, en fin, la posibilidad de elegir entre todo tipo de programas y no sólo aquellos impuestos por el mercado o las estrategias de las multinacionales. Esta adecuación institucional libertad de programación-libertad de recepción choca con la concepción individualista, para la que sólo los mecanismo de mercado deben determinar los programas ofertados al público. No se trata sólo de superar las deficiencias del mercado, que hasta sus más acérrimos defensores no tienen más remedio que reconocer; se trata, de garantizar a los sujetos receptores una verdadera libertad de elección, fomentando para ello los programas que, por no reunir audiencias mayoritarias, corren el riesgo de desaparecer[1449].

La ordenación institucional de la libertad de programación no agota los problemas que suscita su ejercicio. El ejercicio de la libertad de programación comporta deberes positivos frente al sujeto receptor y supone, como no podía ser menos, responsabilidad jurídica en caso de extralimitación. Por último, un ejercicio eficaz de la libertad de recepción exige un conjunto de garantías sociales y jurídicas. Cambiamos en este capítulo, por tanto, de óptica: si hasta ahora nuestro punto de vista era el del sujeto difusor, ahora tendremos también en cuenta el del sujeto receptor. Por eso, algunos temas ya tratados volverán a mencionarse aquí. Dado su contenido, su extensión es mucho más breve que los anteriores, pero por razones sistemáticas se han mantenido separadamente. En los tres primeros apartados de esta sección afrontaremos los deberes generales del programador y la cuestión de si el público tiene derecho a un determinado tipo de Programación. Los tres últimos se dedicarán a las obligaciones más importantes que el Derecho europeo impone a los programadores en aras de los derechos de los receptores. De ellas, la limitaciones a la publicidad y el fomento a los programas europeos se dirigen expresamente a promover la libertad de recepción; en cuanto a las especiales medidas de protección de los menores, se trata de evitar los efectos nocivos del ejercicio de la libertad de programación sobre los sujetos receptores inmaduros y, por tanto, el tema podría afrontarse desde la óptica de la responsabilidad de los sujetos programadores y emisores, pero he preferido efectuar su estudio en esta sección en cuanto a que los requerimientos

[1448] Ello sin perjuicio de que la Comisión Europea de Derechos Humanos haya reiterado que estas autorizaciones previas por razones económicas, administrativas o urbanísticas no pueden encontrar sustento legal en la previsión de autorización previa que de las actividades de emisión hace el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase **Ripol, S.**, op. cit., p. 114.

[1449] Esta consideración del sujeto receptor como titular de una libertad incluida en el derecho fundamental a la información no debe hacernos perder de vista que este receptor es también un consumidor, destinatario final de un servicio, en los términos del art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y como tales titulares de un derechos merecedores de protección especial. Esta doble condición de receptor y consumidor es más evidente en las distintas modalidades de televisión de pago. Véase **Ortega, Luis**, *"El derecho del audiovisual y los consumidores"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio 1999.

de la normativa europea definen lo que denominaremos *Programación básica* en el segundo apartado de esta sección.

1.1. Deber general de transparencia e integridad. Derecho a la autoprogramación

¿Tiene el sujeto receptor unos derechos específicos frente a los sujetos programadores y emisores?. Como ya indicamos, el sujeto universal no puede invocar un derecho general a recibir cualquier clase de mensaje que desee. Pero quien programa y emite se coloca una situación jurídica, que va a generar una relación cuando se produzca la recepción por parte de un sujeto o una pluralidad de sujetos. Es en esta relación concreta en la que puede hablarse de derechos del sujeto receptor, que, lógicamente, tienen su correlato en obligaciones de los sujetos programadores y emisores. Los sujetos programadores y emisores tienen unos deberes deontológicos, de los que nos ocuparemos al tratar de los sistemas de autocontrol, pero tienen también unos deberes propiamente jurídicos que se corresponden a los derechos de los sujetos receptores. Cabe distinguir entre el derecho general que todo ciudadano tiene a recibir mensajes audiovisuales, como manifestación de la cultura de nuestro tiempo, que podría concebirse como un derecho de prestación frente al Estado, y los derechos concretos como receptor de una específica Programación. A ese derecho genérico frente al Estado dedicaremos el siguiente apartado. Ahora, se trata de desarrollar los derechos y deberes que se originan por el hecho de recibir una Programación.

El carácter gratuito que ha tenido hasta fechas recientes la recepción de programas audiovisuales, la facilidad de esta recepción y el nulo esfuerzo exigido a los receptores, ha propiciado una actitud pasiva por parte de éstos, hasta el punto de que en la jerga norteamericana se hable del *"espectador patata"*, aquel que acepta sin ningún discernimiento crítico cualquier cosa que pueda ofrecer la pantalla electrónica. En nuestro caso, la falta de una tradición asociativa ha coadyuvado a que los sujetos receptores apenas hayan expresado sus anhelos o frustraciones pública y organizadamente. A diferencia de otros países, las asociaciones de espectadores tienen muy poco arraigo, pero su causa ha quedado englobada en general en la del movimiento de los consumidores, cada día más fuerte en nuestro país. Recientemente los consumidores hicieron público un decálogo de los derechos del usuario de la comunicación[1450], muy general, cuyo primer y

[1450] Con motivo del Día Mundial de los Derechos del Consumidor de 1996, la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU) elaboró este decálogo, reproducido por **Quintana, Y**, op. cit. pp 233-234. *"EL USUARIO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACION TIENE DERECHO A: 1. Que los medios de comunicación respondan a su función esencial de satisfacer el derecho a la información de los ciudadanos. La información es un derecho fundamental cuya titularidad corresponde a los propios ciudadanos. La información será veraz, plural y eficaz. 2. El usuario tiene derecho a acceder a través de los medios de comunicación a la educación y a la cultura.. También tiene derecho a que los medios faciliten el diálogo social y sean promotores de los valores universales. 3. Que se respeten los horarios anunciados de emisión de los programas. CEACCU entiende que cualquier práctica de contraprogramación vulnera este derecho. 4. Que se deslinden clara y explícitamente los mensajes publicitarios, de cualquier naturaleza, del resto de los contenidos. 5. Los niños como público particularmente protegido por la ley, tienen derecho a que los medios de comunicación, y muy en especial la TV, respeten su intimidad, les faciliten la información necesaria para su desarrollo, y no emitan contenidos violentos accesibles para ellos. 6. Más en concreto, y para garantizar el 'derecho a la información de los niños' tienen derecho a que las televisiones: programen contenidos infantiles para satisfacer esta demanda, que los programas respondan a criterios pedagógicos y que Indiquen previamente el contenido y la edad para la que están dirigidos. 7. El usuario tiene derecho a que se rectifiquen aquellas*

esencial punto exigía que los medios de comunicación cumplieran su función de satisfacer el derecho a la información de los ciudadanos. En concreto mencionaba algunos de los derechos que sí podemos considerar como específicos del sujeto receptor: derecho a ser informado de la Programación y la inclusión de salvaguardas frente a la contraprogramación; derecho a una protección especial de la infancia; derecho a una programación infantil... además del derecho de rectificación, derechos de acceso y participación.

Independientemente de si los programadores y emisores están obligados a ofertar una determinada Programación y, en tal caso, qué características debería reunir esa Programación, programadores y emisores, por poner a disposición del público programas o Programas incurren ya en un deber general, más de carácter formal que sustancial. En otras palabras, un deber referido no a lo ***qué*** se programa o se emite sino al ***cómo*** se hace. Y este deber general podemos resumirlo en una obligación general de **transparencia** para permitir que el sujeto receptor tenga una posibilidad real de elegir los programas o Programaciones que realmente quiere recibir. Este deber genérico de transparencia obliga tanto a los sujetos cuya Programación se emita en abierto, como a los que emitan en cerrado bajo algún tipo de sistema de acceso condicional, aunque en este caso con algunas peculiaridades.

En primer lugar, este deber de transparencia se refiere a los propios sujetos programadores y emisores, asunto éste que ya desarrollamos en el capítulo 3º (1.4.1). Ya se indicó allí como este deber de **transparencia subjetiva** podría desdoblarse en la obligación de inscribir una información exhaustiva en registros públicos, junto con la obligación de suministrar un extracto de los extremos de mayor interés para el público de forma regular junto con la propia Programación difundida. Para optar en libertad entre unos y otros mensajes lo primero que necesitamos saber es de quien provienen.

Tan importante como la transparencia subjetiva es la **transparencia editorial**. El receptor tiene derecho a conocer en qué principios se inspiran los programas y las características generales de la Programación. Esta información debiera difundirse igual que la que hace referencia a la transparencia subjetiva de modo regular a través de la propia Programación. En nuestro Derecho, recientemente la Ley 22/1999[1451] ha introducido

informaciones que le afecten y considere erróneas. 8. Para estar en igualdad de condiciones con los emisores, el usuario tiene derecho a que se le dote de instrumentos que le permitan interpretar correctamente los mensajes de los medios de comunicación. Es necesario que se fomente la capacidad crítica de los receptores y se realicen campañas educativas. 9. El usuario tiene derecho a acceder y participar en los medios, en especial en los de titularidad pública. 10. El usuario, a través de los grupos o asociaciones en los que se integra, tiene derecho a estar representado en los órganos de control y vigilancia y a disponer de los medios humanos y materiales que les permitan ser eficaces en el cumplimiento de sus objetivos".

[1451] Art. 27 de la Ley 22/1997, que añade una disposición adicional a la Ley 25/1994, con el siguiente texto: *"Los operadores de servicios de acceso condicional o de redes de telecomunicaciones habilitados para prestar el servicio de difusión de televisión y, en general, todos aquellos que dispongan de título habilitante para la prestación del servicio de difusión de televisión de televisión, informarán preceptivamente sobre las características de cada uno de los canales de televisión que ofrezcan, identificando si dichos canales son propios o han sido suministrados por un tercero y, en este caso, el responsable editorial de los mismos. Se informará, igualmente, de si se trata de la retransmisión de un canal cuya emisión primaria se está realizando por otra vía, indicando en ese caso, si el responsable editorial del mismo se encuentra o no bajo la jurisdicción de un Estado miembro de la Unión Europea. Esta información deberá actualizarse en cada momento y será remitida al órgano administrativo que tiene atribuidas las competencias de inspección y control previstas en esta Ley".*

una obligación de información en este sentido, vinculante para todos los operadores de televisión. Se trata de hacer públicas las características de los canales difundidos (más correcto hubiera sido hablar de Programas, en consonancia con la propia terminología utilizada en las normas de la televisión digital terrena), su titular, responsable editorial y características de difusión (primera difusión, retransmisión y canales que difunden la misma Programación). Lamentablemente, sólo se establece que esta información se remita al órgano administrativo competente, sin disponer que se haga llegar al público. Sostenemos que toda la información sobre las característica de los programas y su carácter editorial debe presentarse de forma asequible para el espectador e inserta en la propia Programación. Además, en el caso de las Programaciones de acceso condicional esta información debiera estar incluida en el propio contrato, en cuanto que definen el objeto de lo que se contrata.

El principio de transparencia requiere una **información completa sobre programas y Programaciones**. No basta con conocer los datos editoriales de la Programación; más importancia tiene para el común de los receptores saber con antelación los detalles de la Programación y de los programas a emitir, para así hacer una elección consciente. En los últimos años hemos asistido al doble fenómeno que ha modificado sustancialmente el modo de recibir los mensajes audiovisuales. Por un lado, la degradación de los contenidos y la saturación publicitaria han propiciado una visión fragmentada de varios Programas al mismo tiempo al ritmo caprichoso del cambio de canales con el mando a distancia. Fenómeno que los programadores han pretendido contrarrestar y que, de hecho, han promovido todavía más mediante la contraprogramación. La contraprogramación consiste sustancialmente en modificar los horarios y programas previamente anunciados para mejor cautivar a la audiencia, una vez que conocemos la oferta de la competencia. El fenómeno de la contraprogramación tiene múltiples manifestaciones: suprimir sin previo aviso un programa o serie, cambiar aleatoriamente su horario de emisión, dividir en varios capítulos obras audiovisuales concebidas unitariamente, reducirlas o emitir de forma continua capítulos concebidos para ser emitidos separadamente, interrumpir la emisión con otro programa o mensaje para después retomar su emisión etc. El catálogo de estas prácticas sería interminable, pero todas tienen en común su desprecio por el espectador. Y una consecuencia, pervertir la tarea del programador, que ya no está dirigida a hacer llegar el programa en las mejores condiciones al receptor, sino en lograr cuotas de audiencia estratégicas. Programar -como dijo un ejecutivo de la televisión privada (ver nota 1214) es, hoy, contraprogramar.

El clamor contra la programación ha sido tan grande que la Ley 22/1999 ha establecido un llamado de *derecho a la información*[1452], no previsto en la Directiva 97/36/CE que se traspone. Se trata de aplicar a este caso concreto el principio general de

[1452] Se añade a la Ley 25/1994 un nuevo capítulo, el V, bajo la rúbrica *"Derechos de los espectadores a la información"*, con el siguiente contenido: *"Art. 18. Derecho a la información. De acuerdo con lo previsto en el art. 2, 1, d) de la Ley 26/984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, constituye un derecho de los telespectadores, en cuanto usuarios, el conocer, con antelación suficiente, la programación de televisión, incluidas las películas cinematográficas y la retransmisión de espectáculos. El Gobierno y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos competenciales, desarrollarán reglamentariamente el procedimiento para hacer efectivo este derecho. Sólo serán posibles las modificaciones en la programación anunciada que sean consecuencias de sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública su programación."*

que los consumidores tienen derecho a la información sobre los productos y así poder conocer con antelación el contenido de la Programación, sin que éste pueda ser variado arbitrariamente. El desarrollo reglamentario de este derecho se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, estableciendo las obligaciones a que están sometidos los operadores bajo la competencia del Ministerio de Fomento, esto es, los de ámbito nacional, en tanto que los de ámbito regional y local dependerán del desarrollo a realizar por las respectivas Comunidades Autónomas[1453]. En su Preámbulo, el Reglamento declara que se quiere facilitar que el espectador pueda programar el horario dedicado al seguimiento de los programas y -en lo que parece la finalidad última de la norma- un mayor grado de transparencia que permita la protección del espectador, o, en otras palabras, poner coto a la contraprogramación. De esta manera, conforme al art. 2 del Reglamento, los operadores -programadores y emisores- deberán hacer pública su Programación por cualquier medio con 11 días de antelación. Regula el art. 3 la información que debe de darse de todos los programas de duración superior a 15 minutos (título, tipo o género, datos técnicos en las películas como director y año de producción[1454], o título y episodio en las demás obras de ficción). Y sobre todo, en un ataque directo a la contraprogramación, se prohibe que esta Programación se altere, salvo las modificaciones que *"sean consecuencia de sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública la programación"* ; sucesos éstos que darán mucho juego interpretativo[1455]. Y es que las cadenas privadas han puesto el grito en el cielo, acusando al sistema de rigidez y, sobre todo, quejándose de que sus competidoras autonómicas no estaban sometidas a idénticas condiciones, al menos hasta que las respectivas Comunidades Autónomas no aborden un semejante desarrollo reglamentario. Desde nuestra perspectiva, esta medida parece muy positiva, aunque bien pudiera reducirse ese plazo a una semana e incluso a cuatro días, obligando a difundir una información más completa e incluso a hacer pública una única versión de la Programación, pues ahora podría llegar el caso que se comunicara a periódicos y revistas versiones distintas de la Programación.

Otra manifestación de lo que la Ley de la Televisión Sin Fronteras llama *derecho a la información* es el de conocer el conjunto de Programaciones y sus características difundidas por los distintos sujetos emisores, especialmente si estos operan una multiplicidad de canales o Programaciones de pago. A este respecto, la Ley 22/1999[1456] introduce la obligación de que todos los operadores habilitados para la prestación del servicio de difusión de televisión informarán de las característica de cada uno de los canales que ofrezcan, precisando si son canales propios (es decir, si emisor y programador son la misma persona) o no (supuesto en el que el programador es distinto del emisor) y determinando su responsable editorial. Esta obligación ha sido desarrollada

[1453] Se ha aprovechado también este Reglamento para clarificar el concepto de autopromoción y reglamentar la obligación de los operadores de acceso condicional de facilitar determinadas informaciones a la Administración y establecer mecanismos de control sobre la obligación de financiar la producción nacional.

[1454] Se echa en falta que no se exija la duración original y la *duración programada*, lo que podría facilitar la grabación doméstica de las películas.

[1455] Antena 3 alegaba ya, nada más entrar en vigor el Reglamento, como *hecho imprevisto* los malos resultados de audiencia de un programa, por debajo de lo previsto, para cambiar, de un día para otro, su hora y día de emisión. El País 13/10/99.

[1456] Nueva disposición adicional 5ª .

reglamentariamente para los operadores de acceso condicional, que deberán comunicar con 11 días de anticipación cualquier modificación[1457].

La información puede ir más allá que dar cuenta de las características generales de la Programación y los Programas. Es posible que cada programa vaya acompañado de una serie de datos y advertencias. El sistema más sencillo es la sobreimpresión de esta información, normalmente en forma de iconos, indicando datos técnicos o indicaciones sobre la edad de recepción recomendada. Justamente, estas advertencias sobre programas no convenientes para los menores, con contenidos especialmente violentos o que de algún puedan dañar la sensibilidad del espectador son otro de los derechos del sujeto receptor, concreción de ese principio de transparencia. A la protección de los menores dedicaremos un apartado específico dentro de esta sección, por lo que no profundizamos ahora en el tema.

La transmisión digital hará posible incluir un elenco más amplio de estas informaciones, que podrán ser visualizadas a voluntad por el público. Pero en realidad con el simple uso del teletexto podría ampliarse este tipo de informaciones vinculadas a cada programa, sin necesidad de mayores desarrollos técnicos. En un entorno ya plenamente digital e interactivo las *guías electrónicas de programación* van a jugar un papel decisivo para orientar al receptor en la maraña de Programaciones[1458]. En ellas debería de aparecer para cada Programación los datos básicos para lograr una transparencia subjetiva y editorial. En cuanto a cada programa debiera de incluir datos técnicos (formato, duración, interrupciones, de haberlas, y en qué minuto se producen), responsables editoriales (productores y coproductores, realizadores editores) y títulos de crédito resumidos, clasificación por géneros y subgéneros de programas, advertencias sobre contenidos explícitos en materia sexual o alto contenido violento y calificación por edades recomendadas. Este conjunto de informaciones debiera ser elaboradas por un organismo independiente (ya sea la autoridad de regulación, ya una fundación pública) sobre los datos facilitados por los sujetos programadores y emisores. En cuanto que estas informaciones pueden condicionar la recepción e incluso ser interpretadas como una forma suavizada de censura al incluir recomendaciones por edad, tendría que existir un procedimiento extrajudicial sencillo para dirimir los litigios entre programadores y emisores de un lado y el órgano clasificador de otro.

El sujeto receptor no sólo tiene derecho a una información completa; tiene también derecho a que esa Programación que se oferta se emita íntegramente y tenga un contenido real, no sea simplemente un soporte publicitario. Este **derecho a la integridad de la Programación** supone, en primer lugar, que la Programación se emita en los términos anunciados y, en segundo lugar, plantea la cuestión de las interrupciones

[1457] Art. 5 Reglamento (R.D. 1462/1999).

[1458] Para el *Informe de Alto Nivel*, op. cit., no sólo es necesario fomentar estos dispositivos, sino sobre todo promover la cultura audiovisual del espectador: *"Frente a los cientos de canales que existirán, el telespectador necesitará instrumentos de navegación tales como guías electrónicas de programación para usuarios, que le ayuden a orientarse en el laberinto de programas disponibles. Además, el usuario deberá adquirir una formación en medios de comunicación, es decir, un nivel alto de conocimientos para enfrentarse a la sobrecarga de información y seguir la pista de los productos audiovisuales que le interesen. Por tanto, la educación y la formación son esenciales para que los europeos consigan dominar el nuevo medio digital. Por consiguiente, los Gobiernos deberían dar mayor importancia a la educación en medios de comunicación en los programas escolares desde los primeros cursos."*

publicitarias. La protesta llevada a cabo a mitad de los ochenta por un grupo de prestigiosos cineastas europeos contra los cortes arbitrarios logró que en algunos países estos se restringieran drásticamente y, sobre todo, que la Directiva de la Televisión Sin Fronteras estableciera una serie de limitaciones a las interrupciones publicitarias y más recientemente a la intrusión de la publicidad en el propio contenido de los programas. Del tema nos ocuparemos en el ulterior apartado dedicado a las limitaciones de la publicidad.

Integridad no quiere decir verse obligado a recibir programas indeseados. Desde la aparición de los grabadores de vídeo doméstico es posible la autoprogramación, que se ve obstaculizada por los cortes publicitarios. Desde hace más de una década existe un dispositivo (VPS) que acoplado al aparato grabador (a finales de los 80 algunos modelos lo incluían ya de serie) puede discriminar la publicidad y excluir automáticamente los espacios publicitarios, siempre, claro está, que estos estuvieran electrónicamente identificados como tales en la emisión. Ni que decir que ante la falta de una disposición obligatoria, los sujetos emisores no han procedido a esta identificación, hasta el punto de que los fabricantes electrónicos dejaron de incluir esta prestación en sus aparatos. A parecidos principios responde el llamado *V-chip* o chip antiviolencia, a punto de hacerse obligatorio en Estados Unidos, dispositivo técnicamente más complejo, que permitiría bloquear en el aparato de televisión la recepción de contenidos violentos en un entorno global, multimedia interactivo. Aunque el dispositivo se concibe como un sistema de protección a la infancia, dada una clasificación de los programas, como la propuesta más arriba, sería posible aplicarlo en la consecución de la autoprogramación.

Lo que parece un proceso imparable es la pérdida de espectadores por parte de la formas pasivas de televisión en favor de otras modalidades más activas de recibir información[1459]. La autoprogramación interactiva[1460] puede ser, en el futuro inmediato, la forma normal de recibir los mensajes audiovisuales, programas y Programaciones. Indudablemente entonces la importancia de la Programación como tal será menor, pero eso no quita que entre sus opciones de autoprogramación el espectador establezca la recepción completa de una Programación o la recepción íntegra entre unas determinadas horas. Como ha ocurrido siempre que ha aparecido un nueva forma de recibir la información, las antiguas se han adaptado y han convivido con el sistema recién llegado. En cualquier caso, la base de la autoprogramación está en una información completa y fiable sobre los contenidos. La facultad de autoprogramar es, ante todo, una manifestación

[1459] El *Libro Verde de la Convergencia de las Telecomunicaciones*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997, apartado II.3, identifica estas tendencias en los siguientes términos: *"En 1998, se vendieron en el mundo por vez primera más ordenadores personales que televisores. ... En 1995, más de la mitad del tiempo que los estadounidenses pasaron delante de una pantalla correspondió a la pantalla de un ordenador; recientes índices de audiencia en Estados Unidos indican que los usuarios de la Web consumen ya un 59% menos de televisión que el espectador medio, y se calcula que en 2005 el tiempo que se pase delante de una pantalla de televisión será la mitad del que se pase ante el ordenador personal; por otra parte, las cifras de audiencia correspondientes a 1995/96 muestran que el promedio diario de contemplación de la televisión aumentó en 4 minutos en Europa, mientras que descendió en 2 minutos en Estados Unidos. El estudio de las actividades desplazadas por el mayor uso del ordenador personal demuestra que la contemplación de la televisión se erosiona más que la lectura de libros y revistas o que el uso de consolas de videojuegos. Según Price Waterhouse, los estadounidenses de edades comprendidas entre 18 y 35 años, que antes veían la televisión 4 horas al día, dedican ahora una de estas horas a navegar por la red".*

[1460] Las capacidades interactivas y multimedia de los nuevos sistemas digitales de recepción pueden dar la opción de acceder al mensaje audiovisual, tal y como fue concebido por el programador, a la imagen de base que ha servido para elaborarlo, a los guiones y textos correspondientes, a documentos de profundización y a enlaces hacia otros mensajes semejantes.

del derecho a elegir del sujeto receptor, pero va más allá. El sujeto receptor puede ejercer facultades propias de la libertad de programación: no decide los contenidos de base, los mensajes y programas, pero sí puede elegir su ordenación produciendo su propia Programación. Así, puede decirse que la capacidad de autoprogramar es una facultad que enlaza la libertad de recepción con la libertad de programación.

Resumiendo, el derecho a elegir de los receptores implica deberes de transparencia e información por parte de programadores y emisores. Por el hecho de emitir una Programación, programadores y emisores, deben respetar su integridad en los términos anunciados y en forma que la publicidad no destruya esa integridad y el sentido último de la misma. Además, ese derecho de elección supone para el receptor un derecho a la autoprogramación, que no podrá ser arbitrariamente obstaculizado por programadores y emisores y deberá ser promovido desde los poderes públicos mediante la instauración de dispositivos técnicos y un sistema de clasificación e información exhaustiva a cargo de organismos independientes.

Todo lo expuesto es aplicable a los sujetos programadores y emisores en cuanto que ponen a disposición del público una Programación. Ni que decir tiene que estos deberes obligan tanto a los sujetos públicos como a los privados, en los sistemas abiertos como en los cerrados. Pero en los sistemas cerrados se ven además reforzadas, a partir de un contenido mínimo, por las obligaciones pactadas en el contrato de suministro del servicio.

1.2. La Programación debida: Programación básica y Programación de servicio público

Nos corresponde ahora plantear la pregunta ¿tiene el sujeto receptor derecho a una Programación?, ¿qué características habría de tener esta Programación debida?. ¿Quién y en qué términos debe esa Programación?. Hemos de reconocer que la respuesta a estas preguntas es más sencilla en un régimen de relativa escasez de programaciones y de servicio público que en la actual situación de multiplicación de programaciones y liberalización. En el anterior contexto nuestra referencia será la respuesta dada en Alemania, con su concepto de *Programación básica*. Pero en general fundamentaremos esta Programación debida en el derecho del sujeto receptor a participar en la cultura.

En un régimen de servicio público la respuesta ha venido dada desde planteamientos institucionales y no tanto desde los derechos del público. En régimen de monopolio la ley fundacional definía las obligaciones del ente público en materia de programación. Con esta referencia el ciudadano podía reclamar la Programación comprometida, aunque prácticamente ningún régimen administrativo establecía garantías ni procedimientos para hacer efectiva esa reclamación. Con la aparición de sujetos emisores privados es a través de las condiciones de la concesión como se establecen sus obligaciones de programación, por ejemplo en el caso francés a través de los *cahiers de charges*[1461], muy detallados, o mediante obligaciones muy generales, como las de

[1461] Véase **Derieux, E.**, op. cit., p. 212 y ss.

suministrar programas de alta calidad, adecuado equilibrio y amplitud de temas, que aseguren poder oír o ver una amplia multiplicidad de programas de mérito, tal y como la *Broadcasting Act* británica de 1981 imponía a la *Independent Broadcasting Autority* y sus compañías[1462]. La calidad y características de su Programación fue desde siempre un criterio tenido en cuenta por la *FCC* norteamericana para otorgar y renovar las licencias.

Ha sido una vez más la jurisprudencia constitucional alemana la que ha hecho una reflexión más profunda sobre la Programación debida, desde la institucionalización de los derechos del público en un régimen dual público-privado. Con ocasión de su control de la Ley de la televisión privada de la Baja Sajonia de 22 de mayo de 1984, en su sentencia de 4 de noviembre de 1986, el Tribunal Constitucional traslada al campo de los programas de radio y televisión la idea de la procura básica que debe garantizar el Estado a todos los ciudadanos. Los poderes públicos deben a los ciudadanos una programación básica -*"Grundversorgungsauftrag"* o *Programación básica debida*. Esta programación viene definida por tres elementos[1463]: substantivo (proveer información, cultura, entretenimiento a la población mediante programas de calidad, que cubran una amplia gama de intereses); técnico (que estos programas alcancen prácticamente a la totalidad de la población) y cualitativo (que reflejen el pluralismo). En principio, este suministro o servicio básico de programas puede ser satisfecho tanto por organismos públicos como por empresas privadas. Pero estas últimas tienen sus propios condicionamientos: no está garantizado el pluralismo interno, su finalidad es lograr beneficios y su financiación es publicitaria. Por tanto, los sujetos privados no pueden garantizar la *Programación básica*, que en último término obliga a los organismos públicos y que sigue siendo el fundamento de su *status preferencial*.

Lo importante desde nuestro punto de vista es que, conforme a esta doctrina, la libertad de recepción se convierte en un derecho de prestación, en un derecho de crédito que puede ser exigido frente al Estado. Y si esta *Programación básica* no es suministrada por sujetos privados -y de hecho no puede serlo plenamente en un régimen de mercado- el deber de prestación del Estado se traslada a los sujetos públicos independientes. No quiere decir que los sujetos privados no colaboren a la consecución de esa necesidad pública y por tanto dejen de tener una función pública, pero su compromiso es de menor entidad que el de los sujetos privados. Su Programación también debe colaborar a la libre formación de la opinión pública, pero su obligación de servir una *Programación básica* es de segundo grado, matizada por sus objetivos mercantiles y los principios editoriales libremente asumidos. Existen, eso sí, unas obligaciones de programación, comunes a los sujetos públicos y privados: la información debe ser completa y no selectiva, independiente y objetiva; las diferentes opiniones deben ser tomadas en cuenta y en los campos de la religión, la ciencia y el arte ninguna posición o tendencia debe ser suprimida o recibir tratamiento preferencial; la dignidad humana, el honor y los derechos personales deben ser respetados[1464].

[1462] Véase **Robertson, G.**, op. cit., pp. 356-358.

[1463] **Rainer, A.**, op. cit., pp. 381-382.

[1464] Ibídem, pp. 385-389.

Propondría, a partir de estas ideas, la distinción entre *Programación básica* y *Programación de servicio público*. La *Programación básica* es la debida por el Estado a cada ciudadano para que se realice su libertad de recepción y su derecho a la cultura. Sin estos programas el ciudadano no podría participar en un mundo en el que la cultura audiovisual es una característica básica. En cuanto a su articulación propongo la traslación de la idea de *servicio universal*. Si en las telecomunicaciones uno sólo de los operadores, el dominante, está de entrada obligado a prestar las modalidades del servicio que se consideran básicas e imprescindibles (que habrán de ser financiado por todos los operadores si ocasiona desventajas competitivas en el prestador), respecto a los programas audiovisuales todos los sujetos programadores, públicos o privados, estarían obligados a unas mínimas obligaciones, que definirían la *Programación básica.* La *Programación de servicio público* iría un paso más allá: vendría constituida por programas con la finalidad expresa de promover los derechos de los más desfavorecidos y atender los intereses insatisfechos por el mercado. La *Programación de servicio público* correspondería, en principio, a los sujetos públicos, sin perjuicio de que algunas de estas obligaciones o programas fueran asumidos por sujetos privados, en algún régimen de concierto o financiación pública. De hecho, un sistema como el propuesto es el existente en Francia, donde las obligaciones comunes a sujetos públicos y privados van dirigidas a garantizar el pluralismo y los derechos de las personas, mientras que las obligaciones de los públicos pretenden promover ciertos tipos de programas con una función pública más acusada[1465].

¿Qué obligaciones ha de comportar la *Programación básica*?. Podríamos dividirlas en requerimientos de *calidad* y exigencias de *diversidad.* El Estado garantiza en todos los productos, mediante normas de fabricación y protección al consumidor, unos mínimos de calidad. El problema es que los parámetros de *calidad* de los programas y Programaciones no son tan fáciles de determinar[1466]. No puede establecerse un criterio absoluto y unívoco sobre qué son buenos y malos programas, buena y mala información[1467] y, desde luego, esto no se puede hacer imperativamente, imponiendo un determinado gusto o Programación oficialmente culta o políticamente correcta. Pero si pueden encontrarse normas indirectas o negativas. En primer lugar, entre las normas negativas, que el programa, más allá de la estricta responsabilidad jurídica en que se pueda incurrir con su difusión, no cause otros efectos dañosos para los receptores y, en general, no ocasiones

[1465] Véase **Sprung, O.**, op. cit., pp. 244-250.

[1466] Por ejemplo, la referencia a parámetros de *buen gusto* que se recogen en las directivas de programación de la BBC pueden resultar esterilizantes en situaciones extremas como son las guerras. Sobre este tema, véase el testimonio personal del reportero **Martin Bell**, *In harm's way. Reflctions of a war-zone thug*, Penguin Books, Londres, 1995, especialmente los capítulos titulados *"Something must be done" y "'War is a bad taste business".*

[1467] Así, **Bastida, J.**, La libertad de antena, op. cit., p. 281, sostiene que *"el derecho a recibir información no incluye el de recibir 'buena' información; de acuerdo con el art. 20.1 apdo. d), la 'buena' información es la 'verídica' y ésta sale del pluralismo de fuentes de información".* En el Debate sobre el régimen jurídico de la televisión, op. cit., subyace la pregunta sobre la calidad de los programas, por ejemplo, en la intervención de Victoria Camps, pp. 76-78. El debate sobre la objetividad informativa es inagotable, pero suscribimos las palabras de **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información,* op. cit., p. 19, *"... cada informador tiene su propia objetividad, que queda así absolutamente subjetivizada. En realidad, de lo que se trata es de evitar la parcialidad, es decir, la manipulación deliberada en el contenido y presentación de las noticias con el propósito de promover la causa de un determinado partido, candidato o ideología, y sustituirla por la imparcialidad presentando los hechos relevantes tal y como existen, dando a cada hecho su propio énfasis y manteniendo al margen enteramente las preferencias personales de los periodistas o, al menos, etiquetándolas claramente como preferencias personales"*

disfunciones sociales. Así, una Programación de calidad tendrá que tener unos parámetros especialmente exigentes con los derechos de la personalidad, respecto a la imagen de hombres y mujeres, en relación con la protección de los menores, con la publicidad de productos peligrosos; igualmente, mantener un exquisito cuidado en no exacerbar conductas irracionales o morbosas ni fomentar la fascinación por los comportamientos antisociales. Podemos etiquetar estos requisitos de calidad como *protección a la audiencia.* En cuanto a criterios indirectos para apreciar la calidad de una Programación podemos indicar como el más importante el de adaptación a las necesidades y características de la audiencia. De ahí que una Programación de calidad deba plantearse incluir un porcentaje adecuado de programas culturalmente próximos al receptor, que se difundan en su lengua propia y respondan a sus tradiciones y realidades culturales. Podemos denominar a este parámetro como *criterio de identidad*.

Las exigencias de *diversidad* pueden concretarse en una Programación equilibrada y plural. El requisito de equilibrio sólo es exigible a las Programaciones generalistas, que debieran incluir todo tipo de géneros de programas. En este sentido, no está de más recuperar la clásica trilogía de *formar, informar y entretener*, algo que durante mucho tiempo se dio como función indiscutible de los medios de comunicación, pero que hoy puede ser objetivo de cualquier Programación equilibrada. Los programas de entretenimiento y los informativos[1468] comparten los más altos índices de audiencia, pero la práctica demuestra que si la presentación es atractiva, como en los documentales o en las grandes series históricas, los resultados no son malos. Más allá de la posibilidad de establecer determinados porcentajes mínimos, se trata de que los programas de entretenimiento no abdiquen de planteamientos culturales. Y como manifestación de la diversidad son exigible porcentajes mínimos de programas especialmente creados para la audiencia infantil, pero que no sean vehículo para el aprendizaje de conductas violentas o patológicamente competitivas, y programas de debate, en los que la palabra sea punto de encuentro y no se exacerben las diferencias en busca del espectáculo. Nuestro Derecho incluye una norma que supone la inserción obligatoria de una categoría de programas. La Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece en su art. 17 que los medios públicos dedicarán espacios y programas a la información y educación de los consumidores, en los que se facilitará el acceso y la participación a las asociaciones de consumidores y usuarios, mediante el correspondiente desarrollo reglamentario. Sin embargo la **STC 15/1989** declaró que esta disposición no es de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que asuman la plena competencia en materia de defensa de los consumidores. A falta de reglamentación nacional y sin perjuicio de la existencia de algunos programas de este tipo en las Comunidades Autónomas, lo cierto es que esta obligatoriedad de unos programas concretos no ha tenido virtualidad alguna. Pero, ciertamente, el requisito de diversidad bien pudiera conducir a exigir la existencia de programas concretos, o porcentajes de los mismos, en la *Programación básica.*

[1468] No puede ignorarse el proceso en curso de pérdida de identidad de los programas informativos, merced a su espectacularización y a la desaparición de los temas propiamente políticos. Según informa Juan Cavestany, El País 5/4/98, el Estudio *"Project for Excellence in Journalism"*, asociado a la Facultad de Periodismo de la Universidad de Columbia, tras analizar 6.000 artículos e informaciones televisivas desde 1977, asegura que las noticias son cada vez más temáticas y el periodista más narrador que informador. En dos décadas las informaciones políticas, de análisis, internacionales o históricas bajaron del 32% al 25%, mientras que las relacionadas con famosos, calidad de vida, seguridad ciudadana e interés humano pasaron del 15% al 43%.

A las Programaciones especializadas, por su propia naturaleza, no les son aplicables estos requisitos de equilibrio entre programas, pero sí los de pluralidad. Ya sea generalista o especializada, en el conjunto de la Programación -y no tanto en los programas individuales- deben manifestarse todas las tendencias de la sociedad. Y esto no sólo en los programas informativos o de contenido político, religioso o de discusión social, también en los de puro entretenimiento. Por ejemplo, el pluralismo requiere que en una Programación especializada en música popular española estén representados todos los estilos y artistas significativos, abriendo espacios para los no consagrados. En cuanto a los programas informativos, si, por supuesto, es exigible la veracidad o verdad como requisito intrínseco de la noticia, no lo es en cambio la absoluta imparcialidad para los sujetos privados, con tal de que en el conjunto de la programación se manifieste ese pluralismo básico y en concreto en los programas informativos se distinga claramente la información de la opinión editorial -y no digamos ya de la particular de los informadores. También cabría requerir equilibrio de contenidos en los sistemas cerrados, ya sean por cable o plataformas digitales[1469]. El equilibrio que se da en una Programación generalista entre los distintos tipos de programas, debiera venir sustituido en estas nuevas formas por el equilibrio entre las Programaciones especializadas ofertadas.

Los requisitos de la *Programación básica* en las de carácter generalista habrán de adaptarse a las peculiaridades de su ámbito de difusión. Los criterios de *protección a la audiencia* pueden ser idénticos; los de *identidad, equilibrio* y *pluralidad* deberán ser adaptados a las circunstancias del ámbito de difusión. No se trata sólo que los criterios de *identidad* se refieran a la historia, lengua, tradición o costumbres de tal ámbito; los requisitos de *equilibrio* habrán de adaptarse a las circunstancias empresariales de los sujetos según el ámbito en que difundan la Programación y en cuanto al *pluralismo* habrá de apreciarse no ya respecto a las corrientes generales, sino en relación a las más específicas, regionales o locales, del respectivo ámbito de difusión.

Resumiendo, la *Programación básica* a que todo ciudadano tiene derecho se concreta en el establecimiento de unos requisitos mínimos para todas las Programaciones (con las salvedades realizadas) de *protección a la audiencia*, *protección de la identidad, equilibrio* y *pluralidad de contenidos*. En cada ámbito territorial debe existir al menos una Programación, como manifestación del derecho a la cultura y si el mercado no satisficiera esta necesidad debieran ser los poderes públicos competentes en ese ámbito los llamados a asumirla. Pero en la situación normal en estos momentos, esto es, la de pluralidad de Programaciones generalistas y especializadas, todas deben cumplir esos requisitos mínimos de una *Programación básica* (con la excepción expuesta del *equilibrio* de contenidos en el caso de las especializadas). Un grado más alto de realización de estos

[1469] El art. 12 de la Ley 42/1995 sólo exige que las Programaciones distribuidas por cable se sometan a la regulación de contenidos de la Ley 25/1994 cuando alcance a más del 50% de los hogares de la respectiva Comunidad Autónoma o al 25% a nivel nacional. En cambio, las Programaciones que puedan atentar contra las normas de protección de la infancia y juventud deberán ofrecerse de forma diferenciada del resto de los programas ofertados. El Reglamento del Servicio de Cable (R.D. 2066/1966), en su art. 41, establece que estas Programaciones y servicios se contratarán de forma independiente, no pudiendo formar parte del paquete básico de contratación. Las Comunidades Autónomas, en uso de sus competencias, podrán desarrollar esta disposición. Además, todas las Programaciones distribuidas mediante cable (aunque no alcancen los topes de audiencia establecidos por la Ley) estarán sometidos -como no podía ser menos- a los preceptos de la Ley General de Publicidad y de la Ley de Defensa de la Competencia.

principios en los programas puede ser criterio legítimo para seleccionar entre varias Programaciones cuando exista un número limitado de canales[1470]

Un nivel superior de compromiso con los derechos de los receptores vendría dado por la *Programación de servicio público*. Como ya adelantamos en el capítulo 2º (3.4) se trata de hacer realidad en la radio y la televisión la función promocional de los derechos (art. 9.2 CE) que compete a los poderes públicos. Las exigencias de respeto a la protección de la audiencia deben ser idénticas, pero la *Programación de servicio público* debe ser más exigente en cuanto a la protección de la identidad, el equilibrio y el pluralismo de los contenidos. Los porcentajes de programas en los que se exprese la identidad social deben ser mayores; los programas minoritarios tienen su encaje en estas *Programaciones de servicio público* y los requisitos de pluralidad exigen en este caso la estricta imparcialidad en los programas informativos y de debate y opinión. Además, característica específica de la *Programación de servicio público* debe ser la inclusión de programas que pretendan promover los derechos de los más desfavorecidos y robustecer la cohesión social y la integración territorial. La clave de esta *Programación de servicio público* debe estar en su independencia de las exigencias del mercado. Como entendemos que debe existir al menos en los ámbitos nacional y regional, defendemos que la *Programación de servicio público* sea asumida por los sujetos programadores y emisores de naturaleza pública. Por supuesto que la *Programación de servicio público*, para ser independiente del mercado, debe contar con una financiación sustancialmente pública. El determinar cuando una Programación o unos programas concretos merezcan el calificativo de servicio público siempre será objeto de polémica[1471].

A diferencia de la *Programación básica*, que supone unos requisitos homogéneos para todas las Programaciones, en cambio cabe diversidad en la *Programación de servicio público*: una Programación puede escoger orientarse fundamentalmente hacia los programas informativos y otra, en cambio, dar prioridad a los culturales, y ambas, sin embargo, pueden ser consideradas de servicio público. De modo que si al establecimiento de la *Programación básica* llegamos por la exigencia de unos requisitos mínimos comunes para todas las Programaciones, la *Programación de servicio público*, por el contrario, es el resultado de unas obligaciones estatutarias de los sujetos públicos o de un convenio con los privados y, por tanto, pueden existir diversas *Programaciones de servicio público.*

Podemos desarrollar el supuesto del acceso a los sordos a los programas para aclarar el sentido de la *Programación básica* y sus diferencias con la *Programación de servicio público.* Si hemos establecido que para la realización del derecho a la cultura y

[1470] Así, en el Reino Unido el último canal terrestre que se ha podido adjudicar en 1995 en la televisión terrestre, Channel 5 Broadcasting, lo fue en razón de la programación presentada, en detrimento de Virgin Tv y UKTV, por considerar que sus programaciones adolecían de falta de calidad y variedad. **Kuhn, R.,** op. cit. p. 117.

[1471] A este respecto puede citarse el caso de *Telemadrid* (Véase El País 9/5/98). El correspondiente Ente Público estima que el coste de la programación que califica de *"interés público"* de la cadena madrileña (junto con la del mismo tipo de *Onda Madrid*) ascendió a 7.768 millones de pesetas, 6.500 de los cuales son aportados por distintos organismos y empresas públicas de la región. La polémica estalló en el Consejo de Administración sobre qué programas pueden ser calificados de *"interés público"*. Los consejeros socialistas y de Izquierda Unida cuestionaron la propuesta del Director General, Juan Ruiz de Gauna, que junto a los espacios informativos, programas educativos (*"A saber..."*), de contenidos sociales (*"Teleempleo"*) o revistas de actualidad ciudadana (*"Madrid directo"*), incluía también espacios de sucesos (*"Sucedió en Madrid"*) y un programa de madrugada de conversaciones supuestamente intimistas, cultivador del morbo (*"Sola en la ciudad"*).

para la efectividad de la libertad de recepción todo ciudadano tiene el derecho a recibir al menos una *Programación básica*, este derecho queda imposibilitado en el caso de la población sorda. Pero, en cuanto existe un sistema técnico para hacer accesible los programas a estos disminuidos, que es el subtitulado (actualmente a través del teletexto, en el inmediato futuro a través de las facilidades digitales), la *Programación básica* habría de contener unos porcentajes mínimos de programas subtitulados. Estos programas podrían comprender los informativos más importantes y una selección de programas culturales y de entretenimiento. Y para que exista verdadera posibilidad de opción estos porcentajes de programas subtitulados debieran de existir en todas las *Programaciones básicas*. En cambio, como siempre, la *Programación de servicio público* iría más allá que la *Programación básica.* Así, comprendería la obligación de subtitular todos los programas (algo que, por cierto, es cada vez menos gravoso con los sistemas de conversión de voz en texto) y además dedicaría programas específicos a la promoción de esta minoría desfavorecida, así como a la de otros grupos. Del mismo modo, en lo que se refiere a las lenguas minoritarias dentro de una determinada comunidad, una *Programación básica* debiera garantizar porcentajes mínimos en esa lengua, mientras que una *Programación de servicio público* podría asumir de una manera decidida su promoción. A este problema volveremos a referirnos al tratar de la promoción de la producción nacional y europea.

Algunos de estos requisitos de una Programación básica, sobre todo los de *calidad* y en menor medida los de *diversidad* vienen exigidos por la armonización de las legislaciones europeas establecida por las Directivas de la Televisión Sin Fronteras. Desde luego que ni el Libro Verde ni la Directiva 89/552/CEE se planteaban el concepto de *Programación básica*. El objetivo era la libre circulación de programas con vistas a lograr un mercado único, el *espacio audiovisual europeo*. Y para ello era necesario armonizar las distintas normas protectoras de las audiencias, estableciendo unos mínimos obligatorios para todos los países miembros. Por esta vía y aunque las motivaciones (por ejemplo, en el caso del fomento a la producción propia) fueran preferentemente económicas[1472], se ha configurado lo que podemos calificar de *Programación básica comunitaria*. Una Programación que, por supuesto, puede ser superada a nivel nacional por el establecimiento de requisitos más rigurosos de protección o por el establecimiento de lo que he llamado *Programaciones de servicio público*. La *Programación básica comunitaria* engloba los siguientes aspectos:

- Promoción de la producción y distribución de los programas europeos.
- Regulación de la publicidad, patrocinio, televenta y telepromoción.
- Protección de los menores.
- Limitación de los derechos exclusivos en los acontecimiento de gran interés social, nacional o europeo.

La regulación de la televenta y la telepromoción, así como la limitación de los derechos exclusivos se han incorporado al contenido de la *Programación básica* en la

[1472] En la nueva Directiva 97/36/CE se hace más hincapié en los aspectos culturales de los programas. Así se remite a un Libro Verde en elaboración sobre la transcendencia cultural de los servicios audiovisuales (considerandos 4 y 6); se invoca expresamente el ap. 4 del art. 128 del Tratado constitutivo que obliga a la Comunidad a tener en cuenta las repercusiones culturales de sus decisiones (considerando 25); se admite como un objetivo de los Estados evitar las disparidades a que puedan dar lugar los nuevos servicios audiovisuales (considerando 8); y, en fin, se concreta el derecho a la información en la limitación de exclusivas en los acontecimiento de interés social.

nueva Directiva 97/36/CE, que modifica a la 89/552/CEE. No consideramos, en cambio, dentro de los requerimientos de la *Programación básica* el derecho de réplica (mejor sería denominarlo de rectificación) exigido por la primera Directiva, porque no se trata de una característica predicable de los programas, sino de un derecho para el sujeto universal y un deber para los sujetos emisores y programadores. Por supuesto que las Directivas, en su actual art. 3, prevén la posibilidad de que los estados miembros adopten regulaciones más estrictas en estas materias, o, por decirlo en nuestros términos, una *Programación básica* más exigente. En el caso español esto no ha sido así, limitándose las leyes 25/94 y 22/99 a, en líneas generales, exigir los mínimos establecidos por las Directivas, sin mejorarlos. A la promoción de la producción propia, protección de los menores y regulación de la publicidad y fenómenos afines dedicaremos los apartados siguientes. En cuanto a la limitación de las exclusivas ya se trató al ocuparnos del régimen de los programas (capítulo 2º, 3.6). Cabe añadir aquí que, si bien, el art. 3 conforme a la nueva Directiva y su traslado por la Ley 22/1999, en concordancia con la Ley 21/1997, sigue teniendo como supuesto tácito las grandes competiciones deportivas, nada impide que este régimen de limitación de las exclusivas se extendiera a cualquier otro acontecimiento de interés social que debiera formar parte de la *Programación básica.*

La idea de la *Programación básica* tiene un enorme potencial, que por el momento se ha concretado en estos requisitos mínimos armonizados comunitariamente. Existen, sin embargo, corrientes de pensamiento en contra, que aseguran que, dada la pluralidad de Programaciones y la aparición de una gran diversidad de Programaciones especializadas, ya no tienen sentido estos requisitos de calidad en general y de equilibrio y pluralidad, en particular, que serían propios de etapas ya superadas de limitadas Programaciones generalistas en el marco de un servicio público. Por ejemplo, para Muñoz Machado se trata de un ineficaz poner puertas al campo, teniendo en cuenta, además que ya el mercado penaliza las programaciones impropias[1473]. En primer lugar, la práctica no demuestra que esa sanción se produzca automáticamente y en gran medida una parte importante de las nuevas Programaciones se dedican a repetir viejos programas; pero, sobre todo, es que, a falta de la regulación de una *Programación básica*, la única alternativa para el espectador es abonarse a un sistema de pago de acceso condicional que le provea de Programaciones generalistas y especializadas de calidad. De esta manera, las capas sociales con menor poder adquisitivo resultarían discriminadas, con el consiguiente riesgo de dualización social.

En resumen, el público receptor tiene derecho a una *Programación básica*, concretada en un régimen de obligaciones mínimas vinculantes para todas las Programaciones y a, que caso de no existir ninguna Programación generalista en un determinado ámbito geográfico, se asuma ésta por los poderes públicos. Pero, además éstos están vinculados por la función constitucional promocional de los derechos humanos a promover *Programaciones de servicio público*, que superen los requisitos mínimos de la

[1473] **Muñoz Machado, S.**, *Mercado y servicio público. III La televisión*, op. cit., p. 28: *"Los canales de televisión que abusan de la audiencia, programando inadecuadamente, transmitiendo mensajes improcedentes, abrumando con los cortes publicitarios, etc., tienen una sanción de mercado inmediata. Estas sanciones son mucho más importantes y decisivas que las que pueden imponer las autoridades reguladoras por incumplimiento de sus normas, porque son sanciones económicas capaces de arruinar a la empresa de televisión. Consisten en que la audiencia penaliza al canal desviando su atención hacia otros. Y ese gesto tiene una traducción en los ingresos publicitarios tan profunda y violenta que puede producir un quebranto económico insuperable."*

Programación básica y liberen a los programas de la servidumbre del mercado, sin que sea descartable que los propios poderes públicos desarrollen incluso Programaciones especializadas, que no sean servidas por el mercado.

1.3. Protección de la identidad y la diversidad

Establecíamos que uno de los parámetros para determinar la calidad de una Programación y, en consecuencia, uno de los requisitos de una *Programación básica* era respetar y favorecer la identidad de los sujetos receptores. Este *requisito de identidad* se manifiesta en la armonización llevada a cabo por las Directivas de la Televisión Sin Fronteras mediante la protección de los programas europeos y la limitación de los derechos exclusivos sobre acontecimientos de interés general. También en esta *Programación básica europea* encontramos un elemento de protección a la diversidad en el fomento a los programas de los productores independientes.

Si la *Programación básica* supone adoptar requisitos obligatorios para proteger la identidad y la diversidad es porque, como es lógico, estos bienes no se dan espontáneamente. El dominio audiovisual de la industria norteamericana pone en peligro la identidad, de ahí la protección de los programas europeos, nacionales o realizados en la propia lengua. En cuanto a la diversidad, la producción de programas sigue estando mayoritariamente en manos de los sujetos emisores, sometidos a un alto grado de concentración, ante lo que se propone el establecimiento de cuotas de programación reservadas a los productores independientes.

La protección a la industria cinematográfica, especialmente a la producción, tiene una larga tradición en Europa, sobre todo en Francia[1474]. Muchas de las medidas galas han inspirado las soluciones ensayadas en otros países y la propia armonización comunitaria. Pero desde posiciones neoliberales se cuestionan estas medidas de protección a las obras audiovisuales y a la cultura en particular, alegando que el principio que sostiene que el exceso de protección ahoga a los mercados es también aplicable a las industrias culturales[1475]. Si toda la actividad de fomento es hoy objeto de sospecha para esta tendencia dominante, mucho más la promoción de la cultura. Es cierto que en este terreno es difícil lograr la objetividad en las ayudas directas y evitar el trato discriminatorio, pero considerar la cultura como un mercado más nos conduciría a la pérdida del patrimonio que define la identidad de una comunidad.

Esta actividad de fomento puede dividirse en medidas de ayuda directa (subvenciones y medidas de estímulo fiscal) e indirecta, creando condiciones de mercado favorables mediante el establecimiento de cuotas de exhibición y programación y la creación de estructuras de financiación que aseguren un acceso al crédito en función de las características de esta industria. Aceptada por la Comunidad Europea[1476] la necesidad

[1474] Véase **Chamoux, J.- P**., op. cit. pp. 78-81, muy crítico con esta tradición.

[1475] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., p. 239.

[1476] Centraremos nuestro estudio en el derecho comunitario. En el ámbito del Consejo de Europa el *Convenio sobre televisión transfronteriza*, de 5 de mayo de 1989, avanza fórmulas muy parecidas a las de la Directiva 89/552/CE. En

de fomento de las obras audiovisuales, esta intervención comunitaria, subsidiaria de las nacionales, se basaba en el art. 235 del Tratado de Roma, al considerarse que de esta manera podían lograrse objetivos, tanto de carácter económico como culturales y sociales que se inscribían en el marco general del avance de la comunidad. El art. 128 del Tratado de la Unión Europea[1477] precisa que uno de los ámbitos en los que se desarrollará la acción comunitaria será el de la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual cuyo fomento, en cuanto parte del campo cultural, estará sometido al principio rector de favorecer el pluralismo cultural[1478]. Desde 1985 los ministros de Cultura abandonaron la idea de un sistema de ayudas directas, pero la Unión Europea ha creado mediante los Programa Media unas estructuras de financiación a escala comunitaria en las que participan los diversos organismos de créditos y la propia industria audiovisual[1479]. En cuanto a las medidas de carácter nacional, se considerarán contrarias al Derecho comunitario todas aquellas que introduzcan un trato discriminatorio que perjudique a los sujetos no nacionales establecidos en el Estado que concede la ayuda, tal como ocurrió con el Real Decreto Legislativo 1257/1986, de 28 de junio, cuya regulación fue declarada por el Tribunal de Justicia Europeo (*caso FEDICINE*, sentencia de 4 de mayo de 1993) contraria a la libertad de prestación de servicios comunitarios[1480].

Pero lo que aquí nos interesa no es el estudio de la protección a la industria audiovisual en su conjunto[1481] (lo que supera nuestro objeto) sino sólo aquellas medidas

cuanto a las medidas de fomento promovidas por el Consejo de Europa cabe citar *EURIMAGES*, Fondo de Ayuda a la Coproducción y Difusión Audiovisual o el Observatorio Europeo del Audiovisual. Véase **Ripol, S.** , op. cit., p. 121.

[1477] Art. 151 en la nueva numeración del Tratado de Amsterdam.

[1478] Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., pp. 172-178.

[1479] Véase **Gay, C.**, *"Los instrumentos europeos de fomento al sector audiovisual. En particular los programas Media I y Media II" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. Partiendo de la experiencia del programa MEDIA I, el programa MEDIA II identifica tres áreas clave: formación, desarrollo, distribución. El programa entró en funcionamiento el 1 de enero de 1996 con un presupuesto de 310 millones de ecus. El *Informe Oreja*, op. cit., se manifiesta partidario de que con estos fondos se realice un apoyo automático a las obras audiovisuales, conforme a sus resultados de taquilla, sistema que propone se extienda al vídeo. Sobre el balance del Programa Media II véase **Comisión Europea-Dirección General X**, *Commission Report on the results obtained under the Media II Programme (1996-2000) from 1.1.96-30.6.98*, Bruselas, 1999.

[1480] Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., pp. 184-185. También **Hordies, Jean-Paul, Maqua, Agnès**, *"L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques états membres"* en Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit., pp. 846-849. El Tribunal de Defensa de la Competencia (*"La competencia en España: balance y nuevas propuestas"*, 1995) es partidario de que se supriman las cuotas de exhibición y distribución cinematográficas, especialmente el sistema de licencias de doblaje que, en su opinión, ha contribuido a la concentración de la distribución de películas en las cinco grandes distribuidoras norteamericanas que, para obtener las licencias de doblaje, entraron en el mercado de distribución de obras españolas, conquistando una parte sustancial del mismo, hasta entonces muy repartido. Véase **Gay, C.**, *"Los instrumentos europeos..."*, op. cit., p. 915.

[1481] La protección de la identidad sólo será eficaz con un fomento integrado de todos los sectores y fases de la industria audiovisual, considerada como un todo. Obras cinematográficas y programas no pueden ser considerados aisladamente, la producción audiovisual es un *continuum*. En este sentido, el *Informe Oreja*, op. cit., p. 15, considera clave el sector de la distribución y propone que la protección no se oriente exclusivamente hacia la producción, como hasta ahora, sino hacia un fomento integrado, orientado también a la distribución. Y cita para ello el caso de Estados Unidos donde el vínculo entre producción y distribución es una de las clave del éxito de sus productos audiovisuales. En Europa, por el contrario, mientras que la producción es floreciente desde un punto de vista cuantitativo, la capacidad de la industria audiovisual europea para distribuir sus productos deja mucho que desear. En 1996 se produjeron 669 películas (412 producciones nacionales, 242 coproducciones) frente a las 421 de los EE.UU. y 279 en Japón. Sin embargo, las películas europeas han tenido bastantes problemas de distribución, especialmente fuera de sus países de origen. Según cifras del citado informe, p. 14, globalmente, el déficit comercial UE/EE.UU. está aumentando rápidamente, y ha pasado

que redundan directamente en la Programación y que suponen un condicionamiento de la libertad de programación en función de la libertad de recepción. Circunscribiremos, por tanto, nuestro análisis, a la protección de los programas europeos, la producción independiente y la limitación de exclusivas en las Directivas europeas y su incorporación a nuestro ordenamiento.

La Directiva 89/552/CE, de la *Televisión sin Fronteras*, dedica su capítulo III a la promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos. En él se establecen los siguientes principios de armonización:

- **Protección de la producción europea**. Los Estados miembros velarán, siempre que sea posible y con los medios adecuados, por alcanzar progresivamente el objetivo de una proporción mayoritaria de programas u obras europeas (sin tomar en cuenta informativos, juegos, publicidad, deporte y teletexto) (art. 4) en los organismos de radiodifusión bajo su competencia.
- **Protección de la producción independiente**. Los Estados miembros velarán, siempre que sea posible y con los medios adecuados, por alcanzar progresivamente el objetivo de que, al menos 10% del tiempo de emisión (sin tomar en cuenta informativos, juegos, publicidad, deporte y teletexto) , venga suministrados por productores independientes, o alternativamente, a elección del Estado, que los organismos de radiodifusión dediquen un 10% de su presupuesto de programación a obras europeas de productores independientes (art. 5)[1482]. Además, para evitar que esta cuota de producción independiente se agote en la repetición de viejos programas o películas, un porcentaje adecuado[1483] del mismo debe corresponder a obras recientes (de menos de 5 años de antigüedad).
- **Protección de la exhibición cinematográfica**. Los Estados miembros velarán para que, salvo pacto en contrario, la explotación de las obras cinematográficas se reserve durante dos años a las salas cinematográficas (un año si un organismo de televisión ha intervenido en su producción), norma que la Directiva 97/36 convierte en la simple obligación de garantizar los acuerdos a que este respecto lleguen las partes.
- **Protección lingüística**. Los Estados miembros podrán establecer normas más estrictas para lograr objetivos de política lingüística (art. 8)[1484].

---

del 11% en 1995 al 18% en 1996. El saldo negativo de la balanza comercial de películas, programas de televisión y vídeo alcanzó un total de 5.600 millones de dólares en 1996 en favor de los Estados Unidos.

[1482] La III Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los arts. 4 y 5, COM (98) 199 final, p. 19, entre las recomendaciones que propone a los Estados miembros para un mejor cumplimiento se encuentra la de precisar el concepto de *productor independiente*. Para que un productor fuera considerado independiente el organismo de radiodifusión no debería detentar más del 25% del capital de la sociedad de radiodifusión (50% si se trata de varios organismos). Conforme a otro criterio, no sería independiente el productor que entregara más del 90% de su producción, durante un periodo de tres años, a un mismo organismo de radiodifusión, salvo en el caso de que el productor sólo realice un programa o una serie durante el periodo de referencia.

[1483] La Ley 25/1994 (art. 6) concreta este porcentaje adecuado en el 50%.

[1484] Art. 8 *"Los Estados miembros tendrán la facultad, cuando lo consideren necesario para obtener objetivos de política lingüística y siempre que respeten el derecho comunitario, de establecer, por lo que se refiere a algunas o al conjunto de las emisiones de los organismos de radiodifusión televisiva que dependan de su competencia, normas más detalladas o más estrictas, en particular, con arreglo a criterios lingüísticos".* Posibilidad ésta no desarrollada por la Ley 25/1994 y confiada en nuestro ordenamiento a la competencia de las Comunidades autónomas.

La Directiva justifica en su Preámbulo este régimen en los siguientes principios:

- Facilitar a las personas a industrias productoras con objetivos culturales un mejor acceso a la profesión y su ejercicio.
- Promover la producción, la producción independiente y la distribución.
- Promover la formación de mercados de dimensión suficiente para las producciones de televisión puedan amortizar las inversiones necesarias.
- Estimular nuevas fuentes de producción televisiva y, en especial, la creación de pequeñas y medianas empresas, con la consiguientes oportunidades para nuevos talentos.
- Promover activamente unas u otras lenguas.

La complejidad del art. 6 de la Directiva ilustra la dificultad de definir el concepto de *"obra europea"*. Son obras europeas las originarias de los Estados miembros y de los Estados parte del Convenio de Televisión Transfronteriza siempre que sean realizada por uno o más productores establecidos en estos Estados, o, alternativamente, la producción sea controlada por uno o varios productores establecidos en estos Estados, o bien, en los casos de coproducción, la aportación de los productores europeos sea mayoritaria. Son equiparadas a obras europeas las originarias de otros Estados europeos, producidas exclusivamente o en coproducción por productores de los Estados miembros, de conformidad con acuerdos establecidos con la Unión Europea. Y, finalmente, se equipararán las obras de países no europeos, siempre que sean esencialmente realizadas con la participación de autores y trabajadores residentes en los Estados miembros y en proporción a la contribución de productores europeos. En definitiva, el criterio último es la participación esencial del capital y el trabajo europeos, tanto en las producciones originarias de los Estados miembros, como de otros Estados europeos o terceros. De manera que el objetivo general de protección de identidad se concreta en este sistema en el fomento de la industria audiovisual de los Estados miembros.

Esta protección de la identidad y, más en concreto de la industria audiovisual europea, se libra básicamente en el terreno de las obras de ficción y documentales. Las cuotas se aprecian en el conjunto del tiempo de emisión, excluidas las informaciones, transmisiones deportivas, juegos, publicidad y servicios de teletexto[1485]. Se trata, en definitiva, de proteger programas de alto coste de producción, de los que Europa es deficitaria a causa de la competencia norteamericana, programas que producen un alto valor añadido[1486].

[1485] La Ley 25/1994 excluye también del cómputo (art. 7.1) a los concursos y a las distintas formas de televenta y permite que en el caso de Programaciones de pago que se contraten conjuntamente el cómputo se realice sobre el tiempo total de emisión de todas ellas. El Reglamento promulgado por el R. D. 1462/1999 regula (art. 7.2 y 3) el procedimiento para acogerse a estos regímenes especiales.

[1486] Para el *Informe Oreja*, op. cit., II.3, *"El contenido informativo (los servicios informativos, los financieros, los recreativos, los documentales) crea raramente valor de catálogo. La excepción es el documental, aunque en general es mucho más barato que las películas. Las barreras de entrada al mercado son relativamente bajas, y por lo tanto, tales géneros no deben en principio tener prioridad para el apoyo a nivel europeo (a excepción de los documentales). ... La programación deportiva como tal, cuya demanda y precios son altos y la oferta abundante, es un ejemplo de contenido que no requiere apoyo europeo. En cambio, la producción de películas, con potencial internacional, es costosa. Y por ello, el acceso a este segmento de mercado es difícil. El mismo argumento se aplica, mutatis mutandis, a los telefilms y a los documentales. Pero, al mismo tiempo, tales contenidos son a largo plazo más valiosos porque mantienen su vigencia en*

La gran batalla se dio respecto al carácter vinculante o no de las cuotas de emisión. Partiendo de borradores más estrictos[1487], la redacción final y las manifestaciones del Consejo y la Comisión (por ejemplo, la de su vicepresidente Martin Bagemann ante el Parlamento Europeo el 11 de octubre de 1989) han llevado a sostener que el objetivo de un porcentaje mayoritario de obras europeas es vinculante desde el punto de vista político, pero no jurídico[1488]. Desde luego, la armonización europea no conmina a incorporar a los derechos nacionales un porcentaje obligatorio[1489]. Por lo menos la redacción final incorporó lo que Gay[1490] denomina *"cláusula de no retroceso"*: el porcentaje de obras europeas no podrá ser inferior a la media del país respectivo en 1988.

Siendo todo esto cierto, la cuestión de si las cuotas de obras europeas e independientes tiene o no carácter vinculante debe responderse desde la perspectiva de cada uno de los derechos nacionales para obtener una visión más ajustada de la situación real[1491]. En el caso español[1492] nuestra opinión es que se trata de una cuota vinculante. Previamente a la incorporación de la Directiva europea, la Ley 10/1988, de Televisión

el tiempo y pueden constituirse como stocks. Por ello, si hay un sector que se necesita ayuda, es precisamente en éste".

[1487] Del texto aceptado por la Comisión, tras las enmiendas del Parlamento Europeo, que establecía que en 4 años se alcanzaría un porcentaje de 60% de productos europeos (excluidos informativos, concursos, retransmisiones deportivas y teletexto) y de ese tiempo un tercio al menos se reservaría para primeras difusiones dentro de la Comunidad, se pasó al laxo texto aprobado finalmente.

[1488] Sobre este debate, véase **García Godoy, Antonio**, *El derecho a la televisión sin fronteras*, Aguaclara, Alicante, p. 161.

[1489] No lo entendió, sin embargo, así, el Tribunal Constitucional alemán (sentencia de 22 de marzo de 1995), que al considerar que el objetivo de alcanzar un porcentaje mayoritario de obras europeas es vinculante para todos los estados miembros, declaró que la aprobación dada por el Gobierno alemán a la Directiva en el Consejo Europeo violaba las competencias constitucionales de los Länder. Véase **Kreile, Johhannes**, *"The political impact of the european program quotas -an analysis of at. 4 and 5 of the Directive 89/552//EEC-" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 870.

[1490] **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 232.

[1491] A este respecto, el régimen francés es seguramente el más estricto. Véase **Derieux, E.**, op. cit., pp. 236-238.

[1492] El **ámbito de aplicación** de la Ley 25/1994 (art.2) son todas las emisiones realizadas desde territorio español por entidades que presten directa o indirectamente el servicio público de televisión, salvo las destinadas a países que no sean miembros de la Unión Europea y aún en estos casos se aplican las prohibiciones de publicidad ilícita, de tabaco, medicamentos, política, de bebidas alcohólicas y el régimen de protección de los menores. Hay que recordar que de este régimen quedan excluidas las emisiones por cable, conforme el art. 12 de la Ley 42/1995, que sólo exige que las Programaciones distribuidas por este medio se sometan a la regulación de contenidos de la Ley 25/1994 cuando alcancen a más del 50% de los hogares de la respectiva Comunidad Autónoma o al 25% a nivel nacional. En cuanto a la televisión local, el art. 9 de la Directiva 89/552 excluía la aplicación de las medidas de protección a las emisoras de televisión local que no forme red nacional. Sin embargo, el art. 8.2 de la Ley 41/1995 establecía expresamente la obligatoriedad del régimen de la Ley 25/1994 respecto a la publicidad, pero, en cuanto que sujetos emisores sometidos a concesión, la citada Ley resultaba de aplicación general y, por tanto, hubiera podido interpretarse que las medidas de protección eran aplicables. La Ley 22/1999 (nuevo art. 2.5) excluye la aplicación del capítulo II (el dedicado a las medidas de protección) a las emisiones de televisión de cobertura local que no formen parte de una red nacional, como establece el nuevo art. 9 de la Directiva 97/35/CE, aunque la Ley de transposición permite la posibilidad que sean Comunidades Autónomas las que introduzcan normas equivalentes con objeto de promover la producción en la lengua propia. También es de aplicación a las emisiones por satélite, aún después de su liberalización, pues aunque los emisores ya no prestan el servicio público, la aplicación de la Ley 25/1994 se establecía expresamente en la disposición adicional séptima de la Ley 37/1995. La Ley 22/1999, al aplicar su régimen a los operadores de televisión establecidos en España, evita cualquier confusión, aunque entiendo que las exclusiones mencionadas en materia de televisión por cable siguen en vigor por tratarse de norma más específica. De esta manera puede decirse que sólo quedan excluidas del sistema de protección a las obras europeas las Programaciones locales: emisiones de cobertura local (por transmisión terrena analógica o digital) y las transmisiones por cable que no superen los límites mencionados.

Privada, ya establecía en su art. 14, aps. 3 y 4, un sistema de cuotas obligatorias para las sociedades concesionarias: en cuanto a la programación general, 15% de producción propia, 55% en expresión originaria española, 40% de producción europea; respecto a las películas comerciales, 40% comunitarias, de las cuales al menos un 50% de expresión originaria española. Hubiera bastado elevar esos porcentajes de producción y películas comunitarias al 50% para cumplir con lo exigido por la Directiva, pero en la Ley 25/1944 se prefirió derogar expresamente estas disposiciones y, simplificando el sistema de cuotas, establecer unas exigencias menos gravosas para las concesionarias y, en general, para todos los organismos de televisión, en especial al eliminar el requisito de un 15% de producción propia. Sin distinción de géneros[1493], la citada ley estableció una cuota del 51% de obras europeas, de las cuales, al menos un 50% han de ser en expresión originaria en cualquier lengua española[1494]. Además, en cumplimiento de los dispuesto por la Directiva se exige por primera vez el porcentaje de un 10% de producción independiente. Se entiende que un productor es independiente cuando no está sujeto a la influencia dominante de una o varias entidades de televisión, supuesto que se da éstas detenten más del 50% del capital social, dispongan de mayoría de votos o de poder de designación de sus órganos directivos (art. 3 f).

El enunciado del art. 5.1 no deja lugar a dudas: *"Las entidades que presten directa o indirectamente el servicio público de televisión*[1495] ***deberán reservar****..."*. Y para reforzar este carácter vinculante el art. 19 considera infracciones muy graves la violación reiterada de estas obligaciones[1496]. Podría argumentarse que la actividad sancionadora sólo tendría proyección efectiva sobre las concesionarias, pero el art. 18.1 afirma taxativamente que el régimen sancionador será aplicable a las entidades públicas (incluida, por tanto, TVE) y privadas y para que no que no quede duda el 18.3 se cuida de indicar que en el caso de los llamados terceros canales, organismos públicos prestadores directos del servicio, la actividad de control, inspección y sanción se confía a las respectivas Comunidades Autónomas.

No es obstáculo para sostener el carácter vinculante de estas cuotas el hecho de que los referidos porcentajes puedan alcanzarse progresivamente. En efecto, la disposición transitoria primera de la Ley 25/1994 daba un plazo de cuatro años para lograr un porcentaje de un 40%, que a partir del quinto año debería incrementarse anualmente hasta llegar al 51%. En cuanto al 10% de producciones independientes también debía llegarse en cuatro años y en este plazo no podía reducirse el porcentaje comprobado en 1988. Ciertamente el sistema es más que flexible, echándose de menos incluso respecto a las obras europeas que se indique exactamente cuando habrá de alcanzarse el porcentaje

[1493] Y excluidos por el art. 7 los programas informativos, transmisiones deportivas, concursos o juegos, publicidad, teletexto, todo ello de conformidad con la Directiva, y, además, las ofertas directas al público de productos o servicios.

[1494] Abriendo, así, de paso, con ese plural, frente al singular de la Ley de Televisión Privada, estas cuotas a las obras producidas en las lenguas españolas distintas al castellano.

[1495] La Ley 22/1999 sustituye la referencia a las *entidades que presten directa o indirectamente el servicio público de televisión* por la más amplia *operadores de televisión*, que incluye a todos los sujetos emisores, en régimen o no de servicio público. Véase nota sobre el ámbito de aplicación del régimen de protección.

[1496] La Ley 22/1999 considera ahora ya sólo como infracción grave la violación de los arts. 5 (protección de las obras europeas) y 6 (producción independiente). Así, pues, aunque reducida la cualificación de las infracciones, los preceptos siguen siendo jurídicamente vinculantes.

del 51%, pero de lo que no cabe duda es que cumplido el plazo de 4 años, esto es, en 1999 aquellos sujetos emisores que no hubieran alcanzado el 40% de obras europeas (o no los incrementen a partir de entonces) o el 10% de producciones independientes incurrirán en infracción sancionable y, por tanto, se trata de obligaciones vinculantes. Otra cosa es que la Administración haga dejación de sus competencias para no irritar a los poderosos grupos titulares de la concesiones de la televisión privada.

El art. 4.3 de la Directiva 89/552/CEE establecía un sistema de informes bianuales de los Estados miembros sobre el cumplimiento de estos objetivos, en los que ha de constar, además de la información estadística, las razones por las que en cada caso no haya podido lograrse la proporción establecida, así como las medidas que el Estado piensa adoptar para conseguirla. La Comisión sintetiza estos informes y dirige comunicaciones al Consejo y al Parlamento, extrayendo conclusiones del cumplimiento de la norma[1497]. La tercera y, hasta ahora, última Comunicación, con datos de periodo 95-96 y conclusiones sobre los 6 primeros años de aplicación de estas disposiciones pone de manifiesto que gran número de los sujetos emisores de la Unión Europea no alcanzaron en 1996 ese objetivo de un porcentaje mayoritario de obras europeas en su Programación y menos todavía el del un 10% de producción independiente, siendo muy variable la proporción de nuevas producciones según la naturaleza del emisor[1498]. Los mayores incumplimientos se registraron en Austria, Bélgica, Reino Unido y Luxemburgo[1499], mientras que las mayores cuotas de obras europeas, producción independiente y reciente se dan en los canales franceses. En general, los sujetos emisores privados incluyen menores porcentajes de obras europea, en la mayor parte de los casos por debajo del 50%. El porcentaje medio de obras europeas era en 1992 el de un 66,6% y del 62,7% en 1996, reducción que la Comisión explica en razón de la aparición de nuevos canales por satélite. No obstante, como resumen, y a la vista de las tendencias generales de mejora, la Comisión considera satisfactoriamente cumplidos los objetivos de los arts. 4 y 5, conclusión ésta que, con las estadísticas en la mano, sólo tiene sentido si recordamos el carácter de meta a alcanzar progresivamente y conforme a lo posible. La Comisión sintetiza las siguientes razones de incumplimiento: novedad del canal, su carácter temático, dificultad de encontrar obras europeas a precios competitivos y existencia de filiales de empresas de otros países que basan su Programación en las existencias de programas de las empresas matrices.

El sistema, como pone de relieve Bustamante, ha favorecido las producciones nacionales en paralelo con el éxito de audiencia de la programación local en todos los países. Pero esa producción nacional es incapaz de salir de sus propias fronteras, frustrándose el objetivo principal declarado de estas políticas que no es otro que impulsar

[1497] Para los años 1991-92: COM(94) 57 final, de 3/3/1994; para los años 1993-94: COM(96) 302 final de 15/07/1996; para los años 1995-1996 y resumen del periodo 91-96, COM (98) 199 final de 3/4/98.

[1498] Es llamativo que la mayoría de los Estados miembros apenas exponen las causas de los incumplimientos y menos aún se dignan a proponer las medidas a adoptar para solucionarlos, explicaciones que deberían acompañar a estos informes conforme el art. 4.3 de la Directiva 89/552/CEE.

[1499] En estos dos casos se trata de países que son lugar de establecimiento de sistemas de satélite que difunden gran número de canales temáticos y de pago.

la generación de un mercado común audiovisual. En consecuencia, este autor se muestra partidario del establecimiento de cuotas específicas europeas no nacionales[1500].

En el caso español, aunque el informe advierte que los datos son incompletos, el incumplimiento respecto a la emisión mayoritaria de obras europeas es claro en las tres cadenas privadas[1501], se cumple de manera justa en el caso de su competidora pública, la primera cadena de Televisión Española (50%) y se supera con creces en dos cadenas autonómicas y en la segunda de TVE[1502]. El porcentaje de producción independiente fue incumplido por prácticamente todos los emisores autonómicos. Hay que tener, si embargo, en cuenta, que, de acuerdo con la disp. tr. 1ª y 2ª de la Ley 25/1994, hasta el 1 de enero de 1999 no era necesario llegar al 40% de obras europeas, y bastaba con mantener el porcentaje de 1988 de producción independiente, por lo que, en rigor en 1996 estos sujetos emisores no estaban infringiendo el derecho español.

La Directiva 89/552/CEE incluía como mecanismo de protección a la exhibición en salas de las obras cinematográficas. Conforme el art. 7, los Estados velarán para que, salvo acuerdo entre los titulares de los derechos y los organismos de emisión, las películas no se difundan por televisión antes de dos años de su estreno en salas de cine, un año, en el caso de que el sujeto emisor haya coproducido la obra[1503]. Una norma concordante estaba incluida ya en el art. 14.4 de la Ley 10/1988, de Televisión Privada, elaborada en paralelo a la citada Directiva. El art. 8 de la Ley 25/1994 traslada la norma comunitaria. El plazo de exhibición exclusiva se cuenta a partir del estreno en cualquier país de la Unión Europea y habrá de respetarse salvo que la obra se haya producido para la televisión o para soportes distintos a la exhibición en salas comerciales. En cuanto al plazo reducido en el caso de que el sujeto emisor coproduzca la película, la participación habrá de ser al menos de un 10%. Aunque la Directiva no lo justifique en sus considerandos, no cabe duda que la idea subyacente es la de que la exhibición en salas sirve de motor de la producción cinematográfica. Los cambios en el mercado audiovisual, con una creciente importancia de los ingresos por difusión en soporte videográfico y emisión televisiva ha llevado a revisar esta idea, a lo que no han sido ajenas las propias presiones de los productores-distribuidores norteamericanos. Será ésta una de las materias modificadas por la Directiva 97/36/CE.

Los cambios habidos en el panorama audiovisual desde el comienzo de los 90 han supuesto un desafío para el sistema de la Televisión Sin Fronteras. Visto el primer informe de aplicación realizado por la Comisión, el Consejo, en su reunión de Essen de 9 y 10 de diciembre de 1994 puso en marcha el proceso de revisión. La nueva Directiva 97/36/CE no introduce modificaciones sustanciales y en general pretende adaptar el régimen de la primera Directiva a las nuevas realidades.

[1500] "Contenidos de la televisión digital y retos de la política audiovisual europea" ,op. cit., p. 27.

[1501] Antena 3, 42%; Canal +, 40%; Tele 5, 38%.

[1502] La 2, 76%;TV3, 79%; ETB, 78%.

[1503] El Tribunal Europeo de Justicia, en su sentencia de 11 de julio de 1985 (*caso Societé Cinétheque contra Féderation National des Cinémas*) ya había declarado un mecanismo semejante contenido en la ley francesa de 29 de julio de 1982 conforme al Derecho comunitario, al fallar que no eran de aplicación los arts. 30 y 59 del Tratado. Véase **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit. pp. 233-234.

La protección de las obra europeas se considera un medio valido para lograr el objetivo de mejorar la competitividad de la industria de programas (considerando 28), siempre que se tenga en cuenta *"la evolución en el ámbito de la radiodifusión televisiva"*; una meta estrechamente vinculada a la de *"fomentar la realización de películas de ficción europeas destinadas a una audiencia internacional"* (considerando 27). Como se ve, aunque en último término se pretenda proteger la identidad europea, el fomento de la industria y la toma en cuenta de sus necesidades comerciales pasa a primer plano.

El mecanismo de las cuotas no varía sustancialmente y sigue considerándose más como *"una obligación de comportamiento que una obligación de resultado"*, dada su particular redacción[1504]. Se añade la telecompra a los programas excluidos del cómputo de los porcentajes, como ya hacía la ley española. Un nuevo considerando (n° 31)[1505] establece a título indicativo criterios para definir la noción de *"productor independiente"* [1506]. Otro considerando (n° 29)[1507] del texto, expone la situación particular de los canales que emiten en lenguas no europeas .... Además, en el artículo 6, la definición de obras europeas se ha ampliado para incluir las coproducciones con algunos terceros países y excluir la de aquellos otros países europeos o terceros en los que se discrimine a las obras europeas. Las obras que no son europeas, pero que se producen en el marco de acuerdos bilaterales de coproducción celebrados entre los Estados miembros y los terceros países se consideran obras europeas si los coproductores comunitarios participan mayoritariamente en el coste total de la producción, y si la producción no está controlada por uno o varios productores establecidos fuera del territorio de los Estados miembros. Ya el art. 9 de la Directiva 89/552 excluía de estas disposiciones a las emisores locales que no formaran cadena. Teniendo en cuenta la proliferación de programas de cobertura local (y ya no sólo por transmisión terrena) y su dificultad para proveerse de programas europeos, el nuevo art. 9 exime de las obligaciones del capítulo III a estas emisiones, sea cual sea su modo de transmisión, siempre que no formen parte de una cadena nacional, disposición traslada por el nuevo art. 2.5 de la Ley 22/1999.

En su art. 23 bis (ap. 2 c) la nueva Directiva crea un Comité de contacto, compuesto por representantes de las autoridades de los Estados miembros y presidido por la Comisión, cuya tarea es examinar la aplicación de la Directiva y, en particular, de sus

---

[1504] III Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de los arts. 4 y 5 COM (98) 199 final de 3/4/98, p. 19. El considerando 30 declara literalmente que *"los porcentajes relativos a las obras europeas deben alcanzarse teniendo en cuenta las realidades económicas; que, por lo tanto, es necesario un sistema de progresividad para el logro de este objetivo"*.

[1505] *"Considerando que, con vistas a promover la producción de obras europeas, es fundamental que la Comunidad, teniendo en cuenta la capacidad audiovisual de cada uno de sus Estados miembros y la necesidad de proteger las lenguas menos utilizadas de la Unión Europea, promueva a los productores independientes; que los Estados miembros, al definir el concepto "productor independiente" deberían tener debidamente en cuenta criterios tales como la propiedad de la empresa productora, la cantidad de programas suministrados al mismo organismo de radiodifusión televisiva y la propiedad de derechos de explotación futura;".*

[1506] La Ley 22/1994 no modifica la definición de productor independiente del art. 3 f). Hubiera sido conveniente añadir los entre los criterios de influencia dominante que la ley enuncia los de suministro de programas y derechos de explotación a la delimitación, como sugiere la nueva Directiva.

[1507] *"Considerando que las cadenas que emitan totalmente en una lengua distintas de las de los Estados miembros no deberían quedar cubiertas por lo dispuesto en los artículos 4 y 5; que, no obstante, cuando dicha lengua o lenguas constituyan una parte sustancial pero no exclusiva del tiempo de transmisión de una cadena, no debería aplicarse lo dispuesto en los artículos 4 y 5 a dicha parte del tiempo de transmisión;".*

artículos 4 y 5, así como la evolución del sector de la televisión y, en general, realizar intercambios de puntos de vista. Por supuesto este nuevo organismo no tiene competencias para exigir el cumplimiento de unas cuotas que no son vinculantes, pero, al menos, si se toma en serio su función, podrá pedir a los Estados miembros que expliquen los incumplimientos y declaren que medidas piensan adoptar, obligaciones éstas impuestas ya por la primera Directiva y que según hemos visto muchos de los Estados miembros incumplen, entre ellos España.

Como anticipamos, la nueva Directiva elimina el sistema de protección a la explotación escalonada de las obras cinematográficas. El nuevo art. 7 se limita a ordenar que los Estados velen para que los acuerdos entre las partes sean respetados. Sin llegar a rechazar la validez del escalonamiento de la explotación de las obras cinematográficas, el mecanismo ya no es obligatorio, dejando que sean los acuerdos alcanzados con los titulares de los derechos los que rijan la cronología de la explotación. Es ésta la modificación más importante, junto con la inclusión de un nuevo art. 3 bis que permite a los Estados miembros adoptar medidas de limitación de las exclusivas. El principio es que aquellos acontecimientos de gran interés social sean emitidos por sistemas de televisión de libre acceso, bien en directo o en diferido. El tema ya se analizó en el capítulo 2º, 3.6. Aquí interesa destacar como la Directiva impone un control de conformidad con el Derecho comunitario sobre los actos de los Estados que califiquen como de interés general a determinados acontecimientos. En efecto, los Estados comunicarán de modo inmediato estas medidas a la Comisión y ésta, en el plazo de tres meses, verificará si se ajustan al Derecho comunitario y las comunicará al resto de los Estados, publicándose al menos una vez al año en el Diario Oficial la lista de las medidas consolidadas. Se trata, pues, de una intervención enérgica destinada a preservar la identidad nacional o europea de una manera más directa a las medidas del capítulo II, dirigidas en primer término al fomento de la industria europea. No cabe, tampoco, descartar una segunda finalidad: proteger a las grandes cadenas generalistas europeas de la agresiva política de compras de derechos llevada a cabo por las nuevas cadenas de pago[1508].

Las modificaciones exigidas por la nueva Directiva han sido trasladadas a nuestro derecho por la Ley 22/1999, de 7 de junio. En los temas que nos ocupan las modificaciones han sido menores, fundamentalmente aclaratorias o de incorporación de nuevos principios de la Directiva, como el principio de reciprocidad para obras de países no europeos. Ya se ha hecho referencia a algunas de estas modificaciones en notas anteriores, sobre todo en lo que se refiere al ámbito de aplicación y al carácter vinculante de los mecanismos de protección. Dos son las novedades más relevantes: la derogación del sistema de explotación cinematográfica escalonada y la creación de una nueva cuota de financiación de obras cinematográficas.

Suprimido el art. 8, la nueva Ley no considera necesario establecer ningún mecanismo para proteger la voluntad de los titulares de derechos sobre estas obras que prefieran dar prioridad a la exhibición en salas comerciales, ni tampoco se promueve la consecución de acuerdos entre productores, exhibidores, programadores y emisores. La

[1508] La Ley 22/1999 establece un régimen transitorio (disp. tr. única) para los derechos exclusivos adquiridos entre el 30 de julio de 1997 -fecha de entrada en vigor de la Directiva 97/36/CE- y la fecha de entrada en vigor de la propia Ley (ver cap. 2º, 3.6).

consecuencia de todo esto será seguramente una difusión más temprana por televisión, una mayor rotación de las películas por las salas de exhibición y puede que la reducción de su número, después del crecimiento de los últimos años.

La mayor innovación en el tema del fomento lo supone la inclusión (segundo párrafo en el art. 5.1) de la obligación de los operadores de televisión de financiar con un 5% de sus ingresos anuales la producción de largometrajes y películas destinadas a la televisión. Este sistema ya estaba previsto en la propuesta de modificación de la primera Directiva realizado por la Comisión[1509], pero finalmente no se recogió en la Directiva 97/36/CE y fue de nuevo recomendado por el Comisario responsable de la política audiovisual, Marcelino Oreja, en la Conferencia de Birminghan de abril de 1998[1510]. Su introducción es, pues, una iniciativa del legislador nacional en la dirección sugerida. Se declara expresamente que esta obligación adicional está dirigida a facilitar el cumplimiento del sistema de cuotas de obras europeas[1511]. Se sale así al paso a una queja de los emisores que en toda la Unión ha venido alegando la falta de suficientes obras europeas. Su incorporación a nuestro ordenamiento va a producir, sin duda, un florecimiento de la industria cinematográfica. Los grandes operadores de televisión ya dedicaba a estas finalidades cantidades difíciles de evaluar, pero no así los menos importantes o de nueva aparición. Con los datos de 1997, el monto del 5% sobre los ingresos de todos los operadores puede ascender a 20.000 millones de pesetas, que podrían dedicarse a la producción tanto de obras españolas como europeas en general[1512]. Seguramente se favorecerá la producción de películas para televisión, en las que los operadores tienen un mayor control y de las que obtienen una rentabilidad más inmediata. En cualquier caso, dados los términos de la definición de operador[1513] es ésta una obligación que afecta a los sujetos programadores y emisores. A los efectos de control de esta nueva obligación, el Reglamento promulgado por el R.D. 1462/1999 ordena que todos los operadores nacionales (bajo la competencia del Ministerio de Fomento) informen anualmente a la Secretaría General de Comunicaciones de qué modo la han dado cumplimiento, pudiendo la Administración requerir datos adicionales, todos ellos confidenciales (art. 6).

La Ley excluye también de la obligatoriedad de estas medidas protectoras a los canales especializados en televenta y autopromoción, que por primera vez se regulan en el art. 14[1514].

[1509] COM(95)86 final, DOCE C (95) 185 de 19 de julio de 1995. La Comisión estimaba esta medida especialmente adecuada para que las Programaciones especializadas o canales temáticos, con especial dificultad para cumplir con las cuotas de obras europeas, dieran cumplimiento al objetivo de protección a la industria europea mediante esta obligación de financiación.

[1510] EL PAÍS, 7/5/98.

[1511] *"Sorprende la conexión que se establece entre ambas cuotas, cuando parece claro que la cuota de inversión tiene autonomía propia".* **Gay Fuentes, Celeste**, *"La modificación de la Ley de Televisión sin Fronteras"*, Quaderns del CAC, Barcelona, julio 1999, p. 6.

[1512] La Federación de Asociaciones de Productores Audiovisuales de España (FAPAE) estima que al menos la mitad, 10.000 millones, se dedicarán a la producción de obras españolas. EL PAÍS, 26/2/99.

[1513] *"La persona física o jurídica que asuma la responsabilidad editorial de la programación televisiva... y que la transmita o la haga transmitir por un tercero"* (nuevo art. 3.1L24/1994, conforme la modificación de la L. 22/1997)

[1514] El procedimiento para acogerse a este régimen especial está regulado por el art. 7.1 del Reglamento promulgado por el R.D. 1462/1999.

Entre los objetivos de la Directiva 89/552/CE estaba, como ya indicamos, la protección lingüística, expresamente recogido en el art. 8. La Directiva 97/36/CE suprime esta norma, pero en su Considerando nº 44 sigue admitiendo la potestad de los Estados miembros para adoptar disposiciones más estrictas en razón de -entre otras finalidades- objetivos de política lingüística, medidas, eso sí, que tendrán que ser compatibles con el Derecho Comunitario. La Ley 25/1994 no hace mención entre sus objetivos a la protección lingüística, aunque a la hora de establecer cuotas de emisión exige (art. 5.2) que el 50% de la reserva de obras europeas corresponda a obras españolas en expresión originaria de cualquier lengua española, abriendo este mecanismo (respecto al art. 14 aps. 3 y 4 de la Ley 10/1988) a cualquiera de las lenguas oficiales en alguna Comunidad Autónoma. La Ley 25/1994 tiene el carácter de norma básica, dictada al amparo de los arts. 149.1, 21 y 27 y, por tanto, en cuanto al régimen de los medios, susceptibles de desarrollo y ejecución por las Comunidades Autónomas que tengan asumidas estas competencias[1515]. El estudio detallado de esta materia no corresponde a este trabajo[1516], pero mencionaré al menos las normas más importantes de la Generalidad de Cataluña, Comunidad que se ha destacado en la protección y fomento de la lengua propia a través de los medios de comunicación[1517], normas dictadas de conformidad con el art. 16 del Estatuto de Cataluña que declara competencia exclusiva de la Generalidad las mencionadas competencias de desarrollo y ejecución.

La primera intervención posterior a la Ley 25/1994 vino dada por la Ley catalana 8/1996, de 5 de julio, de regulación de la programación audiovisual distribuida por cable, dictada en desarrollo de las Leyes 42/1995 (de telecomunicaciones por cable) y 22/1994. Su art. 7, bajo el enunciado pluralidad lingüística, reitera que el 50% de la cuota de obras europeas difundidas en los respectivos sistemas de cable debe corresponder a obras de expresión originaria en cualquiera de las dos lenguas oficiales de la Comunidad, esto es, castellano o catalán. Y añade una nueva reserva: la mitad de ese 50% lo será en catalán. Además en el caso de películas, series y documentales doblados o subtitulados han de ofrecerse simultáneamente doblados o subtitulados al catalán. Pero estas normas sobrepasan el ámbito de los sistemas de cable, pues la disp. ad. las extiende a todos los canales gestionados directamente por la Generalidad, sea cual sea su medio de

[1515] Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla-León, Cataluña, Galicia, Extremadura, Madrid, Navarra, País Vasco y Valencia.

[1516] Vale la pena, no obstante, hacer referencia a la Ley del Parlamento Gallego 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual de Galicia. La norma, que pretende ser marco para un ulterior desarrollo reglamentario, aborda el sector de una manera conjunta desde la perspectiva de establecer en la Comunidad Autónoma *"los principios generales y las líneas de acción institucional en el sector audiovisual, así como sus mecanismos de fomento"* (art. 1). Su art. 8 enumera como objetivos de la actividad de fomento típicos fines de protección de la identidad (promover el conocimiento de la cultura y la lengua), pero también otros más dirigidos al desarrollo económico y social (fomentar la actividad empresarial y la creación de empleo, promover la investigación). Es en este sentido una ley que mira tanto al pasado como al futuro. Por su carácter de ley marco general del sector apenas si entra en instituciones concretas, que confía al desarrollo reglamentario. Vale la pena subrayar, no obstante, la creación del Consorcio Audiovisual de Galicia, a constituir por las Administraciones y entidades sin fin de lucro, como motor de la potenciación institucional del sector. Se crea también el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual como foro de encuentro de todos los participantes en el sector y que funcionará con carácter consultivo de la Administración autonómica.

[1517] Galicia ha establecido en 1999 las bases para una acción de promoción y fomento del sector audiovisual en la Comunidad, mediante las disposiciones de la Ley propia 6/1999, de 1 de septiembre, del Audiovisual de Galicia. El planteamiento es el fomento industrial del sector, con mecanismos como la creación de un Consorcio Audiovisual, pero sin adoptar ninguna disposición sobre el contenido de la *Programación básica.*

transmisión. Otra extensión es la que viene realizada por el Decreto de la Generalidad de 320/1996, de 1 de octubre, de regulación del régimen jurídico de las emisoras locales de televisión por ondas terrestres, cuyo art. 14 b) incluye entre las obligaciones de los concesionarios las mencionadas de reserva al catalán de la mitad de la cuota de obras españolas y las de doblaje y subtitulado. Además, conforme al art. 11, son méritos para obtener las concesiones la promoción de la lengua catalana y la emisión en catalán en zonas poco dotadas de emisores en esta lengua.

Con anterioridad existía ya un marco general, el establecido por la Ley 7/1983, de 7 de abril, de normalización del catalán[1518], sustituida por la más reciente de política lingüística, Ley 1/1998, de 7 de enero. Su capítulo IV se dedica a los medios de comunicación. Nos referiremos exclusivamente a las cuotas establecidas para la Programación de radio y televisión. El art. 26 deja subsistentes las reservas en las emisiones por cable y de las televisiones locales, a que nos hemos referido. Pero además crea nuevas cuotas. Resumiendo unas y otras, el sistema resultante es el siguiente:

- 50% de las obras españolas en catalán en televisión por cable, televisión local y canales de la Generalidad;
- 50% de la producción propia en catalán en televisión por cable y concesionarias de la televisión privada en el ámbito territorial de Cataluña;
- 50% del tiempo de emisión en catalán de las emisoras de radio de concesión por parte de la Generalidad, porcentaje que puede ser modificado por la Generalidad de acuerdo con las características de la audiencia;
- La superación de los porcentajes obligatorios puede ser tenida en cuenta como uno de los criterios para la adjudicación de concesiones;
- El 25% de la música cantada emitida por radio o televisión deberá ser en catalán o aranés.

Estos criterios han sido desarrollados reglamentariamente para las concesiones de radio en modulación de frecuencia por el Decreto 269/1998, de 21 de octubre. También es desarrollo reglamentario del Capítulo IV de la Ley de Política Lingüística el Decreto 237/1998, de 8 de septiembre, de fomento de la oferta cinematográfica doblada y subtitulada en catalán, en concreto desarrollo del art. 28.3, que preveía la posibilidad de establecer cuotas de pantalla y distribución de los productos cinematográficos doblados o subtitulados, siempre que no sobrepasaran el 50% de la oferta anual de los respectivos distribuidores y exhibidores. Es ésta entre todas las medidas de fomento la que ha encontrado mayor y más poderosa oposición[1519]. Puesto que, como confiesa su

[1518] La **STC 337/1994**, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala III del Tribunal Supremo, declara constitucionales diversos preceptos de esta Ley. En su FJ. 7º se declara que: *"La Generalidad de Cataluña resulta habilitada para determinar el alcance de la cooficialidad, así como para ejercer acciones políticas y toda la actividad administrativa que crea conveniente en aras de la efectividad de los derechos de los ciudadanos relativos a las lenguas cooficiales. Dentro de estas acciones políticas se incluyen, como ya se ha declarado por este Tribunal, las disposiciones de las CC.AA. encaminadas a promover la normalización lingüística en su territorio (TC SS 69 y 80/1988), disposiciones cuyo objetivo general no es otro que el de asegurar el respeto y fomentar el uso de la lengua propia de CA y cooficial con ésta y, a este fin, corregir positivamente una situación histórica de desigualdad respecto al castellano, permitiendo alcanzar, de forma progresiva y dentro de las exigencias que la CE impone, el más amplio conocimiento y utilización de dicha lengua en su territorio".*

[1519] Diversas medidas de fomento de la industria cinematográfica y fonográfica han sido objeto de recurso. Así las SSTS Sala III de 19 de enero, 25 de marzo y 2 de junio de 1998 y 4 de febrero de 1999, sobre fomento cinematográfico, en

preámbulo, se trata de que se doblen las grandes producciones de asegurado éxito comercial (el consumo de películas en catalán es de un 2%), la norma ha chocado directamente con los intereses de las grandes productoras-distribuidoras norteamericanas y la Generalidad ha tenido que suspender en dos ocasiones la entrada en vigor del Decreto, la última hasta junio del año 2.000, lo que ilustra las dificultades de enfrentarse con esta poderosa industria.

Llegados a este punto es obligado sentar algunas conclusiones generales. Con el objetivo inmediato de fomentar la industria audiovisual propia de una manera armonizada que permita la libre difusión de las emisiones en el ámbito de la Unión Europea se ha venido a delimitar uno de los parámetros de lo que en este trabajo entendemos por *Programación básica*. Los análisis más frecuentes del sistema evalúan su efectividad respecto al fortalecimiento de la industria audiovisual europea o nacional. A este respecto puede decirse que, sin que se haya producido ese florecimiento que permita competir en pie de igualdad con los colosos norteamericanos, la industria audiovisual europea y española resiste y se encuentra en mejores condiciones de concurrencia. Pero la perspectiva que aquí nos interesa es la de la Programación. Estos requisitos de porcentajes de programas europeos, españoles (o catalanes, en su caso) y de producción independiente son uno de los parámetros que definen la *Programación básica.* Pese a que en nuestro derecho estas reservas tienen carácter vinculante, su aplicación progresiva y la excesiva flexibilidad de la Administración ha llevado a una relativización del derecho de los sujetos receptores a unos programas que expresen su identidad y su cultura. La tendencia dominante apunta hacia una suavización aún mayor del sistema de cuotas, que se verían sustituidas por medidas de apoyo indirecto a las empresas. Puede que desde un punto de vista industrial resultara así más eficaz, pero se perdería uno de los elementos esenciales de la *Programación básica*. Los receptores tienen derecho a que los programas expresen su identidad y la satisfacción de este derecho no puede confiarse al mercado, por mucho que el gusto de los espectadores españoles indique que las series nacionales tienen el éxito asegurado. La proliferación de Programaciones especializadas de pago no resuelve el problema, sino que lo hace más acuciante, pues las Programaciones de acceso gratuito, al alcance de todos, tienden cada vez más a conformarse por producciones cinematográficas y televisivas norteamericanas, que siguen ofreciendo una relación coste/rentabilidad irresistible para la empresas. En consecuencia, el sistema de cuotas, purgado de ambigüedades, nos parece que debe conservarse como modo de satisfacer los derechos del sujeto receptor. Y una vez más debemos insistir: el mejor remedio para superar las imperfecciones de estas regulaciones es fomentar la propia libertad de programación. El ejercicio de la libertad de programación por los distintos sujetos ha de redundar -como intentamos demostrar a lo largo de todo el capítulo 3º- en una mayor pluralidad de programas. Por esta vía, favoreciendo la libertad de programación, se promueve la libertad de recepción.

general favorables a la Generalidad. Sobre fomento a la industria fonográfica la STS Sala III de 16 de febrero de 1999, que declaró contrario a los principios de libre concurrencia a las convocatorias públicas, igualdad y no discriminación que se limite la convocatoria de ayudas a la producción fonográfica en catalán a aquellas empresas con sede o delegación en Cataluña y a intérpretes catalanes.

1.4. Limitaciones a la publicidad

Analizamos en el capítulo 3º los mensajes publicitarios como objeto de la libertad de programación y concluimos la necesidad de su regulación, tanto en garantía del derecho fundamental a la información, como para proteger los derechos de los consumidores y la libre concurrencia entre los sujetos económicos.

El núcleo de la armonización europea de los programas de televisión reside, justamente, en la regulación de la publicidad, justificada desde los tres enfoques mencionados: la libertad de recepción, los derechos de los consumidores y la libre competencia. Y todo ello con una finalidad: la libre circulación de emisiones en el territorio de la Unión. De todas las disparidades en la regulación de los programas de televisión, que podían ser obstáculo para la libre difusión de las emisiones entre los países miembros, la más acusadas se daban en materia de publicidad, con regímenes que iban de unas mínimas limitaciones hasta la prohibición casi absoluta. Era también este punto el que mayor intereses económicos movilizaba y no es extraño que la coordinación de las regulaciones en materia de publicidad sea la parte más sustancial de las Directivas de la Televisión Sin Fronteras. Esta armonización legislativa ha estado precedida y se enmarca en una jurisprudencia comunitaria[1520] que considera a estas regulaciones como restricciones a la libertad de prestación de servicios del art. 56 del Tratado; libertad que sólo puede tener su excepción en causas de orden público (seguridad o salud pública, como establece el art. 56.1 del Tratado[1521]) o de interés general, conforme a la propia construcción judicial (a partir del caso Debauve[1522]), que incluye razones de política cultural[1523] (incluida la protección de la propiedad intelectual[1524]), pero no razones económicas y siempre que no sean discriminatorias.

Expresamente los considerandos de la Directiva 89/552/CEE justifican esta coordinación en los derechos del consumidor en cuanto que telespectador. Una vez cumplidos los requisitos mínimos, los Estados miembros pueden someter a los emisores bajo su jurisdicción a normas más estrictas o detalladas, conforme a la función informativa, cultural, educativa y de entretenimiento (art. 19). Todo ello sin perjuicio de que aquellas emisiones destinadas únicamente al territorio nacional y no susceptibles de ser captadas en otro Estado puedan ser reguladas por normas distintas, más o menos rigurosas (art.

[1520] Comentarios a esta jurisprudencia se encuentran en **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 130, y **Díez-Picazo, L.M**, *"Publicidad y derechos fundamentales" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. pp. 657-659.

[1521] En el *caso Aragonesa de Publicidad c. Departamento de Sanidad de Generalidad de Cataluña* (1991) considera justificada en esta excepción de orden público la prohibición de la publicidad estática de bebidas de más de 23º.

[1522] *Procureur du Roi c. Marc Debauve* (1980). En este caso y el posterior *Bond van Adverteerders c. Países Bajos* (1988) se sienta la aplicabilidad de la libertad de prestación de servicios a las emisiones televisivas, incluidos los espacios publicitarios.

[1523] En su sentencia de 25 de julio de 1991, *Comisión c. Reino de los Países Bajos y Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros c. Commissariaat voor de Media*, el Tribunal declara que *"pueden estar justificadas por razones imperativas de interés general aquellas restricciones a la emisión de mensajes publicitarios.... necesarias para proteger a los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial o por razones de política cultural, para mantener una cierta calidad de los programas".*

[1524] *Casos Coditel I y II*, sentencias de 18 de marzo y 6 de octubre de 1982.

20). Además, los Estados miembros habrán de aplicar medidas adecuadas para garantizar el respeto de esta normativa (art. 21). Pero no olvidemos que son también objetivo general de la Directiva, según sus propios considerandos, crear *"unas condiciones de competencia leal sin perjuicio de la función de interés público"* y que *"es esencial que los Estados miembros velen para que no se cometan actos que puedan resultar perjudiciales para la libre circulación y el comercio de las emisiones televisivas o que puedan favorecer la creación de posiciones dominantes que impondrían límites al pluralismo y a la libertad de información televisiva, así como a la información en su conjunto".* De modo que la coordinación de las regulaciones publicitarias persiguen la protección del consumidor/receptor, pero también un trato igualitario entre operadores europeos, siempre con la vista puesta en la finalidad última de garantizar la libre difusión de programas y emisiones[1525]. Es competencia de los Estados miembros asegurar el cumplimiento de esta regulación armonizada, sin que puedan excluir de la difusión en su territorio los espacios publicitarios provenientes de otros Estados miembros, ni juzgar sobre si estas emisiones cumplen o no la regulación armonizada, a diferencia de la prerrogativa que el art. 16 de la Convención sobre Televisión Transfronteriza reconoce a los Estados parte para impedir la difusión cuando esas emisiones incumplan las prescripciones nacionales.

Los pilares de la armonización contenidos en el capítulo IV de la Directiva 89/552 son los siguientes:

- **Protección general de la audiencia**. Respeto a la dignidad humana, a las convicciones políticas y religiosas; no incluir elementos discriminatorios en razón de la raza, sexo o nacionalidad; no fomentar comportamientos perjudiciales para la salud, la seguridad o la protección del medio ambiente (art. 12).
- **Protección de los consumidores en cuanto que receptores**. Normas de inserción: limitaciones cualitativas y cuantitativas y regulación de ciertas formas publicitarias, como el patrocinio (arts. 10, 11, 17, 18)
- **Protección de los consumidores en cuanto tales[1526]**. Prohibición de la publicidad del tabaco, medicamentos y restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas (arts. 13, 14, 15).

[1525] A este respecto cabe citar el *caso VTM*, en el que ha recaído sentencia en primera instancia del Tribunal Europeo de Justicia de 8 de julio de 1999 y en que se manifiesta este principio de igualdad entre operadores. Esta empresa privada tenía la exclusiva de emitir publicidad en Flandes por el sistema de teledistribución, conforme la legislación belga y licencia del gobierno de la región de Flandes. El litigio se inicia por la denuncia ante la Comisión de una competidora, *VT4*, una empresa privada británica, que emite desde el Reino Unido para Flandes, pero que no puede incluir publicidad. El Tribunal confirma una decisión de la Comisión contraria a *VTM*, por entender que el derecho belga y la exclusiva son incompatible con el art. 90.1 del Tratado CE en relación con el 52. La empresa entendía que razones de interés público justificaban este derecho exclusivo, puesto que sus accionistas debían ser por ley editores de prensa que, de este modo, podían contrarrestar las pérdidas por la difusión de publicidad por los sistemas de teledistribución. La Comisión y el Tribunal consideran que para esta finalidad el gobierno belga debiera de haber adoptado un sistema transparente de ayudas no discriminatorias a todos los editores y no éste indirecto que sólo beneficia a algunos. Tampoco acepta el Tribunal el argumento de que la restricción afecta sólo a emisiones que no pueden ser difundidas en otro Estado miembro, porque considera la medida contraria al derecho de establecimiento del art. 52 del Tratado, en cuanto que obstaculiza o hace menos atractivo el establecimiento de un operador extranjero (conforme la jurisprudencia establecida en el caso Kraus).

[1526] Con anterioridad este aspecto ya se encontraba coordinado por la Directiva 84/450/CEE.

- **Protección específica de los menores**. Los menores no deben ser incitados a la compra o a persuadir a sus padres en este sentido, explotar la confianza en padres o profesores o ser mostrados en situaciones peligrosas (art. 16).

Desde la perspectiva que aquí nos interesa, la de la *Programación Básica*, esta armonización europea aporta requisitos de protección a la audiencia y de diversidad, en cuanto que intenta evitar la saturación publicitaria, deslindar publicidad y programas y proteger a estos del influjo publicitario. No aspira a establecer una regulación armonizada de la publicidad televisiva en su conjunto; no se plantea en profundidad el hecho de que la publicidad en este medio va más allá de los mensajes comerciales, difundiendo antes que nada imágenes sociales y modelos de comportamiento[1527]; cae con frecuencia, como veremos al estudiar las normas españolas transpuestas, en un casuismo tolerante. Pero, a pesar de todo, da un importante contenido a la *Programación básica*, que -no lo olvidemos- puede ser mejorada por los Estados miembros, como de hecho ocurre en algunos Estados, aunque las normas más restrictivas se aplican con más frecuencia a los operadores públicos[1528].

Vistos los principios generales, analizaremos ahora los contenidos concretos a través de la legislación española transpuesta, para terminar estudiando la reforma de la Directiva y su traslación a nuestro país.

En el caso español, la Ley 34/1988, General de Publicidad[1529], supone un marco general de todo el fenómeno publicitario[1530], pues como establece su art. 1 la publicidad se regirá por sus disposiciones y por la normas especiales que regulen determinadas

---

[1527] **Salvador Coderch, P.**, *El derecho de libertad*, op. cit., p. 140, citando las teorías de Collins y Skover.

[1528] Es frecuente que se establezcan normas más estrictas para los sujetos emisores públicos, como su total exclusión del mercado publicitario (caso de la BBC), o estrictas limitaciones a los tiempos publicitarios. Así, en Alemania, según el art. 15 del Tratado Interländer, los dos emisores públicos (ARD y ZDF) no pueden superar una media anual de 20 m. diarios en días laborables, no pudiendo ser los bloques superiores a 5 m. y sin que se pueda incluir publicidad a partir de las 20 h. los sábados y domingos. Véase **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit. p. 100. La regulación más completa es la de Francia, en la que se prohibe específicamente, además de las generales prohibiciones europeas, la publicidad de armas y la propaganda política. Se regulan también detalladamente los argumentos publicitarios. Véase **Derieux, E.**, op. cit. pp. 224-236 y especialmente el cuadro sistemático de las pp. 226 y 227. En Francia la publicidad de las empresas de distribución está prohibida en televisión por el Decreto de 26 de enero de 1987, con el fin de preservar esta fuente publicitaria a la prensa regional. El Consejo Superior del Audiovisual se ha mostrado partidario de levantar esta restricción (dictamen de 25 de julio de 1991 e informe sobre el cumplimiento de la Directiva de junio de 1995). Véase **Theophile, Didier**, *"L'application de la Directive 'Télévision Sans Frontiers' en France dans le domaine de la publicité télévisée" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 1333. Justamente, el Tribunal Europeo (*caso Leclerc v. TF1 M6*) ha considerado que la República Francesa está facultada para establecer esa restricción por el art. 3 de la Directiva 89/552 que permite adoptar normas más estrictas en los sectores regulados por la Directiva, sin necesidad de que se den los motivos educativos, culturales o de pluralismo informativos en los que el art. 19 justifica la adopción de normas más estrictas de inserción publicitaria. Más recientemente, el gobierno Jospin ha dado el paso de reducir los topes publicitarios de las cadenas públicas, por debajo de los límites de la normativas europea (de 12 minutos por hora se reduce progresivamente a 10 y luego a 8), aumentándose correlativamente la financiación pública, que pasará del 69'4% al 74% en el año 2.000. Véase El País, 9/10/99. También en Italia la RAI está sometida a normas más estrictas. Véase **Pace. A.**, *"El sistema televisivo italiano" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit. p. 163.

[1529] Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar sobre la LGP: **Lema Devesa, Carlos**, *"Análisis de la Ley General de Publicidad"*, Campaña, nº 336, Madrid, 1988; **Lema Devesa, C, Gómez-Montero, J.**, *Código de Publicidad*, Madrid, 1992; **Corredoira y Alfonso, Loreto**, *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Bosch, Barcelona, 1993.

[1530] La L. 34/1988 incorpora a su vez al ordenamiento español la Directiva 84/450 sobre publicidad engañosa, aunque la ocasión se aprovechó también para sustituir al viejo Estatuto de 1964.

actividades publicitarias, normas especiales que en el caso de la publicidad a través de televisión vienen dadas por la Ley 25/1994, modificada por la Ley 22/1999, que traslada las modificaciones de la Directiva 97/36/CE. En aras de una mayor claridad expositiva analizaremos sistemáticamente este bloque normativo, refiriéndonos cuando sea necesario a la forma específica que una concreta disposición adopte en nuestro ordenamiento o la evolución desde la Directiva 89/552-Ley 25/1994 a la Directiva 97/36-Ley 22/1999.

Cinco son los grandes apartados de esta regulación: publicidad ilícita y prohibida, protección específica de los menores, normas de presentación, limitaciones cuantitativas y regulación específica del patrocinio televisivo y de la televenta como Programación diferenciada.

La primera cuestión planteada es la del propio **concepto de publicidad televisiva**, objeto de regulación. Siguiendo a la Directiva 89/552, y en consonancia con el art. 2 de la Ley General de Publicidad, el art. 3 b) de la L. 25/1994 definía la publicidad por televisión como *"cualquier forma de mensaje televisado emitido a cambio de una remuneración de cualquier naturaleza, realizada por orden de una persona física o jurídica, pública o privada, y relativo a una actividad comercial, industrial, artesanal o una profesión liberal, con el fin de promover la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".* Pero en relación a este objeto general se produjeron una serie de exclusiones, en general reducidas por la reforma.

La reforma elimina el requisito de la remuneración para considerar a un mensaje como publicitario, considerando como publicidad *"cualquier forma de mensaje televisado emitido, mediante contraprestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública o privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo"*[1531]*.* Por tanto, mensajes publicitarios son los transmitidos por cuenta de tercero a título oneroso, pudiendo consistir la contraprestación no ya en una remuneración, sino, por ejemplo, en un intercambio de tiempo de emisión por programas producidos.

Expresamente, la ley española excluía del objeto de regulación los espacios de ***autopromoción*** de los programadores y emisores, en lo que iba más allá que la Directiva que no contemplaba esta peculiar forma de publicidad, aunque los contabilizaba a los efectos del límite total aplicable a los espacios publicitarios. En los últimos años, las Programaciones se han saturado de estos espacios de autopromoción, tanto para promover los propios programas en la lucha por la audiencia, como para publicitar productos o servicios relacionados o subproductos de los programas, o, en ocasiones, para asociar la imagen del emisor con una determinada campaña institucional. La Directiva 97/36 considera, en consecuencia, conveniente que esta forma especial de publicidad entre dentro del concepto general del nuevo art. 1 d), aunque excluidos los espacios que consistan en extractos de programas y sometida su inclusión a una posterior consideración[1532]. Por tanto será, por ejemplo, aplicable a la autopromoción la regulación

[1531] Nuevo art. 3 c).

[1532] Considerando 39: *"Considerando que es necesario aclarar que las actividades de autopromoción constituyen una forma especial de publicidad mediante las cuales el organismo de radiodifusión televisiva promociona sus propios*

de la publicidad ilícita o prohibida, aunque no se contabilizarán estos espacios respecto a los límites temporales (nuevo art. 18.3 conforme a la Directiva 97/36). La Directiva se cuida de precisar que para que la promoción de productos pueda ser considerada *autopromoción* debe tratarse de productos *conexos* con los programas, pues de otra forma, al estar excluida esta forma de publicidad del cómputo de los límites, se incurriría en competencia desleal[1533]. Lógicamente, la Ley 22/1999 en el nuevo ap. c del art. 3, considera ahora a los espacios de autopromoción dentro del concepto general de publicidad televisiva y los excluye del cómputo de los límites en ap. 4 del nuevo art. 13.

Del sistema también quedaba excluida la ***televenta*** (excepto para computar sus tiempos a efectos de los límites generales de los espacios publicitarios), exclusión expresa en la Directiva y tácita en la ley española. Esta exclusión, criticada ya en su día por los autores[1534] ha proliferado extraordinariamente en la última década, con Programaciones o parte de Programaciones dedicadas exclusivamente a la difusión de ofertas comerciales directas al público, hasta el punto en que se ha convertido en uno de los principales puntos reformados por la Directiva 97/36. La Directiva 97/36 considera la oferta directa de bienes y servicios como una actividad económica importante para los operadores de televisión y un mercado real para los bienes y servicios[1535] y, en consecuencia, decide incluir la televenta en el concepto general de publicidad, regulando además de modo diferenciado los bloque dedicados específicamente a la televenta (Programaciones parciales) o a las cadenas destinadas a este fin (Programaciones totales). Por tanto, tanto la Directiva como la ley española añaden en todo su articulado, junto a la referencia a la publicidad, la referencia a la televenta. Esta regulación era especialmente necesaria no sólo por la tendencia a ocupar las horas de menor audiencia con bloques de televenta, que terminan por *"colonizar"* la Programación, sino porque la incitación directa a la compra mediante una llamada telefónica (y en el futuro inmediato por medio de respuestas interactivas inmediatas) requieren una más estricta protección del consumidor, prohibiendo, por ejemplo, la televenta de productos sanitarios.

La definición general de publicidad en la Directiva 89/552, la Ley General de Publicidad y la Ley 25/1994 se circunscribe a una comunicación con connotaciones comerciales. Así quedaba fuera del ámbito de regulación la propaganda, incluidas campañas electorales o institucionales. Sin embargo, la L. 22/1999 introduce un notable cambio al declarar en el nuevo art. 3 c) que *"también se considerará publicidad cualquier forma de mensaje emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores"* con lo que la propaganda, en términos generales y siempre que sea objeto de un encargo mercantil cae dentro del régimen de la

productos, servicios, programas o cadenas; que, no obstante, las bandas anuncio consistentes en extractos de programas deben considerarse como programas; que la autopromoción es un fenómeno nuevo y relativamente desconocido y que, por consiguiente, las disposiciones al respecto podrán someterse, en particular, a revisión cuando se examine en el futuro la presente Directiva".

[1533] Considerando 35: *"Considerando que, a fin de evitar que se falsee el juego de la competencia, esta excepción se limita a los anuncios referentes a productos que cumplan la doble condición de ser productos conexos y de derivarse directamente de los programas de que se trate; que el término «productos conexos» se refiere a productos que cumplen la función específica de permitir a los telespectadores beneficiarse plenamente de dichos programas o interactuar con ellos".*

[1534] Por ejemplo, **Gay C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 217.

[1535] Considerando 36.

Televisión sin Fronteras. Entiendo que lo que se pretende es incluir la llamada *propaganda modo publicitario* (esto es, mensajes ideológicos contratados y presentados conforme a los usos publicitarios), así como las campañas institucionales o con un fin benéfico, que ahora pueden ser una de las formas que adopte la autopromoción. En este concepto se engloban también las campañas dirigidas a promover la imagen de una persona, empresa o institución. Pero de esta *propaganda modo publicitario* se excluye la propaganda puramente política, que se declara expresamente prohibida por el actual art. 9 1. C). Quedan también excluidos los mensajes propagandísticos difundidos por los protagonistas de la actualidad, salvo el caso que sean difundidos como consecuencia de un contrato entre el programador u emisor y el sujeto que quiere lograr determinados comportamientos u actitudes del público. Es ésta una ampliación que el derecho español realiza respecto a las Directivas y que resulta perfectamente conforme con las facultades que estas reconocen a los Estados miembros para dictar normas más detalladas o más estrictas en el campo regulado.

En cuanto al ***patrocinio*** entra perfectamente de lleno en la definición general y es objeto de regulación especial.

Resumiendo, por publicidad televisiva ha de entenderse a los efectos de esta regulación, además de los anuncios destinados a la promoción de la prestación de bienes o servicios, también la *televenta*, la *autopromoción*, la *propaganda modo publicitario* (excluida la específicamente política), las *campañas institucionales, benéficas y de imagen* y, finalmente, el *patrocinio*.

Estas diferentes especies publicitarias pueden tener normas específicas de presentación y límites temporales distintos, pero todas ellas, en cuanto publicidad televisiva, no pueden incurrir en ninguna de las formas de publicidad ilícita o prohibida, o vulnerar las normas específicas de protección de los menores.

Las Directivas no incluyen un concepto general de ***publicidad ilícita***, recogiendo, en cambio, la mención de los bienes (art. 12), incluida una especial protección de los menores (art. 16), que no deberán ser vulnerados por la publicidad. Junto a estas cláusulas generales, se determinan formas específicas de ***publicidad prohibida*** respecto a tabaco, bebidas alcohólicas y medicamentos. El derecho español (actual art. 8) engloba estas formas bajo el título *publicidad ilícita*, remitiéndose en lo no dispuesto a la Ley General de Publicidad. La doctrina ha discutido si el art. 3 de la Ley General de Publicidad incluye una cláusula general de ilicitud. Estamos de acuerdo con Corredoira[1536] en que ilícita es, de acuerdo con la citada ley, aquella que vulnere los valores y derechos constitucionales, especialmente en lo referente a la infancia, juventud y la mujer. Y específicamente es ilícita la publicidad engañosa, la desleal y la subliminal y la que infrinja la regulación específica de determinados bienes y servicios. De modo que, de acuerdo con la norma que establece el marco general publicitario, es también ilícita la publicidad que vulnere las prohibiciones o limitaciones que afectan a determinados tipos de productos o servicios. Esto es, dentro del concepto general de publicidad ilícita caen también las violaciones a la publicidad

[1536] **Corredoira, L.**, *Comentarios a la Ley de Publicidad*, op. cit., p. 35.

prohibida. Incurrir en estos *ilícitos publicitarios* pueden dar lugar a infracción administrativa[1537].

En lo que se refiere a la publicidad televisiva, a la que ahora se añade específicamente la referencia a la televenta, resulta ***publicidad y televenta ilícita*** :

a) Aquella que fomente comportamientos **perjudiciales** para la **salud, seguridad**, o el **medio ambiente**;
b) Atenten al **debido respeto a la dignidad de las personas** o a sus convicciones religiosas y políticas;
c) Incluyan **elementos discriminatorios** por motivos de nacimiento, raza, sexo[1538], religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social;
d) Inciten a la **violencia** o **comportamientos antisociales**;
e) Apelen al **miedo** o a la **superstición**;
f) Fomenten **abusos, imprudencias o conductas agresivas**;
g) Inciten a la **crueldad o maltrato** de personas o animales;
h) Inciten a la **destrucción de bienes de la naturaleza o culturales**;
i) La **publicidad engañosa**[1539];
j) La **publicidad desleal**[1540];
k) La **publicidad subliminal**[1541];
l) **Perjudicar moral o físicamente a los menores** (principio general);
m) **Incitar** directamente **a los menores a la compra** de un bien o servicio explotando su inexperiencia o credulidad o a que persuadan a sus padres en este sentido;
n) **Explotar la confianza de los niños** en sus padres, profesores o presentadores de programas infantiles y personajes de ficción[1542];
o) **Presentar a los niños en situaciones peligrosas**;

[1537] Remitimos este tema a la sección 2 de este capítulo, dedicada a la responsabilidad.

[1538] Sobre el tratamiento de la imagen de la mujer, véase la *Resolución del Consejo Europeo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 5 de octubre de 1995, sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres y de los hombres en la publicidad y los medios de comunicación*. La Resolución afirma que *"los estereotipos ligados al sexo en la publicidad y en los medios de comunicación son uno de los factores de desigualdades que influyen en las actitudes con respecto a los hombres y mujeres..."* y propone como objetivo a los Estados miembros una serie de acciones para *"fomentar una imagen diversificada y realista de las posibilidades y aptitudes de las mujeres y los hombres en la sociedad".*

[1539] Para el art. 4 de la LGP es engañosa la publicidad que induce a un error que puede afectar al comportamiento económico del consumidor o perjudicar a un competidor y silencie datos esenciales de los bienes o servicios ofertados. El art. 5 establece un elenco de elementos que pueden determinar el carácter engañoso. En general la doctrina (por ejemplo **Gay, C.**, *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, op. cit., p. 221) entiende que el concepto de publicidad engañosa incluye el de publicidad encubierta. La Directiva 84/450/CEE ya se ocupaba de la publicidad engañosa.

[1540] Conforme el art. 6 de la LGP es desleal la publicidad que desacredita o minusvalora al competidor, la que induce a confusión entre empresas, productos y marcas y la publicidad comparativa.

[1541] El art. 7 de la LGP define la publicidad subliminal como *"la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida".*

[1542] La referencia a los presentadores y personajes de ficción es una muy oportuna reforma incluida por la Ley 22/1999, no exigida por la nueva Directiva. Desde siempre la publicidad dirigida a los niños ha jugado con la identificación con presentadores y personajes de ficción, frente a las figuras de padres y profesores, bastante poco atractivos para la publicidad, en cuanto que transmisores de valores que se comparecen mal con las pautas consumistas.

p) **No inducir a error sobre las características de los juguetes** y la capacidad de los niños para utilizarlos sin riesgos[1543];
q) Que la **televenta no incite a los menores a adquirir** directamente bienes o contratar servicios[1544].

Los epígrafes d), e), f), g) y h) son aportaciones del legislador nacional; los epígrafes i), j) y k) son fruto de la remisión general a la Ley General de Publicidad, que hubiera sido en todo caso aplicable, sin necesidad de esta remisión. En cuanto a los epígrafes l) a q) configuran la protección específica de los menores frente a la publicidad, que en nuestra ley, con buen criterio, se integran en el capítulo IV dedicado en general a la protección de los menores

La finalidad de la declaración de ilicitud de la publicidad engañosa y de la publicidad subliminal es primariamente la protección del consumidor, mientras que en el caso de la publicidad desleal se pretende en primer término preservar la libre competencia, aunque lógicamente en unos y otros casos ambos objetivos se interrelacionan. Más adelante nos referiremos a las denuncias sobre los incumplimientos de esta regulación, pero podemos adelantar que aunque las demandas por publicidad engañosa o desleal son relativamente frecuentes, tanto en televisión como en el resto de los medios, no tengo, en cambio conocimiento de ninguna denuncia sobre la utilización de técnicas subliminales. Se ha discutido hasta que punto es posible producir esos estímulos que sin ser conscientemente percibidos puedan influir en la conducta de su receptor. Como es lógico, de existir serían muy difíciles de detectar y denunciar, salvo un control previo o la denuncia de alguno de los implicados en su elaboración o difusión. Pero, no obstante, parece adecuado declarar su ilicitud y los términos en los que el art. 7 de la LGP la define.

Junto a las modalidades de lo que considera publicidad ilícita la ley española declara prohibidas otras formas de publicidad. Podríamos decir que la característica general que distingue la publicidad ilícita es la de atentar contra la dignidad humana, mientras que los supuestos de publicidad prohibida no atentan tan directamente a bienes esenciales y responden a criterios más contingentes de interés público. Pero entendemos que la distinción tiene poca trascendencia práctica: la publicidad ilícita es, por supuesto, publicidad prohibida y se califique de ilícita o prohibida alguna de estas manifestaciones, en ambos casos ha de quedar excluida de emisión televisiva; so pena de infracción administrativa, sin que se hagan distingos de mayor o menor gravedad a efectos de sanción.

[1543] Nuevo apartado del art. 16 conforme la Ley 22/1999, no exigido por la Directiva 97/36.

[1544] Nuevo supuesto exigido por la Directiva 97/36. El Tribunal Europeo (caso *De Agostini y TV-Shop,* sentencia de 9 de julio de 1997) rechazó como contrario a la Directiva 89/552 que un Estado, en concreto Suecia, pueda imponer sobre las emisiones provenientes de otro Estado miembro controles adicionales para impedir que, como trata de evitar la legislación nacional, la publicidad esté destinada a captar la atención de los menores de 12 años. La sentencia si admite, en cambio, que se apliquen a estas emisiones medidas adicionales contra la publicidad engañosa. En ambos supuestos, el Tribunal confirma el principio del control único de las emisiones por el Estado miembro a cuya competencia estén sometidos los sujetos emisores. En el caso de la protección de los menores se trata de una materia plenamente armonizada que no requiere mayor intervención; en cambio, en la protección de los consumidores contra la publicidad engañosa, al no existir una armonización tan detallada, es posible admitir las medidas nacionales sobre las emisiones transfronterizas.

Conforme a los nuevos arts. 9 y 10 de la L. 25/1994, modificada por la L. 22/1999 resultan modalidades de ***publicidad y televenta prohibidas*** las siguientes[1545]:

a) La ***publicidad y televenta encubiertas***[1546];
b) La publicidad y televenta directa o indirecta de **cigarrillos** y productos del **tabaco**;
c) La publicidad directa o indirecta de **medicamentos y tratamientos médicos** que sólo puedan obtenerse con prescripción facultativa en el territorio nacional;
d) La **televenta de medicamentos, tratamientos médicos y productos sanitarios**[1547];
e) La publicidad de contenido esencialmente **político**;
f) La publicidad y televenta de **bebidas alcohólicas superior a 20º** ;
g) La publicidad y televenta de **bebidas alcohólicas dirigidas a menores de edad**, o en las que estos aparezcan bebiendo;
h) La publicidad y televenta de **bebidas alcohólicas que se presenten asociadas a**: mejora del rendimiento físico; mejoras en la conducción de vehículos; éxito social o sexual; supuestas propiedades terapéuticas; efectos estimulantes o sedantes; asociación con la idea de que pueda resultar un medio para resolver los conflictos;
i) La publicidad y televenta que estimule al **consumo inmoderado de bebidas alcohólicas**, ofrezca una **imagen negativa de la sobriedad**, o subraye como positivo un alto contenido alcohólico.

La publicidad indirecta y encubierta es, en general, la vía de fuga de toda la regulación, y a ellas nos referiremos después de tratar las normas de presentación y las limitaciones horarias. Pero, además, el sistema de prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas quiebra al admitir la de aquellas que no sobrepasen los 20º. Cierto que su presentación se somete a un conjunto de cautelas tendentes a eliminar los usos publicitario más frecuentes que han venido vinculando su consumo, por ejemplo, al éxito social o sexual. Pero basta que los publicitarios agucen su ingenio para que bebidas que pueden rondar la graduación prohibida se presenten como asociadas a la diversión juvenil, a una imagen de modernidad, a la camaradería de un grupo de amigos, al ejercicio físico o deportivo y en general a situaciones atractivas para el público juvenil. Se echa en falta que, por lo menos, no se prohiba que su consumo se asocie con la juventud. En el caso del tabaco se optó por una prohibición total, sin perjuicio de la utilización de otros medios o soportes, seguramente porque se consideró a la televisión como un medio más persuasivo. No menos nocivos son los efectos de las bebidas alcohólicas consumidas inmoderadamente y no parece que la distinción por el grado sea otra cosa que un expediente para satisfacer los intereses de los poderosos grupos de presión de anunciantes y agencias publicitarias.

[1545] Nuevos arts. 9 y 10 de la Ley 25/1994. El art. 9. 1 remite a lo dispuesto en el art. 8 de la LGP, remisión que debe interpretarse en el sentido de que además de las modalidades de publicidad televisiva prohibidas, habrá de respetarse la regulación especial que pudiera existir sobre actividades peligrosas para la salud o la seguridad de las personas, juegos de azar, reglamentos que pueden llegar a exigir la autorización administrativa previa de las correspondientes actividades.

[1546] El art. 10.4 de la Directiva 89/552 prohibía explícitamente con carácter general la publicidad encubierta, prohibición trasladada por el art. 10.2 de la L. 25/1994, modificado por la L. 22/1999 (ahora art. 9) para incluir la mención a la televenta.

[1547] Prohibición ésta introducida por la Directiva 97/36 y la L. 22/1994. De modo que cabe la publicidad de medicamentos y tratamientos no sujetos a receta, pero está completamente prohibida la televenta de cualquier producto sanitario.

Excluidas ya la publicidad y televenta ilícitas y prohibidas, la gran cuestión es deslindar la publicidad del resto de la Programación, lograr que sea transparente para el sujeto receptor y que no desnaturalice los programas, bien por su injerencia en los contenidos bien por su excesiva duración. De modo que si la declaración de modalidades de publicidad ilícita o prohibida van dirigidas a proteger al público en su dignidad como seres humanos o consumidores, las normas de presentación o las limitaciones horarias le tutelan en cuanto que sujeto receptor.

Comencemos por las **normas de presentación**, que afectan a las distintas formas de publicidad. Como el resto de la publicidad, la televisiva debe respetar los principios del art. 11 de la LGP, que ordena a los medios deslindar perceptiblemente la información de la publicidad y a los anunciantes desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios. En el caso de la televisión, su complejidad aconseja una regulación detallada, desarrollada por la normativa europea armonizada[1548].

Sin que se manifieste expresamente, estas normas se refieren a la forma más típica de publicidad televisiva, que son los anuncios o breves espacios publicitarios, entre los que después de la reforma ha de incluirse también a los anuncios de televenta. Los programas patrocinados y la Programación autónoma de la televenta tienen su propio régimen. Los **principios generales** de la presentación de los anuncios son los siguientes:

- **Principio de identificación y diferenciación;**
- **Principio de agrupación;**
- **Principio de respeto del programa**

La publicidad debe ser claramente identificable y diferenciable para que el espectador no pueda ser inducido a error sobre la naturaleza de los mensajes y, en consecuencia, pueda ejercer su libertad de recepción, optando entre presenciar o no los espacios publicitarios o desarrollar actitudes defensivas frente a su persuasión. La regulación exige que esa identificación y diferenciación se realice por medios ópticos u acústicos o por ambos. Publicitarios y programadores han desarrollado toda una serie de transiciones que respetando formalmente la norma hagan pasar lo más inadvertidas posibles estas advertencias para evitar el temido cambio de canal. Aunque no es cuestión de regular tiempos o características técnicas de estos avisos, si es cierto que en algunos casos constituyen abusos dignos de sanción.

Suprimir o hacer invisible la transición no es la única estrategia de los publicitarios para eludir el principio de identificación y diferenciación. Respetando formalmente la diferenciación se tiende a presentar los espacios publicitarios bajo formas típicas de los programas, como son los *publirreportajes*, en los que se quiere envolver la persuasión bajo un falso ropaje de información o invadir su contenido con las *telepromociones*, de las que nos ocuparemos más adelante al tratar de los programas patrocinados. Para contrarrestar estas artimañas, la L. 22/1999 ha introducido una nueva disposición (nuevo art. 11.4) que obliga a que todas las formas de publicidad que, por las características de su emisión,

[1548] Arts. 10 y 11 de la Directiva y actuales arts. 11 y 12 de la ley española.

pudieran confundir al espectador sobre su carácter publicitario deben sobreimpresionar de modo permanente una *transparencia* que indique su naturaleza publicitaria.

Con la misma finalidad de facilitar la libertad de recepción se establece que los espacios publicitarios deben agruparse y sólo excepcionalmente emitirse aislados. El corolario lógico es su emisión en bloques publicitarios entre los programas. Pero los programas pueden interrumpirse siempre que se respete su contenido, esto es: no se perjudique su unidad; no se desmerezca su valor o calidad; las interrupciones se realicen teniendo en cuenta sus pausas naturales, duración y naturaleza; y, en fin, se respeten los derechos del titular del programa, en una referencia que entendemos hecha a los titulares de los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales. Y a partir de estos principios se desarrolla una casuística, dependiendo del tipo de programas.

El principio general y la excepción se concretan para los **programas compuestos** en la regla que permite insertar los bloques de publicidad y televenta en los intervalos entre sus partes autónomas. Como a continuación se regulan con detalle los programas deportivos y aquellos acontecimientos cuyo desarrollo se vea interrumpido por pausas naturales, hay que pensar que este supuesto se aplicará especialmente a programas ya concebidos de esta manera para permitir las inserciones publicitarias entre partes artificialmente autónomas[1549]. La cuestión tiene importancia para determinar el tiempo que tiene que transcurrir entre bloques publicitarios, pues si el programa se considera compuesto por partes autónomas no habría que respetar los tiempos de separación. Entiendo que no podría invocarse la existencia de partes autónomas en programas como concursos y menos todavía en series de ficción, que tienen su propia unidad, porque en caso contrario en cualquier programa podría alegarse que existen partes autónomas y burlarse de esta manera las reglas sobre separación de bloques publicitarios[1550].

En las **emisiones o programas deportivos** (y por extensión en los acontecimientos o espectáculos de estructura similar) que cuenten con intervalos de tiempo (descansos u otro tipo de interrupciones naturales) entre sus partes, la espacios publicitarios y de televenta deberán insertarse en estas pausas naturales. En el caso de las detenciones del juego podrá insertarse publicidad o espacios de televenta siempre que estas detenciones tengan una duración programada[1551]. Además, la sobreimpresión de *transparencias*[1552] u otros recursos de imagen semejantes no podrán insertarse más que cuando el desarrollo del acontecimiento esté detenido y no se perturbe la visión. Por eso, las transparencias no podrán ocupar más de una sexta parte de la pantalla y se prohiben imágenes reales y animaciones, no pudiendo incluir estos mensajes otras imágenes que

[1549] Ni en las Directivas, ni en la Ley 25/1994 se encuentra este tratamiento autónomo, que aparece en la Ley 22/1999 en el nuevo art. 12.1.

[1550] La consideración de los programas compuestos como supuesto autónomo o general, del que los programas deportivos serían un caso específico, se produce por la Ley 22/1999. Con anterioridad, la Ley 25/1994 consideraba globalmente los programas compuestos y los programas deportivos.

[1551] Es frecuente que esta norma se incumpla en deportes como el baloncesto, donde se insertan anuncios en los *tiempos muertos* solicitados por los entrenadores, que no tienen una duración establecida, o en deportes (como gimnasia o patinaje artístico) en los que los jueces deliberan durante un tiempo que tampoco tiene una duración programada.

[1552] La regulación de las transparencias en los espacios deportivos es una de las peculiaridades de la regulación española con relación a las Directivas de la Televisión Sin Fronteras.

las del logotipo estático de la marca en cuestión. La finalidad de estas normas es, sin duda, no distraer la atención del espectador o dificultar la visión de unos acontecimientos que, por su alto valor publicitario, han tendido a aparecer plagados de todo tipo de inserciones. De hecho, por la vía de las transparencias, admitidas por la Ley 25/1994, se han colado todo tipo de distorsiones publicitarias, de modo que la Ley 22/1999 ha debido precisar qué tipo de imágenes son o no admisibles con el detalle expuesto. En cualquier caso, la avidez de los publicitarios y programadores respecto a los programas deportivos hace que su visión sea cada vez más incómoda, corriendo el riesgo de que los intereses publicitarios de clubes y patrocinadores terminen por matar esta gallina de los huevos de oro.

Excluidos los programas compuestos y las transmisiones deportivas, el resto de los programas deben respetar unos **intervalos entre bloques publicitarios**. Aquí, como siempre, hay una regla general con sus correspondientes excepciones. La regla es que los bloques de publicidad y televenta deben de estar separados por períodos de veinte minutos como mínimo. Dos son las excepciones. La primera hace referencia a la primera y última interrupción publicitaria del programa. En estos casos no se exige respetar el intervalo de 20 minutos. Además, y ésta es la segunda excepción, ese intervalo puede reducirse a quince minutos en una ocasión durante la duración del programa. Los veinte minutos de emisión continuada pueden considerarse ya un tiempo muy reducido, pero las excepciones adaptan la regla a las necesidades de la programación publicitaria. Así, hoy es frecuente que el fin de un programa y el comienzo del siguiente se encadenen sin interrupción publicitaria, que llega apenas cinco minutos después del comienzo del nuevo programa.

Las interrupciones de **largometrajes** tienen su propio régimen. Recordemos como de los orígenes de toda esta regulación se encuentra a principios de los ochenta, cuando un grupo de directores cinematográficos europeos iniciaron un movimiento de protesta reivindicando la emisión sin interrupciones, que entendían lesionaban sus derechos y desnaturalizaban sus obras[1553]. Se trata en este caso de respetar una obra concebida para ser difundida sin unas interrupciones que pueden anular los recursos expresivos de su creador y, por tanto, alterar su sentido. Pero la batalla del cine en televisión sin interrupciones se perdió frente a la poderosa publicidad y la emisión de las obras ininterrumpidas es uno de los alicientes que ofrecen los canales de pago. La normativa armonizada europea se ha contentado con limitar las interrupciones. Unos límites que sólo serán aplicables a los largometrajes y películas concebidas para la televisión, pues otras obras de ficción como series, seriales y emisiones de entretenimiento quedan excluidas expresamente por la normativa española, ya desde la Ley 25/1994[1554]. Se insiste en que las interrupciones deberán respetar la integridad y el valor de la obra, sin que puedan omitirse los títulos de crédito, en los que consta la aportación de los distintos creadores; pero salvo casos extremos, como emitir una película en capítulos o mutilarla, cuestiones ésta que superan las meras interrupciones publicitarias, los cortes se harán de acuerdo

[1553] En Italia este movimiento se dirigió contra las prácticas abusivas de las televisiones del grupo Berlusconi y aunque se mantuvo hasta los noventa fue derrotado en los llamados referenda televisivos de 1995, en los que quedó descartada la posibilidad de prohibir las interrupciones en películas, obras teatrales o musicales y óperas. Véase **Pace, A.**, *"El sistema televisivo italiano" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 155.

[1554] Conforme a la nueva numeración art. 12.4, 2º párrafo.

con las necesidades generales de la programación publicitaria y no conforme a la estructura del relato, por lo que el principio del respeto resulta aquí inaplicable.

Se pretende que el espectador al menos pueda disfrutar de cuarenta y cinco minutos sin interrupciones publicitarias, mejorando la norma general para otros programas en los que es posible insertar publicidad cada veinte o quince minutos. Se autoriza una interrupción cada cuarenta y cinco minutos de transmisión programada. A partir de la inserción de dos o más bloques publicitarios, será posible una nueva interrupción cuando se superen al menos los veinte minutos.

La legislación española concreta el concepto de *duración programada* proveniente de las Directivas incluyendo en el mismo el tiempo de los propios espacios publicitarios[1555]. Se sigue así un sistema de cálculo sobre el *tiempo bruto* y no sobre el *tiempo neto*. La diferencia es notable. Así, calculando sobre tiempo neto una obra de cuarenta minutos no podría ser interrumpida, mientras que calculando sobre el tiempo bruto puede ser interrumpido por un bloque publicitario de al menos seis minutos. Del mismo modo, una película de 100 minutos sólo podría interrumpirse dos veces si nos atenemos a un cálculo neto. En cambio, conforme a un cálculo bruto pueden insertarse, por ejemplo y en un supuesto que bien puede respetar los límites temporales generales, tres bloques de 8 minutos, en los minutos 38, 76 y 90 de la duración original del film; de esta manera la *duración programada* será 124 minutos (un 24% más que la original) y espectador *"disfrutará"* la película en cuatro bloques: los dos primeros de 38 minutos, otro de 14 y un último de 10. En estas condiciones difícilmente podrá respetarse la integridad y el valor de la obra.

El concepto de *duración programada* ha sido objeto de controversia ante el Tribunal Europeo. La televisión pública alemana *ARD* demandó ante los tribunales nacionales a la privada *Pro Sieben* por aplicar el concepto de duración programada conforme al sistema de cálculo bruto, bien entendido que la legislación germana, a diferencia de la española, aplica el sistema de cálculo neto[1556]. Los tribunales alemanes plantearon cuestión prejudicial y el caso está pendiente de fallo. El Abogado General emitió su dictamen el 24 de junio de 1999. Después de constatar ejemplos nacionales de las dos formas de cálculo, llega a la conclusión, sobre todo por razones de los precedentes legislativos[1557], que la interpretación que más se ajusta a la Directiva es la del cálculo bruto, aunque resulta conforme al derecho comunitario la regulación nacional que realice un cálculo neto, pues, conforme al art. 3.1 de la Directiva es potestad de los Estados miembros establecer normas más estrictas en los sectores cubiertos por la Directiva, sin que sea necesario invocar razones culturales o de pluralismo informativo, como exigía el derogado art. 19 de la Directiva 89/552 para las regulaciones publicitarias, ahora sustituido por un nuevo precepto, el art. 20, más genérico.

Los programas **informativos, documentales, religiosos e infantiles** no podrán ser interrumpidos cuando su *duración programada* no supere los treinta minutos. Aunque el

[1555] Nuevo art. 12.7.

[1556] Art. 44 (4) del Tratado Interestatal.

[1557] La Comisión rechazó la enmienda del Parlamento para especificar el sistema de cálculo neto.

legislador no lo diga, se supone que las interrupciones publicitarias desnaturalizan estos programas. La duración más habitual de la mayoría de ellos está, precisamente en torno a los 30 minutos, pero bastará incluir un bloque publicitario para poder partir por ejemplo un telediario. En el caso de programas informativos e infantiles la tendencia es prolongar su duración, con bloques bien definidos, que permitan una pausas publicitarias más dilatas sin perder audiencia. Un caso especial son los **servicios religiosos**, en los que no puede insertarse publicidad ni televenta, sea cual sea su duración.

Para que la irrupción de la publicidad no sea todavía más perturbadora, la legislación española exige desde la Ley 25/1994 que su inserción se realice en las mismas condiciones que las normas técnicas establecen para todas las emisiones, sin modificación durante los espacios publicitarios. Como esta exigencia general ha seguido siendo ignorada por los programadores, la Ley 22/1999[1558] especifica que los operadores deberán adoptar medidas para que el espectador no sufra un incremento sonoro notoriamente perceptible, reservando al Ministro de Fomento el desarrollo de esta norma. Mucho nos tememos que la nueva disposición no evitará tampoco el tormento de los saltos de volumen, salvo que el Ministerio de Fomento se tome en serio sus competencias sancionadoras.

La última protección de los sujetos receptores frente a la saturación publicitaria es la **limitación de los tiempos**. La novedad de la reforma ha consistido en excluir de los cómputos a los bloques específicos de televenta, que tienen su propio tratamiento, y a tomar en cuenta, por primera vez, la autopromoción. De esta manera aumenta considerablemente el tiempo máximo permitido a las distintas modalidades de publicidad. Si conforme a la Ley 25/1994 los tiempos publicitarios no podían superar el 15% del tiempo diario de emisión, más un 5% para televenta, ahora, el nuevo art. 13 mantiene esos porcentajes cuando la televenta se concreta en anuncios insertados en los bloques publicitarios normales, pero permite además la inclusión de bloques específicos de televenta, con un límite diario de 3 horas, bloques, que en la anterior regulación, habrían de haberse computado en el 5% correspondiente a la televenta[1559].

Podemos distinguir a efectos sistemáticos entre Programaciones comunes y Programaciones (canales) especializadas en televenta y autopromoción. Y dentro de las Programaciones ordinarias bloques ordinarios de publicidad y televenta y bloques especializados en televenta.

- **Programaciones comunes-Bloques ordinarios de publicidad y televenta**. **Límite total diario**: 20% del tiempo total de emisión, sin que los anuncios publicitarios puedan superar el 15%[1560]. **Límite por horas naturales**: el tiempo dedicado a las distintas formas de publicidad no podrá superar los 17 minutos; los anuncios publicitarios y de televenta, excluida la autopromoción, no podrán superar los 12 minutos, y por tanto el límite para la autopromoción (de productos asociados a los programas) es de 5 minutos

[1558] Nuevo art. 12.8.

[1559] El aumento de los tiempos publicitarios por esta vía es, a juicio de **Gay, C.**, *"La modificación de la ley de Televisión sin Fronteras"*, op. cit., p. 8, la modificación más significativa introducida por la reforma.

[1560] En este límite la reforma (Directiva 97/36, L. 22/99) no ha introducido modificaciones, aunque se ha retocada la redacción.

por hora, siendo libre el tiempo dedicado a la pura promoción de programas. Estos límites no se aplican a los bloques especiales de televenta.

En este caso, la Ley 25/1994, primero, y ahora la Ley 22/1999, introducen una importante diferencia con la Directiva 97/36. Ésta también establece[1561] que el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios y de televenta no podrán superar los 12 minutos, y -a diferencia de la Directiva 89/552, que no mencionaba a la autopromoción- excluye del cómputo de estos plazos a los anuncios de los propios programas y los de servicio público o benéfico y carácter gratuito[1562]. La ley española[1563] excluye también del cómputo los anuncios de autopromoción o campañas institucionales, pues así lo exige la Directiva, pero impone un límite específico a la autopromoción, modalidad publicitaria de la que suelen abusar los publicitarios españoles. Y en cuanto regulación más estricta este límite a la autopromoción es perfectamente compatible con el derecho comunitario, de acuerdo con lo dispuesto por los nuevos arts. 3 y 20 de la Directiva. Sin embargo, el Reglamento dictado en desarrollo de esta normas (R.D. 1462/1999, de 17 de septiembre) introduce una interpretación restrictiva de este límite. Su art. 4 distingue entre autopromoción y promoción de los propios programas. A los efectos del art. 13. 4 de la Ley 22/1999 considera a los anuncios dedicados únicamente a dar publicidad a los propios programas. Y por autopromoción, a los efectos del art. 13.2 de la citada ley, entiende aquellos anuncios en los que además de los programas se publiciten otros productos o servicios del operador. Lo que supone que sólo está limitado a 5 minutos por hora este último supuesto, es decir aquella publicidad de productos o servicios asociada a la promoción de programas, mientras que la pura promoción de programas no está sometida a límite alguno. Como se ve, el espacio dejado a los programas propiamente dichos es cada vez menor.

- **Programaciones comunes-Bloques especiales de televenta**. Límite máximo: 3 horas al día, repartidos en un número máximo de 8 espacios que durarán como mínimo 15 minutos. Estos bloques especiales vendrán identificados con toda claridad por medios ópticos y acústicos.

La regulación de bloques especiales y de la Programación especializada en televenta es una de las mayores modificaciones de la reforma, que da vía libre a una modalidad publicitaria de enorme desarrollo en los últimos años y que hasta ahora se había movido en la indefinición jurídica. Sin duda su introducción puede romper la unidad de la Programación, pero al exigir que estos bloques duren como mínimo 15 minutos se da posibilidad al sujeto receptor para huir de ellos, sobre todo si se cumplen los horarios previamente anunciados.

- **Programaciones (canales) especializados en televenta[1564]**. No están afectados por los límites temporales a la publicidad.

[1561] Art. 18.2.

[1562] Art. 18.3.

[1563] Art. 13.2 y 4.

[1564] Art. 14.1.

No es difícil augurar una proliferación de este tipo de canales en la televisión digital, sobre todo teniendo en cuenta las posibilidades de la compra interactiva[1565]. La ley[1566] les impone que no emita otro tipo de programas distintos a la oferta directa de bienes y servicios. La tendencia es convertir estas ofertas, hasta ahora escasamente atractivas desde un punto de vista audiovisual, en verdaderos programas, en los que se recurra, por ejemplo, a juegos, concursos o presentaciones de personajes populares para mejor ofertar el producto. Entre estos *"programas"* la ley permite emitir otras modalidades de publicidad, con sujeción a los límites generales diarios, pero no a los horarios. Además, no están obligados por las medidas de protección de las obras europeas y españolas[1567].

- **Programas (canales) especiales de autopromoción[1568]**. Están dedicados a la promoción de productos o servicios del titular del canal y tampoco están sometidos a los límites temporales, pudiendo emitir publicidad ajena, siempre que respeten el tope del 20% del tiempo de emisión diaria[1569].

Ya desde la primera Directiva se establece una regulación específica para el **patrocinio televisivo**. El patrocinio supera la simple publicidad de un producto o servicio y se inserta en una estrategia de comunicación global empresarial, que tiene ante todo el objetivo de crear una imagen favorable de la empresa[1570]. Del texto del art. 24 de la LGP resulta que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador. La saturación de los anuncios ha llevado a las empresas a buscar la vía alternativa del patrocinio. Con Corredoira[1571] podemos distinguir entre patrocinio televisado y patrocinio televisivo. En el primer caso la transmisión de un evento o la información sobre un personaje o acontecimiento patrocinados da lugar a la difusión indirecta de la publicidad del patrocinador, en la mayoría de los casos mostrando soportes estáticos de la misma. El patrocinio televisado plantea problemas respecto a si se incurre o no en publicidad encubierta, asunto que trataremos más adelante. En el patrocinio televisivo, en cambio, es el propio programa el objeto del patrocinio. Dentro del patrocinio televisivo -y siguiendo también a Corredoira[1572]- se dan modalidades como el patrocinio simple de programas, el patrocinio de la transmisión de eventos extraordinarios (muy posiblemente ellos mismos patrocinados por la misma empresa o institución), el patrocinio de juegos y concursos en los que el patrocinador dona los premios, y, en fin, la coproducción de programas.

[1565] Ya se anuncia un canal o Programación en una de las plataformas digitales, a desarrollar por el Corte Inglés, el líder de la distribución en España.

[1566] Art. 14.1.

[1567] Art. 14.3.

[1568] Art. 14.2.

[1569] Para acogerse a este régimen especial, los responsables de los canales de autopromoción y los dedicados a la televenta deben notificarlo a la Secretaría General de Comunicaciones con 30 días de antelación antes de comenzar sus emisiones (art. 7. 1 Reglamento, R. D. 162/1999).

[1570] Sobre el patrocinio como estrategia de comunicación, véase el cap. III de **Corredoira y Alfonso, Loreto**, *El patrocinio. Su régimen jurídico en España y en la CEE*, Bosch, Barcelona, 1991.

[1571] **Corredoira y Alfonso, Loreto**, *Mecenas en pantalla*, Ediciones del Drac, Barcelona, 1991, pp. 51-75.

[1572] Ibídem.

La Directiva[1573] define el *patrocinio* como:

"cualquier contribución realizada por una empresa pública o privada no vinculada a las actividades de radiodifusión televisiva o a la producción de obras televisivas, a la financiación de programas televisados con la finalidad de promover su nombre, marca, su imagen, sus actividades o sus realizaciones"[1574]

La consecuencia de establecer un régimen específico para los programas patrocinados es que esta modalidad de publicidad no se contabiliza a los efectos de los tiempos máximos de publicidad. En cuanto a qué programas era ésta una conclusión que podía obtenerse de la Directiva y que el legislador español se ha cuidado de señalar expresamente. En su primera redacción el art. 15.4 excluía del cómputo a los espacios de tiempo dedicados al patrocinio televisivo, mientras que en la actual, después de la Ley 22/1999, específica que no se contabilizarán los periodos de tiempo dedicados a identificar el patrocinio[1575]. De esta manera, el patrocinio televisivo es otra forma más de invasión publicitaria que, poco a poco, se va comiendo a los programas. Y es que, en principio, aunque se trata de una forma menos agresiva de publicidad, merced a esta exclusión de los límites temporales, se ha convertido en un subterfugio para introducir una publicidad más *dura*. Así, las *telepromociones*, uno de los grandes *hallazgos* del grupo Berlusconi, consistentes en la interrupción escénica de los programas, especialmente juegos y concursos, durante las cuales el presentador se convierte en promotor de bienes o servicios de la empresa que patrocina el programas, modalidad de cuya conformidad con la regulación nos ocuparemos más adelante. O el anuncio de que una determinada marca o empresa patrocina el programa que se emitirá próximamente -una combinación de patrocinio y autopromoción- o, incluso la inserción de unas imágenes relajantes en medio de un bloque publicitario patrocinadas por una empresa.

Los programas patrocinados, exentos de límites temporales, se someten, sin embargo, a un conjunto de condiciones referentes a los propios mensajes publicitarios en los que consiste el patrocinio y su relación con los programas, por un lado, y, por otro, respecto a los patrocinadores.

Respecto a los mensajes de patrocinio y su relación con los programas patrocinados los requisitos son los siguientes:

[1573] Actual art. 1 e)

[1574] La Ley 25/1994 (actual art. 3 e) reitera y amplia esta definición, pero en la estela de la LGP, desde una óptica contractual: *" 'Patrocinio publicitario por televisión' aquel contrato en virtud del cual una persona física o jurídica, denominada patrocinador, no vinculada a la producción, comercialización o difusión televisivas, contribuye a la financiación de programas de televisión realizados por otra persona, física o jurídica, llamada patrocinado, con la finalidad de promover el nombre, marca, imagen, actividades o realizaciones del patrocinador".* Estas definiciones parten del supuesto de que los patrocinadores han de ser empresas sin relación con las actividades televisivas. Sin embargo, es difícil deslindar las distintas actividades de los grandes grupos multimedia, en muchos casos constituidos en torno a empresas de telecomunicaciones que han sido tradicionalmente grandes patrocinadores y que justamente buscan promover la imagen del grupo.

[1575] No parece que este matiz de redacción introduzca una modificación significativa en el régimen del patrocinio televisivo.

- **Identificación**. La acción de patrocinio y el patrocinador habrán de estar claramente identificados, exige el actual art. 15 1 a) de la Ley 25/1994. Antes de la reforma de la Ley 22/1999, la ley española se limitaba a requerir genéricamente -siguiendo el art. 17 1 a) de la Directiva 89/552- la identificación del patrocinio, siendo potestativa la identificación del patrocinador. Ahora, ha de identificarse necesariamente que se trata de un programa patrocinado y también el nombre del patrocinador. En cualquier caso, parece difícil pensar en un programa patrocinado en que no se identifique al patrocinador. La identificación habrá de hacerse mediante el nombre, el logotipo, la marca u otros signos distintivos.
- **Inserción del patrocinio**. La Ley 25/1994 desde su primera redacción permitió el patrocinio al principio, al fin del programa, en ambos momentos y también -a diferencia de la Directiva 89/552- en el transcurso del programa, siempre que se haga de forma esporádica y sin perturbar su desarrollo. La Ley 22/1999 precisa que también podrá incluirse en las pausas publicitarias. De esta forma, el patrocinio deja de ser una discreta advertencia y puede convertirse en un atosigante anuncio que aparece al principio, al final, en medio del programa (por ejemplo, en el caso de concursos o juegos) y en los bloques publicitarios que interrumpen el programa.
- **Prohibición de la promoción directa de bienes y servicios**. Justamente en ello radica la diferencia con los anuncios publicitarios: el anuncio del patrocinio da cuenta de la contribución del patrocinador al programa, pero no promociona u oferta de modo directo sus bienes o servicios. La reforma de la Ley 22/1999[1576] introduce una excepción y es que estos mensajes de promoción directa sí pueden incluirse dentro de los bloques publicitarios ordinarios que interrumpen el programa, de modo que, por esta vía anuncio publicitario y anuncio de patrocinio se aproximan.
- **Independencia del programa y el programador**. El contenido y la programación de la emisión patrocinada no podrán ser influidos por el patrocinador de tal forma que se atente contra la independencia editorial del operador de televisión. La declaración incluida desde el principio en la Directiva 89/552 y en la Ley 25/1994 parece más un principio general que una disposición efectiva. Entre el patrocinio puro, que se limita a hacer una aportación económica a un programa existente y la coproducción pueden existir multitud de formas de manifestarse la relación entre patrocinador y programador y no cabe duda que el patrocinador sólo podrá influir en el contenido con un consentimiento del programador, lo que excluiría el atentado a su independencia editorial. Contrario a este principio son aquellas formas de patrocinio en las que el contenido fuera determinado exclusivamente por el patrocinador bajo el manto protector de la responsabilidad editorial del programador. Un caso particular de este supuesto es el llamado *"bartering"* en el que, a cambio de tiempo publicitario, el anunciante entrega al programador programas ya producidos y que pueden presentarse a la audiencia como espacios patrocinados.
- **Programas no patrocinables**. No podrán patrocinarse los programas diarios de información o actualidad política[1577], ni las partes en que se dividan, salvo -y ésta es una nueva excepción introducida por la Ley 22/1999, que no por la Directiva 97/36, que

[1576] Nuevo art. 15 b).

[1577] Esta norma, junto con la prohibición de interrumpir los telediarios no son sino concreción del art. 11 de la LGP que dispone el deslinde de las afirmaciones efectuadas dentro de la función informativa de las que se hagan como simples vehículos de publicidad. Desgraciadamente, cada vez son más frecuentes las informaciones que conllevan alguna forma de publicidad indirecta.

no hace sino aumentar los tiempos publicitarios- los que correspondan a la información deportiva y meteorológica. Esta excepción -una más- va en la línea de favorecer las actuales prácticas del mercado. La posibilidad de patrocinar los segmentos deportivos de los telediarios es una de las razones del auge de este tipo de noticias en las televisiones privadas, a las que siguen inmediatamente las públicas.

En cuanto a los **patrocinadores** se prohibe que lo sean las personas físicas o jurídicas cuya actividad principal sea la producción o venta o la realización de servicios cuya publicidad esté prohibida. Aquí la es la Directiva 97/36 la que introduce una nueva excepción. Las empresas farmacéuticas podrán ser patrocinadoras, siempre que en el patrocinio no se haga referencia al medicamento, producto o tratamiento que requiera prescripción médica.

Hasta aquí el régimen de los programas patrocinados. Vale la pena revisar el caso de las llamadas *"telepromociones"* como uno de los supuestos publicitarios híbridos que desafían a la regulación. En las telepromociones, tal y como se practican en Italia por las televisiones de Berlusconi, es el presentador de un concurso, juego o espectáculo el que, dentro de su propio desarrollo, promociona un producto, servicio o empresa[1578]. Se ha querido presentar esta actividad publicitaria como una modalidad de patrocinio que puede computarse en el 5% de tiempo diario adicional no dedicado estrictamente a los anuncios. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciares ante la cuestión prejudicial de una instancia judicial italiana[1579]. La sentencia declara que el art. 17. 1 b) de la Directiva 89/552 puede interpretarse en el sentido de que el anuncio del patrocinio pueda incluirse al comienzo, al final del programa y en otros momentos[1580]. Además, no considera que el 5% de tiempo publicitario adicional quede reservado exclusivamente a ofertas directas. El Tribunal entiende que la referencia del art. 18. 1 b) de la Directiva 89/552 a las ofertas directas es a título de ejemplo y que la razón de ese 5% de tiempo adicional reside en que tanto las ofertas directas como las telepromociones exigen un mayor tiempo de presentación, de modo que permite computar las telepromociones en ese 5% adicional sobre el 15% de los anuncios. La sentencia precisa que para que las telepromociones puedan considerarse formas de patrocinio no pueden incurrir en la promoción directa de productos o servicios. En conclusión, si la telepromoción se limita a dar cuenta de que se trata de un programa patrocinado y a cantar la excelencias del patrocinador, su tiempo no se computará a los efectos de los límites temporales. En cambio, si el presentador incurre en la promoción de los productos o servicios del patrocinador, ya no puede considerarse patrocinio y el tiempo habrá de computarse. Sin duda, el programador declarará la telepromoción como si fuera un patrocinio, pero es dudoso que el presentador, sobre todo si se trata de un programa en directo, no sobrepase el límite y junto con la mención del patrocinador haga el elogio de sus servicios o productos.

Vistas ya las limitaciones cualitativas y cuantitativas hemos de volver sobre la **publicidad encubierta** e **indirecta**, vías de escape de esta regulación. La publicidad

[1578] En contra de una regulación más estricta de las *telepromociones*, desde la óptica de las televisiones privadas italianas, **Momigliano, Carlo**, *"The need for different regulations and limits for different forms of advertising: the telepromotion case" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., pp. 1293-1319.

[1579] Caso *Rete Telelevisive Italiana*, sentencia 12 de diciembre de 1996.

[1580] Como hemos visto, la Ley 25/1994 ya contemplaba esta posibilidad.

encubierta esta taxativamente prohibida: dentro del actual art. 9, encabezado por el epígrafe *"Publicidad y televenta prohibidas"*, se incluye un número 2 en el que literalmente se declara -sin referencia a productos del tabaco o medicamentos de los que se ocupa el nº 1- *"quedan prohibidas la publicidad y televenta encubiertas"*. Por eso carece sentido la interpretación de Muñoz Machado[1581], que considera que la publicidad encubierta sólo esta prohibida cuando se refiere a productos (tabaco, medicamentos, bebidas alcohólicas de más de 20º) cuya promoción esté prohibida. En cambio, la publicidad indirecta sólo resulta prohibida cuando se utilice para publicitar productos o servicios cuya publicidad televisiva está prohibida. En efecto, no existe una prohibición general de la publicidad indirecta, que se menciona como una de las formas de publicidad (junto a la directa) inadmisible para ciertos productos (tabaco, medicamentos y bebidas alcohólicas de más de 20º).

Para que exista publicidad encubierta la ley española[1582] exige:

- Una **presentación verbal, visual o sonora** dentro de los programas de los bienes, servicios o elementos comerciales (actividad, nombre, marca, entre otros) de un empresario.
- **Error inducido** en el espectador en cuanto a la naturaleza de tal presentación. Para mejor interpretar este requisito y dado el carácter genérico de la redacción de la Directiva y de su transposición española debemos remitirnos al concepto de publicidad engañosa, una de las modalidades de publicidad ilícita conforme al art. 3 de la LGP. Y es que, justamente, la finalidad de la publicidad engañosa en inducir a un error al público, que pueda afectar a su comportamiento económico o perjudicar a un competidor (art. 4 LGP). Y añadiría que la presentación publicitaria pueda inducir a error entre lo que es el contenido del programa y su propio carácter publicitario, inhibiendo las protecciones conscientes del espectador frente a la publicidad.
- **Propósito publicitario** por parte del operador de televisión, que se presumirá cuando la presentación se realice a cambio de una remuneración.

No se consideran publicidad encubierta las presentaciones publicitarias que tengan lugar en acontecimientos abiertos al público retransmitidos por un operador mediante la oportuna cesión de derechos, siempre que -ha precisado la reforma- no se produzca una desviación intencionada para realzar el carácter publicitario. Sería tal el caso, por ejemplo, cuando no sólo se muestra la publicidad estática de un terreno de juego, conforme las incidencias del espectáculo, sino que la cámara se detiene sin motivo específico o tomando planos de detalle de la misma. Pero, entendemos que, también en tales supuestos habrá de estar presente el propósito publicitario por parte del operador.

Un caso de publicidad encubierta puede ser el del que hemos llamado patrocinio televisado. Retransmisiones de acontecimientos e informaciones sobre eventos o personajes noticiosos se llenan de presentaciones en las que se expresa su carácter

[1581] **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado. III La televisión,* op. cit., p. 242.

[1582] Actual art. 3 d). La reforma de la Ley 22/1999 ha retocada el texto, sin que se hayan introducido variaciones significativas, salvo que ahora las formas de presentación de la publicidad indirecta pueden ser también sonoras, además de las verbales y auditivas, que mencionaba el texto primitivo. Otra de las novedades es que se considerará publicidad encubierta cuando en la retransmisión de un acontecimiento exista un desviación intencionada para realzar el carácter publicitario.

patrocinado. En las retransmisiones de acontecimientos abiertos al público en los que medie cesión de derechos ni estas advertencias sobre su carácter patrocinado, ni las apariciones de la publicidad estática pueden ser consideradas publicidad encubierta por expresa excepción de la ley. En cuanto a las informaciones en las que de forma no intencionada se manifieste el patrocinio, en principio quedan fuera de tal excepción si aplicamos el término *retransmisiones* en su sentido literal. Pero parece que se incurriría en agravio comparativo si consideramos publicidad encubierta la aparición del nombre de un patrocinador en el cartel de una exposición, de la que se da noticia, mientras que no lo es la aparición de una marca en las camisetas de los jugadores de un partido de fútbol retransmitido. Es cierto que una posible justificación de la excepción en el caso de las retransmisiones es que el adquirente de los derechos de emisión debe hacer honor a los compromisos del cesionario-patrocinado. Pero si consideráramos como publicidad encubierta cualquier presentación de los elementos comerciales del patrocinador aparecida con ocasión de informar de los eventos patrocinados estaríamos dando un trato desigual a dos formas de patrocinio televisado, sobre todo porque al informar es imposible evitar la mayoría de las veces evitar los elementos del patrocinio.

Sea de una u otra forma, el caso es que el patrocinio televisado se ha convertido en una vía más mediante la que los programas terminan por convertirse en un mero soporte publicitario. Así, jugadores y entrenadores de fútbol dan diarias ruedas de prensa, con unos paneles como fondo plagados de logos de los distintos patrocinadores. Finalmente, cada día es mayor la simbiosis entre publicidad y programas, incluidos los informativos.

Otra manifestación de este avasallamiento publicitario es la técnica de la colocación o emplazamiento de productos (*"product placement"* en la jerga de los publicitarios, tan amigos de anglicismos). Se da sobre todo en programas de ficción, en los que se aprovecha para llenar el decorado con toda clase de objetos perfectamente identificables en su marca. La reforma, pese a lo propuesto por algún grupo parlamentario, no ha regulado esta modalidad publicitaria[1583]. Entiendo que este caso entra de lleno dentro de la publicidad encubierta prohibida: se trata de presentaciones dentro de un programa, por las que se recibe una remuneración y que inducen a error al espectador, pues a éste no se le advierte del carácter publicitario de tal aparición, integrando en cambio su uso en la vida de personajes de ficción con los que el público se identifica. Que yo tenga constancia no se ha producido ninguna sanción por este motivo. Y otra técnica que también creo puede considerarse como publicidad encubierta es la de los *"agradecimientos"*, un híbrido entre el patrocinio y la colocación de productos. Un producto puede situarse en un decorado pero no resultar explícito para el espectador (¡estanterías llenas de tomos del Aranzadi en salas de clase media!); entonces, al final del programa y sobreimpresionado sobre su última secuencia aparece una interminable lista de *"agradecimientos"* a estas empresas.

A diferencia de la publicidad encubierta, la publicidad indirecta sólo está prohibida cuando es cauce para la difusión de productos que tienen su publicidad prohibida. La

[1583] **Gay, C.**, *"La modificación de la ley de la Televisión sin Fronteras"*, op. cit., p.7, se pronuncia por admitir su licitud, pero sometiéndola a determinados requisitos de identificación.

ley[1584] se refiere expresamente a la prohibición de la publicidad indirecta de productos del tabaco, sanitarios y de bebidas alcohólicas[1585], pero esta prohibición debe extenderse a todas las formas de publicidad ilícita o prohibida, pues admitir en estos casos la publicidad indirecta supondría un verdadero fraude de ley.

Por publicidad indirecta la ley[1586] entiende:

> *"Aquella que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización".*

La forma más frecuente de publicidad indirecta es la utilización de las llamadas *"marcas paraguas"*, bajo las cuales se comercializan un conjunto de productos, unos cuya publicidad está prohibida y otros no. Normalmente, el producto principal es el que tiene su publicidad prohibida, comercializándose otros con fines puramente publicitarios. En algunos casos, se hace publicidad directa de producto no sometidos a prohibición publicitaria, pero dando clara relevancia a la marca, que es plenamente coincidente e identificable con la de productos alcohólicos, derivados del tabaco o medicamentos. En otros, se realiza exclusivamente la publicidad de la marca, normalmente a través del patrocinio[1587]. Este patrocinio está expresamente prohibido por el art. 15.2, aunque en su nueva redacción esta norma hace excepción de las empresas farmacéuticas o sanitarias, siempre que sólo se haga mención al nombre de la entidad patrocinadora, sin referencia a los productos o servicios que ofrece. Ciertamente, el poder de las grandes multinacionales farmacéuticas es grande y resulta difícil de justificar una excepción que, sin duda, reforzará los argumentos de las compañías tabaqueras o de bebidas alcohólicas para que les sea permitido el patrocinio genérico de la marca, que, por cierto, ya realizan mediante el patrocinio de actividades, básicamente deportivas, que han de ser objeto de retransmisión e información televisiva.

Antes de concluir el examen de la regulación es necesario referirse al régimen específico de las televisiones públicas. Los respectivos Consejos de Administración han establecido normas específicas de admisión de publicidad, adaptadas, como es lógico, a la ley de transposición. Nos referiremos exclusivamente a las normas de RTVE, para no alargar más la exposición. Las primitivas, aprobadas por el Consejo de Administración el 7

[1584] Actual art. 9 1 a) y 1 b).

[1585] En la redacción de la Ley 25/1994 existía una cierta ambigüedad, pues el art. 15. 2 prohibía el patrocinio por parte de empresas cuya actividad principal consistiera en la fabricación de productos cuya publicidad estuviera prohibida, de acuerdo con los arts. 9 (publicidad ilícita) y 10 (tabaco y medicamentos), sin que existiera remisión expresa al art. 11, regulador de la publicidad de las bebidas alcohólicas. La actual redacción del art. 15, después de la modificación de la L. 22/1999, sigue remitiendo a la publicidad ilícita, del tabaco y medicamentos, pero la ambigüedad desaparece desde el momento en que el nuevo art. 10.1 declara taxativamente prohibida la publicidad, directa e indirecta, de bebidas con más de 20º y, desde luego, el patrocinio de marcas es un caso de publicidad indirecta.

[1586] Actual art. 3 e).

[1587] Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª) de 2 de julio de 1993 entendió que existía publicidad encubierta en el patrocinio realizado por *La Navarra*, marca reconocida como fabricante de pacharán. La fórmula de patrocinio se refería a la retransmisión de partidos de fútbol y consistía en la sobreimpresión del rótulo *"Por gentileza de La Navarra les hemos ofrecido las mejores jugadas".* La Audiencia rechazó la argumentación de la empresa de que bajo la misma marca comercializaba mermeladas y bebidas no alcohólicas, por entender que la marca estaba plenamente asociada con el pacharán, que supera la graduación permitida.

de septiembre de 1983, fueron anuladas por SSTS, Sala III, de 29 de mayo de 1987 y 1 de octubre de 1988 y las actualmente en vigor lo fueron por Resolución de 17 de abril de 1990 de la Dirección General de Medios de Comunicación Social, por la que se hacen públicas las normas de admisión de publicidad aprobadas por el Consejo de Administración. Se trata de unas normas cuyo marco general es la LGP, dictadas en ejercicio de la competencia que el art. 8 1 j) reconoce al Consejo de Administración y en cuya redacción ya se tuvo en cuenta la Directiva 89/552. Con respecto a la regulación general, estas normas tienen de específico:

- Normas más estrictas en cuanto a la publicidad legítima. No se admitirá: la publicidad que asocie la falta de un determinado producto con falta de consideración social; la publicidad que use lenguaje soez o de mal gusto; la que use términos extranjeros distintos de las marcas; publicidad en la que intervengan los presentadores o actores de los espacios consecutivos o anteriores; publicidad en la que los niños sean los principales actores (salvo que se trate de productos dedicados a la infancia); prohibición de que el patrocinador aparezca como presentador del programa o dé a entender que se trata de la compra de un espacio.
- Regulación especial de: la publicidad que emplee el recurso a premios o incentivos; de la publicidad financiera y de seguros; de viviendas; vehículos de motor; mención de términos técnicos o estadísticos; juguetes;
- Limites temporales más estrictos: 10% de la programación anual; 15% del tiempo de emisión diario; 10 minutos por hora de emisión.

De todas las peculiaridades, la más evidente es la autolimitación en el tiempo publicitario: 10 minutos, frente a los 12 que rigen con carácter general[1588]. Y es que esta norma supone un compromiso de RTVE frente al espectador, mientras que el resto suponen la exigencia de que los anunciantes cumplan unos mínimos. Se confirma en nuestro país el carácter más estricto de la regulación de los programadores públicos, sin perjuicio de que éstos -como vamos a ver inmediatamente- incurran también en incumplimientos.

Hasta aquí la regulación. Cualquier espectador constata a diario la invasión publicitaria de la Programación y aquí ya no hemos referido a prácticas que suponen un verdadero fraude a la ley y hemos criticado algunos de los puntos débiles de esta normativa armonizada. Vamos ahora a confrontarla con algunos estudios de campo que ponen de manifiesto los abusos en la publicidad televisiva.

Lo primero que cualquier estudio constata es la saturación publicitaria. Así, según un informe de Media Planning[1589] la publicidad televisiva aumentó en 1997 un 19'8%. Las cadenas españolas emitieron 413.259 anuncios. El mayor número de inserciones se produjo en Antena 3 con 66.410, seguida de Tele 5 (62.425) y la TVE-1 (46.452). Aumentaron los anuncios tradicionales en un 23'3% y decreció el número de sobreimpresiones y patrocinios.

[1588] Ciertamente, TVE no hace ascos a la autopromoción, que supongo computará diferenciadamente con respecto a los 10 minutos tope para anuncios.

[1589] El País, 17/3/98.

Quizá el estudio más completo desde la perspectiva del cumplimiento de la normativa es el realizado por la Confederación de Amas de Casa y Consumidores con datos referentes a la semana del 20 al 26 de octubre de 1997[1590]. El incumplimiento es generalizado. Se registra:

- Utilización de publicidad encubierta en todo tipo de programas y series de producción propia.
- Emisión de publicidad relativa a cigarrillos y demás productos del tabaco, y de bebidas alcohólicas con graduación superior al 20º.
- Patrocinio utilizado en programas, que según la ley, no pueden ser patrocinados, como es el caso de determinadas secciones dentro de los telediarios.
- Presencia de publicidad en emisiones deportivas, a través de transparencias, cuando los encuentros deportivos se están jugando, no respetando por tanto lo establecido por ley, en el sentido de que las transparencias han de emitirse con los encuentros detenidos.
- Incumplimiento de la ley en lo que respecta a las interrupciones publicitarias dentro de los largometrajes cinematográficos, produciéndose más cortes publicitarios de los permitidos legalmente.
- Incumplimiento de la ley, en lo que se refiere a los tiempos máximos por hora de emisión.

Después de poner de manifiesto las ambigüedades de la ley, muchas de las cuales ya hemos analizado, el informe concluye que se da una excesiva presencia de la publicidad en televisión, bien a través de mensajes publicitarios directos, o con la introducción de nuevas fórmulas. Constata también que en los casos claros de infracción no se ha producido sanción alguna.

Un terreno todavía más delicado es el de la emisión de publicidad que pueda calificarse de ilícita por transmitir una imagen que no respete la dignidad de las personas o difundan estereotipos discriminatorios. A este respecto cabe citar las denuncias recogidas por el Observatorio de la Publicidad del Instituto de la Mujer[1591]. Este organismo recibió 262 denuncias en 1998 (frente a 451 en 1997). Se trata de campañas que tienen su presencia en todos los medios, y de modo destacado en televisión. La publicidad sigue tratando a la mujer conforme a dos estereotipos básicos: la de ama de casa -cada vez más refinada- y el que corresponde al cuerpo de la mujer como fetiche. Según Elvira S. Llopis, secretaria de la mujer de CC.OO de Madrid, lo que ha hecho la publicidad es modernizar o maquillar esos estereotipos con una serie de valores superpuestos: por ejemplo, diciendo que la mujer trabaja, pero a la vez es ama de casa competente o que la mujer se relaciona con los hombres como sus iguales, pero sigue utilizando sus atributos físicos como arma de seducción. Los estereotipos más denunciados en 1998 fueron los que reducen a la mujer a una mera función reproductiva o los que la atribuyen en exclusiva el cuidado de la familia y del hogar. La otra imagen más denunciada fue la que presenta a la mujer como objeto sexual pasivo (más del 50%). En este caso, las denuncias se refieren al uso del cuerpo femenino para la venta de productos sin relación directa con él, anuncios en los que

[1590] **CEACCU**, *Televisión y derechos de los usuarios....*, op. cit., conclusiones pp. 87-90.

[1591] **CCOO**, *Madrid Sindical*, julio de 1999.

se equipara a la mujer con la mercancía publicitaria para su consumo. Hay muchos anuncios que consideran a la mujer como una propiedad o una carga para el varón.

Desde 1998 y, sobre todo, desde la reforma de la Ley 22/1999, la Administración parece haber abandonado su actitud abstencionista. En respuesta a una pregunta parlamentaria de Nueva Izquierda hemos conocido que el Ministerio de Fomento impuso entre enero de 1998 y agosto de 1999 18 sanciones a las televisiones generalistas por vulneración de las normas publicitarias, con un importe en multas de 60 millones de pesetas[1592].

En este punto, y aun suponiendo que la Administración no haga dejación de sus competencias, el juicio global que nos merece esta legislación armonizada es negativo. Se juega con una calculada ambigüedad y con un cúmulo de excepciones que vienen a legitimar las prácticas existentes en este mercado. Muchas de estas excepciones -por ejemplo la referente al patrocinio de empresas farmacéuticas- sólo se explican por la capacidad de presión de poderosos grupos económicos. Las llamadas normas de inserción parecen las menos afortunadas: las limitaciones temporales y la regulación de las interrupciones no han evitado una saturación y una invasión publicitaria que no pueden respetar la integridad y valor de los programas. Más acertadas son las normas que regulan la publicidad ilícita y prohibida, aunque el frecuente recurso no sancionado a la publicidad encubierta e indirecta también las desnaturalizan.

A veces se siente la tentación de tirar la toalla y, dando la razón a los liberales a ultranza, dejar que sea el mercado el que se autorregule y el espectador el que castigue a los programadores que incluyan excesiva publicidad. Puede que el resultado no fuera muy distinto al actual. En cualquier caso, ambigüedades e incumplimientos son el talón de Aquiles de esta dimensión de la programación básica.

1.5. Protección de los menores

La libertad de recepción tiene una cualificación muy especial cuando su titular es un menor. La presencia de obras nacionales y europeas y las limitaciones a la publicidad son elementos de la *Programación básica* en cuanto que se pretende a través de ella garantizar a todos una verdadera libertad de recepción. Pero la protección de los menores exige, en cambio, condicionar tanto la libertad de programación como la libertad de recepción. La libertad de programación se ordena no tanto haciendo excepción de determinados contenidos, como condicionando los modos de difusión, de forma que los menores, a los que no se les reconoce una libertad de recepción plena, no reciban mensajes que puedan resultar lesivos para su desarrollo físico, mental y moral.

La protección de la juventud y la infancia se encuentra entre lo que tradicionalmente se denomina *límites*. Como vimos en el Capítulo 1º, cuando una

[1592] El País, 7/10/99. Tele 5 y Antena 3 han sido sancionadas cinco veces cada una, mientras que La Primera de TVE lo ha sido en cuatro ocasiones, y La 2, también de Televisión Española, en otras cuatro. El total de las sanciones impuestas supera los 60 millones de pesetas. Las cinco sanciones a Antena 3 superaron los 23 millones, mientras que las impuestas a Tele 5 se situaron por encima de los 21 millones; y las de RTVE se elevaron a 18,5 millones.

declaración de derechos menciona como límite al derecho a la información otro derecho o bien legítimo está calificándolo como especialmente relevante para la dignidad humana. En la práctica, en el caso de nuestra Constitución, está habilitando al legislador para que establezca una ordenación que haga compatible el ejercicio de ambos derechos, con el corolario de que los jueces pueden ponderar en las circunstancias concretas el ejercicio del derecho con los otros derechos o bienes.

El bien protegido nos remite a un derecho inmediata e íntimamente derivado de la dignidad humana: el derecho a ser uno mismo, el derecho del niño a desarrollarse en plenitud. Y afecta también a otro derecho-deber: el de los padres a guiar ese desarrollo, concretado en el derecho-deber de educarlos.

Resulta imposible sintetizar, siquiera someramente, toda la investigación respecto a los efectos de los medios de comunicación sobre el desarrollo de los menores. La Comisión Especial del Senado sobre la Televisión se planteó la cuestión y llamó en su asesoramiento a expertos en la materia. Citaré a lo largo de este apartado algunas de estas comparecencias, que matizan estos efectos o denuncian efectos perniciosos.

Pablo del Río Pereda, profesor de Teoría de la Comunicación de la Universidad de Salamanca, incidió en los efectos cognitivos y directivos (es decir, sobre valores y actitudes, responsabilidad emocional) de la televisión -o mejor, de la televisión ahora en España- sobre los menores[1593], haciendo una síntesis de las investigaciones en curso. Respecto a los efectos cognitivos, la televisión actual busca captar la atención del niño en momentos claves, pero no mantenerla. El niño no procesa en profundidad ni semánticamente los mensajes audiovisuales, lo que favorece un desarrollo de una mente mosaica y asociativa. Cuando los jóvenes llegan a la Universidad creen que saben las cosas porque son capaces de reconocerlas, pero no de conocerlas; no son capaces de reconstruirlas, sólo de reconocerlas cuando se las encuentran ya construidas. En cuanto a los efectos directivos, este investigador sostiene que hoy los mensajes fundamentales son el hedonismo, el ocio, la irresponsabilidad, lo que termina por construir una especie de *realidad irreal*. Si anteriormente los modelos propuestos eran de integración social, de desarrollo de cualidades sociales, de solidaridad, hoy son planteamientos hedonistas los que dominan. La desconstrucción de la identidad propia es especialmente grave respecto a los niños. En el ecosistema actual en el que viven los niños, a esto nos les queda más remedio que tener a la televisión como medio fundamental de entretenimiento.

Serrano Vélez[1594] ha estudiado el efecto de la violencia. La recepción de mensajes audiovisuales en los que la violencia se muestra explícitamente tiene un doble efecto: incitador y catártico de las pulsiones y tensiones que todos acumulamos. En el caso de receptores adultos normales, ambos efectos se neutralizan. Pero no así cuando se trata de menores, en los que por falta de maduración, puede primar el efecto incitador.

Es general el convencimiento de que existen mensajes que, pudiendo ser asimilados por los adultos, pueden resultar perniciosos para los menores dada su

[1593] Informe Comisión Especial del Senado, op. cit., p. 34.

[1594] **Serrano Vélez, M.**, *"La televisión y la protección de los derechos del menor"*, Ciencia Policial, nº 34, 1996, pp. 93-95.

inmadurez. La solución no puede ser eliminar tales mensajes, convertirlos en una excepción absoluta a la generalidad del objeto del derecho de la información, sino evitar por diversos medios que tales mensajes puedan ser recibidos por los menores. En sociedades democráticas, las distintas percepciones morales recomiendan que el control resida primariamente en los padres, reservándose los poderes públicos la ordenación de los medios para que impedir que los mensajes en los que exista consenso social sobre su lesividad para los menores puedan ser recibidos involuntariamente por éstos. A este respecto, Fernádez-Miranda[1595] ha utilizado la expresión *pedagogía de la libertad:*

> *"... el joven y el niño son seres en desarrollo cuya personalidad moral no está consolidada, lo que justifica una pedagogía para la libertad ...(esta petición de principio) me parece tan evidente como peligrosa en sus consecuencias por la voluntad del adulto, tantas veces manifestada, de manipulación unilateral y dogmática de la conciencia infantil. Por ello no creo que el Estado deba aplicar en su 'protección' más criterios que los que manifiesta y mayoritariamente comparta la comunidad social, abandonando en lo demás el control a la familia, la escuela y demás instituciones sociales"*.

No debe tampoco perderse de vista que la invocación de la protección de los menores puede resultar coartada para que grupos minoritarios impongan sus criterios a toda la sociedad. En palabras de Serrano[1596]:

> *"Este tipo de grupos de presión, muchas veces de carácter religioso, relacionados generalmente con grupos religiosos fundamentalistas, tuvo su origen en países como Estados Unidos, en los que la regulación legal de los medios de comunicación o es muy débil o prácticamente inexistente, y basan su poder en la capacidad de presionar a los patrocinadores de los programas para que se abstengan de financiar determinados espacios, so pena de ser sometidos a un boicot comercial. ... el tipo de códigos por el que se mueven estos grupos no está explícito en ningún lado y es decidido, unilateralmente en cada momento por los propios grupos encargados de aplicarlos, por lo que el estado de indefensión es muchas veces inconcebible. Todavía menos comprensible es la presencia de estos comités cívicos en lugares como Europa, en donde existe una regulación relativamente exhaustiva para la protección del menor en televisión, en donde los citados grupos intentan, en general, imponer criterios morales minoritarios al conjunto de la población, ejerciendo en el fondo una solapada e insidiosa forma de censura antes que una defensa real de los intereses de la infancia y la juventud".*

Tampoco debe olvidarse en este planteamiento general las posibilidades que para el desarrollo de los menores ofrece el medio televisión. Sin duda existe medios más apropiados para la educación de los menores, pero no debe despreciarse el potencial de la televisión. Como el Informe de la Comisión del Senado[1597] subraya es ésta una oportunidad para promover la igualdad de oportunidades. Las desigualdades más graves son hoy las de conocimiento y formación; por tanto, los poderes públicos deben desarrollar políticas para que el medio sirva a la finalidad de disminuir estas desigualdades: son precisamente los menores que sólo tienen acceso a las Programaciones generalistas y abiertas los que mayor necesidad tienen de conocimiento y educación, que no pueden adquirir por otros medios que requieren mayores disposiciones económicas y sociales.

[1595] **Fernández-Miranda** y **García Sanz**, op. cit. p. 533

[1596] **Serrano, M.**, op. cit, pp. 91-92.

[1597] Op. cit., pp. 65-66.

Resumiendo, la protección de los menores impone a la libertad de programación obligaciones positivas y obligaciones negativas. Obligaciones positivas para que existan programas especialmente dirigidos al desarrollo integral de los menores, conforme a los requerimientos de su edad. Y obligaciones negativas, para impedir la difusión de aquellos programas, que teniendo la audiencia adulta derecho a recibirlos, pueden resultar perniciosos para el desarrollo de los menores. Estas obligaciones positivas y negativas pueden articularse por métodos de obligatoriedad jurídica, confiando el control a los padres o tutores, o fiando su cumplimiento a sistemas de autocontrol. El empleo simultáneo en diverso grado de los tres métodos resulta lo más frecuente y eficaz. Volveremos más adelante sobre esta clasificación, pero antes examinaremos los fundamentos de la protección de los menores en nuestro ordenamiento.

Nuestra Constitución, como otras declaraciones, utiliza el término *protección de la juventud y la infancia*. Cada persona llegará a la madurez en un momento distinto, pero la consideración jurídica de persona adulta viene dada por la mayoría de edad. Si el ordenamiento otorga la plena capacidad jurídica y atribuye derechos-deberes cívicos, como el del sufragio, es porque presume que al llegar a esa edad se ha alcanzado el mínimo de madurez necesario para participar plenamente en la vida social. En consecuencia, es a los menores de edad a los que hay que garantizar que la recepción de determinados mensajes no lesione su desarrollo personal.

En la línea de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño[1598] y otros documentos internacionales[1599], la Ley Orgánica 1/1995, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no invoca en ningún momento el límite del art. 20. 4 CE, pero aporta los elementos necesarios para su adecuada interpretación. Bajo la rúbrica *derecho a la información*, su art. 5 reconoce a los menores el derecho a buscar, recibir y utilizar información *"adecuada a su desarrollo"* (art. 5.1). De modo que para los menores el objeto de la libertad reconocida en el art. 20. 1 d) CE se concreta en esa información adecuada a sus características de desarrollo. Tal cualificación podría considerarse inconstitucional de no existir el límite del art. 20.4 CE. De forma que la libertad de recepción de los menores queda limitada a aquellos mensajes que resulten adecuados a su desarrollo.

La Ley Orgánica también establece cualificaciones especiales para libertad de conciencia y la libertad de expresión. El art. 6 de la citada L. O. declara que los menores tienen derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religión. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza estas libertades de modo que contribuya a su desarrollo integral. Entiendo que los padres sólo podrían impedir esta libertades en casos en los que demostraran que la opción ideológica o religiosa había sido inducida por terceros abusando de la falta de madurez del menor. Pero bajo esta vigilancia de sus padres los menores tienen plena libertad de expresión. El art. 8 reconoce la libertad de expresión de los menores en los términos constitucionalmente previstos. El precepto

[1598] Su art. 17 contempla el acceso de los niños a una información adecuada. Reconoce que los medios de comunicación social desempeñan un papel importante en la difusión de la información destinada a los niños, exige que tengan como fin promover su bienestar moral, así como que se respete la cultura del niño, y establece la obligación del Estado de tomar medidas de promoción a este respecto y protegerle contra toda información y material perjudicial para su bienestar.

[1599] Sobre la protección de los menores en las resoluciones del Consejo de Europa, véase **Ripol, S.**, op. cit., pp. 90-92.

engloba libertad de expresión y libertad de información cuando declara que esta libertad se extiende a la publicación y difusión de opiniones y a la edición y producción de medios de difusión. También considera dentro de su contenido el acceso a las ayudas administrativas, lo que viene a significar un compromiso de los poderes públicos en promover no ya sólo mensajes expresamente dirigidos a los menores, sino también, mensajes elaborados y difundidos por los menores. Sin embargo, esta libertad de expresión (y de información) de los menores podrá ser restringida por las leyes para garantizar el respeto a los derechos de los demás, la protección de la seguridad, la salud, la moral o el orden público. Aunque tal formulación nos remite a los términos del art. 10 del Convenio Europeo, no deja de resultar chocante que se invoquen precisamente al reconocer las facultades difusivas de los menores, cuando los bienes en los que se permite fundamentar restricciones se ven más en peligro en aquellos mensajes dirigidos hacia los menores que en los que estos puedan difundir.

Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales (art. 5.1). El precepto impone obligaciones positivas a los poderes públicos (art. 5.3). Las Administraciones incentivarán la producción y difusión de materiales informativos expresamente dirigidos a los menores y facilitarán el acceso de los menores a las bibliotecas y sistemas de información. Entre estas obligaciones positivas está fomentar que los mensajes dirigidos por los medios de comunicación a los menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás. De modo que estos preceptos constituyen fundamento suficiente para justificar cualquier acción de fomento que pretenda la producción o la difusión de programas infantiles inspirados en estos valores.

La Ley también exige una intervención de los poderes públicos más enérgica. Las Administraciones velarán para que los mensajes dirigidos a los menores eviten las imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista y, en general, que la publicidad o los programas no les perjudique moral o físicamente. Para ello y con base en esta Ley Orgánica se podrán dictar normas especiales. Como se ve, el legislador está especialmente preocupado por los mensajes audiovisuales[1600], pues es a los que alude expresamente. Pues bien, si antes considerábamos que la libertad de recepción de los menores se concretaba en la libre facultad de recibir todos aquellos mensajes adecuados a su desarrollo, ahora, visto este precepto, podemos admitir que la protección de la infancia y juventud (art. 20. 4 CE) supone excluir de la libertad de programación la difusión de programas que puedan resultar lesivos a su desarrollo físico o mental. Como el desarrollo de los menores está en función de la edad, no todos los contenidos resultarán igualmente lesivos o apropiados a todos los menores, lo que, en definitiva, nos remite a la necesidad de clasificar estos

[1600] Otros medios, como son las revistas juveniles, no dejan tampoco de plantear problemas, aunque la atención social sea mucho menor. El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid recomendó a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales la promulgación de un Reglamento, que regulara la protección sociocultural del menor frente a estas publicaciones. El Defensor del Menor recogió en el plazo de 18 meses 62 quejas avaladas con las firmas de 15.714 padres contra una decena de publicaciones juveniles por sus contenidos violentos y sexistas. El Defensor del Menor ha encontrado en estas revistas un alto grado de violencia y agresividad, especialmente en las dedicadas a videojuegos y comics, que pueden *"desfigurar la perspectiva de la realidad e influir negativamente en el correcto desarrollo madurativo y personal del niño"*. En las revistas de información general dirigidas al público infantil, el Defensor del Menor ha observado que las páginas dedicadas al sexo una incitación precoz a la sexualidad. El Defensor del Menor recomienda una clasificación de estas publicaciones por edades. El País, 15/4/98.

mensajes potencialmente lesivos en relación a su conveniencia con respecto a los distintos grupos de edad.

En resumen, de la Ley Orgánica del Menor resulta que la libertad de programación de todos excluye la difusión de mensajes audiovisuales que puedan resultar dañosos para el desarrollo físico o mental de los menores. La libertad de programación de estos podrá ser promovida por los poderes públicos, pero su ejercicio podrá ser restringido por la ley (y siempre que, según exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal restricción resulte imprescindible y proporcionada en el contexto de una sociedad democrática) para garantizar el respeto a los derechos de los demás, la protección de la seguridad, la salud, la moral o el orden público. Además la libertad de recepción de los menores se circunscribe a aquellos mensajes audiovisuales que sean adecuados para su desarrollo, debiendo los poderes públicos desarrollar una función promocional de tales mensajes.

Cuestión distinta es la de la protección de los derechos de la personalidad del menor. El art. 4 de la L.O. reconoce a los menores el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, incluidos la inviolabilidad del domicilio familiar, de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones. La utilización de la imagen, el nombre o datos[1601] de los menores por los medios de comunicación que constituyan una intromisión ilegítima (por menoscabar su honra o reputación o ir contra sus intereses) dará lugar a la intervención del Ministerio Fiscal, que podrá recabar medidas cautelares y ejercer las acciones que correspondan. Esta intervención de oficio del Ministerio Público refuerza la protección de los derechos de la personalidad de los menores. La **STC 134/1999** confirma el derecho a la intimidad de los menores frente a intromisiones ilegítimas, aun en el supuesto de que se hayan producido previas indiscreciones de sus padres[1602]. Justamente, la lesión de los derechos de la personalidad de los menores por programas del tipo *"reality show"* fue uno de los temas que preocupó a la Comisión Especial del Senado. Posteriormente, ante la Comisión mixta Congreso-Senado el Defensor del Pueblo, Fernando Álvarez de Miranda, defendió la necesidad de una autoridad independiente que tutelara los derechos de los menores, con capacidad sancionadora.

[1601] A partir del 21 de abril del 2.000, el consentimiento paterno será obligatorio en Estados Unidos para transmitir datos personales de niños a través de Internet. Es frecuente que los niños conectados a páginas infantiles faciliten sus datos personales. Para que tal transferencia sea admisible deberá constar la autorización expresa de los padres (incluso mediante correo tradicional). New York Times, 21/4/99, El País, 23/10/99.

[1602] En cambio, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de 30 de junio de 1995, el propio menor tendría autonomía, en determinadas circunstancias para hacer disposición de estos derechos. Un menor de edad intervine en u concurso de televisión y comienza a desnudarse siguiendo la dinámica de dicho concurso. La Audiencia Provincial de Málaga desestima al demanda interpuesta por el padre del menor contra el programa y la cadena porque entiende que la desautorización paterna contrasta con la falta de vigilancia y atención sobre el menor, ya que al consentir que a la hora avanzada en que se desarrollaba el programa su hijo estuviera fuera del domicilio familiar, en cierta forma, significa el amplio margen de libertad personal con que contaba el menor para regir su persona por si mismo. Considera asimismo la Audiencia, que si existe consentimiento expreso del titular del derecho afectado no se produce una intromisión al honor, intimidad personal y familiar o propia imagen ya que eso está determinado, además por las ideas que prevalecen en cada momento en la sociedad. Aunque se trate de un menor, su consentimiento es válido si sus condiciones de madurez, según la ley vigente, lo permite.

Vistos los condicionamientos básicos que la protección de los menores implica en nuestro sistema para las libertades de programación y recepción, hemos de volver a examinar los métodos -coactivos, de control parental y autorregulación- aplicados para hacer efectiva la protección de los menores.

En cuanto a los métodos coactivos, el sistema más habitual consiste en identificar aquellos mensajes perniciosos para los menores y prohibir su emisión en aquellos horarios en los que es probable que puedan ser recibidos por los menores. Estos contenidos no se prohiben totalmente, permitiéndose su emisión a horarios para adultos. En cambio, resultan completamente prohibidos aquellos mensajes audiovisuales degradantes en general para la dignidad humana o en los que se da una utilización del menor que daña su desarrollo o sus derechos. Entre ellos suelen incluirse los mensajes audiovisuales extremadamente violentos, los que implican pornografía con niños o el abuso de menores y los que, en general, incitan al odio, la violencia o la discriminación.

Esta delimitación de horarios sólo para adultos es un sistema propio de la televisión tradicional en la que recepción se realiza conforme a una programación horaria. Por supuesto este sistema coactivo es un apoyo al control de los padres, que son los que, en definitiva, deben evitar que los menores reciban tales mensajes, pero de este modo se evita una recepción involuntaria e inadvertida para los padres. Es el sistema establecido por la Directiva de la Televisión sin Fronteras, que consideró la protección de los menores como uno de los ámbitos en los que la armonización era imprescindible para lograr superar barreras y recelos a la emisión transfronteriza de los programas. En este sentido, este régimen se incorpora a la *Programación básica*.

La protección de los menores se articula frente a la publicidad y frente a la programación[1603]. Ya nos hemos ocupado de la protección frente a la publicidad. Respecto a los programas se sienta el principio general de que la Programación no incluirá ningún mensaje audiovisual que pueda perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, en particular las escenas de pornografía o violencia gratuita[1604]. Pero este principio, que parece implicar una prohibición absoluta, se gradúa inmediatamente[1605] en la adopción de cautelas para que los menores que puedan estar en el campo de difusión de estos mensajes no vean o escuchen estas emisiones, especialmente aquellos de carácter pornográfico o que impliquen la presentación de una violencia gratuita, siendo admisibles, por tanto, tales mensajes si cumplen estas condiciones[1606].

[1603] Art. 22 de la Directiva 89/552 y 17 de la L. 25/1994. La numeración no se ha visto alterada por la reforma, aunque se modifica la redacción y se añaden nuevos apartados.

[1604] Art. 17.1 L. 25/1994.

[1605] Art. 17.2.

[1606] Tanto la Directiva, como la ley española, a la hora de enunciar el principio general se refieren a los programas que *"seriamente"* puedan perjudicar el desarrollo de los menores. En cambio, al articular las cautelas se habla simplemente de programas que puedan perjudicar, sin indicar que este perjuicio sea serio. Podría hacerse una interpretación, según la cual los programas *"seriamente perjudiciales"* se encontrarían absolutamente prohibidos, mientras que los simplemente perjudiciales o presumiblemente lesivos estarían admitidos con las cautelas correspondientes. Tal distinción en función de la gravedad o probabilidad del perjuicio carece de sentido, pues las normas positivas no aportan criterio alguno en el que sustentar esta diferenciación. Opinión en contra es expuesta por **Frohne, Ronald**, *"The EU regulations (mesaures and proposals) concerning the protection of minors with regard to broadcasting programming and advertising" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 666.

Caso distinto es el de los programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social[1607]. Aquí la prohibición es absoluta, sin que exista graduación o excepción alguna. No se trata de mensajes que específicamente perjudican el desarrollo de los menores, sino de atentados contra la convivencia y la tolerancia, en flagrante violación de los principios constitucionales. La Ley 22/1999 explícita algo obvio: todos los operadores bajo jurisdicción española deberán respetar los principios constitucionales[1608].

Las cautelas que las Directivas mencionan son los horarios de emisión y otras medidas técnicas. Los límites de lo que pueda considerarse un **horario adulto** varía con los hábitos de cada país. En el caso español se ha establecido entre las 22 y las 6 horas. En cuanto a las medidas técnicas, la Ley 22/1999 ha reforzado las advertencias que deberán acompañar a los programas que incluyan estos mensajes. Su contenido especial deberá hacerse notar por **medios acústicos y ópticos** y cuando se trate de programas no codificados un símbolo visual deberá identificarlos a lo largo de toda su emisión[1609]. De modo que estos mensajes, que sólo pueden ser emitidos en el mencionado horario adulto[1610], deben además de estar acompañados de estas advertencias, pues no puede excluirse de modo absoluto la presencia de menores en estos periodos horarios. Mediante esta segunda cautela, los padres más tolerantes son advertidos del carácter potencialmente peligroso de estos programas, de modo que puedan impedir su recepción a los menores.

La Ley 22/1999 exige no sólo la advertencia de peligrosidad, sino que da un paso adelante y convierte en obligatoria la **clasificación orientativa** de todos los programas. Se trata de un extremo no contenido en las Directivas, que la Ley 22/1999[1611] implanta. Al principio de cada programa -y no ya sólo de los potencialmente peligrosos- y después de cada interrupción se incluirá una advertencia por medios ópticos y acústicos de su mayor o menor idoneidad para los menores. Mayor o menor idoneidad significa -aunque la Ley no lo diga- clasificar por grupos de edad. En el caso de películas y videos la calificación será la establecida para la previa exhibición o comercialización, pudiendo completarse por las televisiones, a las que corresponderá individual o coordinadamente la calificación del resto de los programas. La Ley añade que si en el plazo de tres meses los operadores no

[1607] La Directiva 97/36 ha sacado estos casos del art. 22 dedicado a la protección de los menores y los ha trasladado a un nuevo art. 22 bis. La Ley 22/1999 los mantiene en el primer apartado del art. 17 bajo la rúbrica de *"protección de los menores frente a la programación".* En nuestro ordenamiento, el art. 510 del Código Penal tipifica estas conductas, que no pueden legitimarse por la invocación de la libertad de expresión, como ha dejado sentado la **STC 214/1991** (caso Violeta Friedman). La prohibición de estos comportamientos está también recogida en el art. 7 de la Convención Europea de Televisión Transfronteriza.

[1608] Nuevo art. 17.4.

[1609] Nuevo art. 17.2. La presencia permanente de una advertencia visual viene exigida por la modificación introducida en el nuevo art. 22.3 por la Directiva 97/36. Las programas codificados son más susceptibles de un control previo de los padres.

[1610] En respuesta parlamentaria, el Gobierno declara que las escenas de violencia gratuita sólo están excluidos del horario infantil, siendo admisibles aquellos mensajes donde esté presente la violencia, siempre que no sea gratuita. Europa Press, 29/3/98.

[1611] Nuevo art. 17.3.

hubieran acordado un sistema uniforme de presentación de estas clasificaciones, el Gobierno dictará las normas precisas para su funcionamiento[1612].

La importancia que las Directivas conceden a la protección de los menores es tal que la violación de estas regulaciones armonizadas justifican la única **excepción a la libertad de recepción**. Su violación por emisiones provenientes de otro Estado miembro de forma manifiesta, seria y grave al menos en dos ocasiones durante 12 meses permitía, de acuerdo con el art. 22.2 de la Directiva 89/552, llegar a suspender provisionalmente tales emisiones. Para ello se requería, además de la persistencia de la violación, la previa notificación al sujeto emisor extranjero y a la Comisión Europea y el fracaso de una solución amistosa. La Directiva 97/36 mantiene sustancialmente el mismo esquema, pero somete la medida de suspensión a la revisión expresa de la Comisión Europea, que en el plazo de dos meses deberá decidir si estas medidas son conformes al Derecho comunitario[1613]. La aplicación de esta excepción no excluye medidas sancionadoras por parte del Estado que ejerce la jurisdicción sobre el sujeto emisor.

En este mecanismo se manifiestan las consecuencias de las diversas apreciaciones morales entre los distintos Estados miembros: programas que pueden ser aceptables conforme a una sensibilidad nacional pueden no serlo para otra[1614]. Lo que el sistema de la Televisión sin Fronteras no admite es un tratamiento discriminatorio: tolerancia para las emisiones destinadas al exterior y mayor severidad respecto a las emisiones nacionales. Para la Comisión Europea estas medidas excepcionales permiten proteger el interés general con un mínimo de obstáculos a la libre prestación de servicios[1615] o -dicho en nuestros términos- con una mínima compresión o limitación a las libertades de programación y recepción.

Como ya indicábamos, estos sistemas de protección son propios de una televisión tradicional. Tales tutelas se ven desafiadas por nuevos hábitos en los modos de recibir, por el desarrollo de las distintas formas de televisión codificada y por la implantación de nuevos servicios multimedia.

[1612] Con fecha de 22 de octubre de 1999, representantes de distintos operadores y el Secretario General de Comunicaciones firmaron el Convenio al que remite la citada disposición. El Convenio establece un código óptico inspirado en el sistema de colores de los semáforos: rojo para mayores de 18 años, amarillo para programas no recomendados de 7 o 13 años (con la cifra indicada en su interior), verde para los programas especialmente recomendados para la infancia y ausencia de señal para los programas para todos los públicos. Respetando el código de colores, las televisiones podrán realizar los iconos que consideren a su imagen gráfica. La señal sonora, sólo reservada para los programas no recomendados a menores de 18 años, tendrá una duración de un segundo. Las televisiones se comprometen a aplicar inmediatamente el Convenio en la emisión de películas calificadas por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales. Progresivamente, a medida que se vayan acordando unos criterios homogéneos de clasificación, la señalización afectará también al resto de los espacios, empezando por los espacios de ficción. Los criterios de clasificación tienen carácter de mínimos, por lo que los firmantes podrán proporcionar información adicional a los padres. La Secretaría General de Comunicaciones vigilará el cumplimiento del acuerdo. La Razón, 22/10/99.

[1613] Nuevo 2º párrafo del art. 2.2 d).

[1614] Como ha fallado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos, entre otros, *Handyside* y *Müller*, no existe un concepto de moral pública comú a todos los países europeos.

[1615] II Informe sobre la aplicación de la Directiva 89/552, COM (97) 523 final. Sólo el Reino Unido aplicó en tres ocasiones este procedimiento. En dos casos, las consultas no tuvieron éxito y las autoridades británicas prohibieron las emisiones, medidas consideradas por la Comisión como ajustadas al Derecho comunitario. La Comisión aplicó una prueba de proporcionalidad y evaluó los posibles efectos discriminatorios de las medidas.

Nuevos hábitos de recepción se han desarrollado entre el público infantil y juvenil. Si tradicionalmente la televisión había ejercido la función de *"niñera audiovisual"*, ahora, además, su disfrute ha dejado, en buena medida, de ser una actividad colectiva supervisada por los adultos para convertirse en un tiempo de ocio individual[1616]. El abaratamiento de los aparatos receptores ha permitido su multiplicación en los hogares, lo que permite una mejor selección de los programas -entre la diversas Programaciones ofertadas- más del gusto de cada miembro de la familia, que son frecuentemente visionados por los niños en sus propios dormitorios[1617]. Además, a partir de una determinada edad, los menores tienen mayor libertad para acceder a los horarios reservados a los adultos[1618] y las películas en el mercado del vídeo[1619]. Además, los padres se quejan de los contenidos de la televisión, pero cada vez se sienten menos dispuestos a controlarlos[1620].

Por otra parte, las formas de televisión analógica codificada y en general la televisión digital ofrecen nuevas oportunidades para una recepción más selectiva de los programas. Y al tiempo, los mensajes audiovisuales se convierten en contenidos que circulan por redes abiertas como Internet, en las que resultan inaplicables las disposiciones prohibitivas de ciertos contenidos.

Para ver el modo de afrontar estos desafíos, simultáneamente a la reforma de la Directiva de la Televisión sin Fronteras, la Comisión Europea elaboró un *Libro Verde sobre la Protección de los menores y la Dignidad Humana*[1621], que puso especial atención al problema en los nuevos servicios en línea. Conclusión de la discusión abierta por el Libro Verde es la Recomendación del Consejo relativa al desarrollo de la competitividad de la

---

[1616] Según dato aportado por Valerio Lazarov en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado, op. cit., p. 20, un 13% de los menores tienen un televisor en su cuarto. El realizador-programador vino, un tanto hipócritamente, a acusar a los padres de hacer dejación de sus funciones, trasladando toda la responsabilidad a los programadores.

[1617] Véase **Serrano, M.**, op. cit, pp. 86-88. El autor subraya el creciente individualismo de estos hábitos, pero también pone de manifiesto como el tiempo de ver la televisión no ha aumentado, sino que se ha repartido con otros medios (juegos interactivos, por ejemplo, o ligero aumento del tiempo dedicado a la lectura), cómo los menores tienen una forma de recibir más dispersa (*"grazing"* y *"zapping"*) y cómo el uso de la televisión depende cada vez menos de la clase social... extremos todos ellos que llevan al autor a desautorizar las tesis catastrofistas respecto a los medios audiovisuales.

[1618] Los programas más vistos por los menores en España no son los específicamente infantiles, sino *"programas familiares"* (en concreto *Médico de Familia*) emitidos en horario adulto. Informe CEACCU sobre contenidos infantiles, op. cit., p. 11. El contenido positivo de estos programas indica que la tolerancia de padres y tutores es selectiva. Paradójicamente, algunas series infantiles (sobre todo de producción extranjera) transmiten valores de competitividad, agresividad, machismo y otras inconstitucionales más lesivas para los menores (véase estudio citado, pp. 21-25) que los contenidos más adultos, pero más positivos, de programas familiares de producción española. Y para colmo sobre estos programas teóricamente infantiles los padres ejercen un menor control, por presumirlos más adecuados a los menores. La cuestión nos lleva a las que hemos llamado obligaciones positivas, concretamente, a la de promover programas que realmente favorezcan el desarrollo y la educación de los menores. Según el testimonio ante la Comisión Especial del Senado de la realizadora Lolo Rico de Lara, op. cit. pp. 52-53, que cita un estudio de *marketing* de TVE, la programación formativa no resulta rentable desde el punto de vista de audiencia y publicidad.

[1619] El 80% de los videoclubes de 13 distritos de Madrid investigados por encargo del Defensor del Menor alquilaron a niños 12 años películas con altos contenidos de violencia y sexo. El País, 16/4/98.

[1620] Según el *"Informe España 1997, una interpretación de su realidad social"*, de CECS-Fundación Encuentro, el 57'3% de los padres prohibe los programas de sexo, porno o eróticos, un 13'9 de violencia, muerte, guerra y un 13'3 los que ponen muy tarde. EL PAÍS 30/3/98.

[1621] COM (96) 483 final.

industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana[1622]. La Directiva 97/36[1623], por su parte, ordenaba a la Comisión elaborar un estudio sobre la conveniencia de adoptar medidas que faciliten el control de los padres o tutores sobre los programas recibidos por los menores. Las cuestiones a plantear eran la posible adopción de dispositivos técnicos de filtrado, el establecimiento de sistemas de clasificación y el fomento de políticas de televisión familiar y de sensibilización educativa. Fruto de esta disposición es el Informe sobre Control Parental, confiado al Centro de Estudios Sociojurídicos la Universidad de Oxford[1624] y que la Comisión evalúa en su Comunicación al Parlamento y al Consejo Económico y Social[1625].

El Libro Verde parte del planteamiento de que si no se ponen medidas para evitar la difusión de contenidos atentatorios a la dignidad humana y al desarrollo de los menores no se creará el clima de confianza necesario para la implantación de los nuevos sistemas de información, considerados un objetivo estratégico de la Unión Europea. Lógicamente, dedica mayor atención a los problemas suscitados por estos nuevos servicios, respecto a los cuales pone de manifiesto que su novedad no reside en los propios contenidos que puedan ser lesivos[1626], sino en su presentación digital multimedia- que favorece su recepción mundial, la facilidad de alteración y dificulta su clasificación- en el modo interactivo de difundirse estos contenidos -que rompe la distinción entre emisor y receptor, con las consiguientes consecuencias a efectos de responsabilidad, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado. El Libro Verde constata que, a pesar de las distintas sensibilidades nacionales, la interpretación jurisprudencial del art. 10 del Convenio Europeo y el principio de proporcionalidad que conlleva constituye una base común suficiente para establecer un proceso de convergencia de los distintos sistemas protectores, como ya permitió la Directiva de la Televisión sin Fronteras, respecto a la televisión convencional. De modo que, en razón del interés público que la protección de los menores comporta, los Estados miembros pueden adoptar medidas restrictivas siempre que se respete el criterio de proporcionalidad y no tengan carácter discriminatorio y pueden, desde luego, promover la autorregulación en aquellos supuestos que resulte más eficaz.

En los nuevos servicios en línea todo el material está accesible al mismo tiempo y, por tanto, no sirve ya el sistema de delimitación de horarios. Se parte del principio de que el acceso difícilmente puede ser involuntario. El grado de protección variara conforme se trate de redes o sistemas abiertos o cerrados. En los sistemas cerrados (como el vídeo previa petición, VOD) la responsabilidad es más transparente (pocos operadores que mantienen contratos con los suministradores de contenidos); existe una identificación y

[1622] 98/560/CE.

[1623] Nuevo art. 22 ter.

[1624] *Parental control of the television broadcasting. Final Report*, Bruselas, 1999.

[1625] COM (99) 371 final.

[1626] El capítulo II 2.2 constata que los contenidos generalmente prohibidos en todos los países de la Unión se refieren a la pornografía en la que participan menores, la pornografía violenta o entre adultos que no han dado su consentimiento, zoofilia y, conforme a la propia Directiva, la incitación al odio racial, la violencia o la discriminación de personas o grupos.

clasificación (p. e. mediante guías electrónicas); es posible controlar la edad del solicitante (mediante tarjeta bancaria o número personal de identificación, PIN); resulta factible excluir voluntariamente determinados contenidos; y, en definitiva, resulta sencillo establecer dispositivos técnicos de control parental[1627]. En cambio en los sistemas abiertos, cuyo paradigma es Internet, es difícil establecer la cadena de responsabilidad: los receptores son también difusores y en el proceso intervienen gran número de intermediarios. La propia industria ha desarrollado soluciones técnicas: restricciones en el uso del ordenador; limitaciones en las facilidades de navegación; filtro sistemático del material (a base de palabras claves o determinadas imágenes); bloqueo de determinados lugares, en base a una identificación previa[1628]. El Libro Verde constata que se trata de sistemas todavía poco desarrollados, que pueden bloquear el acceso a materiales perfectamente aceptables. La solución estaría en la línea de la clasificación e indización de todos los contenidos conforme a criterios descriptivos, que pudieran ser valorado de forma distinta por cada cultura. La llamada Plataforma para la Selección de Contenidos en Internet (*PICS* en sus siglas inglesas) ofrece el intento de crear un standard abierto y global para *etiquetar* de modo neutral todos los contenidos[1629].

Menor atención dedica el Libro Verde a la protección de los menores frente a la recepción clásica de programas audiovisuales. Respecto a la televisión abierta, no codificada, el Libro Verde propone mantener la diferenciación de horarios de adultos y el sistema de clasificación por iconos y advertencias sonoras. En cuanto a la conveniencia del dispositivo de filtrado que en Canadá y Estados Unidos se denomina *chip-antiviolencia* (*V-chip*) remite a un estudio posterior. En la televisión de acceso condicional, partiendo de que existe una elección previa por parte del subscriptor de las Programaciones a recibir, el Libro Verde plantea que el operador desarrolle un sistema de información y consejo y establezca cautelas especiales respecto a determinados programas, mediante número personal de acceso, carta especial o tarjeta de crédito. Se toman también en consideración las *guías electrónicas* que pueden facilitar información útil a padres y responsables en un entorno multi-Programación. Se afirma que la implantación de la televisión digital puede suponer la oportunidad para introducir en la televisión abierta los mismos mecanismos de protección que ya son posibles en la de acceso condicional.

Más concreto resulta el estudio encargado por la Comisión sobre dispositivos de control parental, en cumplimiento del art. 22 ter de la Directiva de la Televisión sin Fronteras, que ordena el estudio de la adopción de medidas que hagan más fácil a los padres y tutores la supervisión e incluso la selección previa de los mensajes audiovisuales que reciben los menores, contemplado la viabilidad de sistemas técnicos de filtrado, la

[1627] Por ejemplo, en Alemania desde el 1 de enero de 1999 los operadores de las distintas plataformas de televisión de pago están obligados a codificar los contenidos potencialmente peligrosos, de modo que sólo se acceda a ellos a través de una clave. **Motjo, J.** *"Expectations of Broadcasting Operators regrading the work of the Regulatings Authorities of the future" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 48.

[1628] Si los dispositivos de filtrado se activan sin el conocimiento del usuario en programas como los *navegadores* de la red, podemos estar ante un supuesto de censura privada.

[1629] Se trata, en su origen, de un proyecto promovido por el *Institute Technological of Massachuchets*, basado en etiquetar todos los documentos con una puntuación conforme el grado de violencia, nudismo, sexo y lenguaje explícito. El País (CIBERPAÍS) 16/4/98.

conveniencia de sistemas de clasificación y el fomento de políticas de televisión familiar y televisión educativa.

El contexto del encargo -como el propio informe indica[1630]- es el desarrollo e implantación en Canadá y Estados Unidos del llamado *chip-antiviolencia.* Inventado por el ingeniero canadiense Tim Collings como un dispositivo para poder seleccionar, en general, los contenidos que el receptor quiere visionar pronto apareció en América del Norte como la varita mágica para resolver las dificultades que en el nuevo contexto de multi-Programación y recepción individual plantea la supervisión por los padres. En esencia el sistema se basa en utilizar parte de la señal de televisión que no se utiliza en la transmisión de imagen y sonido para transportar un código que puede ser detectado por un procesador instalado en el receptor. Como es lógico, requiere la existencia de un sistema de clasificación, conforme al cual se asocia a cada programa una información codificada que será descodificada en el receptor. Corresponde a los padres activar el bloqueo de los programas clasificados en las distintas categorías. En ambos países el debate suscitado por este dispositivo técnico -en el que han tenido gran protagonismo políticos y grupos conservadores- condujo a un relativo consenso entre programadores-emisores y asociaciones de espectadores para excluir los contenidos explícitos de carácter sexual o violento. En Canadá fue adoptado por la Comisión de Telecomunicaciones en 1997. En Estados Unidos el tema se convirtió en una cruzada personal del político conservador (demócrata) Edward Markey[1631] y finalmente la *Telecommunication Act* de 1996 estableció su obligatoriedad y conforme las normas de la Comisión Federal de Comunicaciones todos los televisores de más de 33 cms. (13'') deberán llevar instalado el dispositivo a partir del 1 de enero del 2.000.

La sección 551 de la *Telecommunication Act* ya propugnaba la adopción de un sistema voluntario de clasificación de los programas que incluyan contenidos de carácter sexual, violentos o cualquier otro que los padres puedan considerar inadecuados para sus hijos. La propia denominación del dispositivo *V-chip* pone el énfasis en la prevención de los mensajes violentos, siempre más presentes en las televisiones norteamericanas que los de carácter sexual[1632]. Las tres grandes asociaciones patronales del audiovisual[1633] han llegado a un acuerdo plasmado en las denominadas *TV Parental Guidelines*, que no ha dejado de suscitar un debate sobre si constituyen formas de censura privada[1634]. Las citadas directivas clasifican las contenidos audiovisuales en: para niños de entre 2-6 años (TV-Y); para niños mayores de 7 años (TV-Y7); para una audiencia general (TV-G); recomendada la supervisión de los padres (TV-PG) por incluir moderada violencia (V), alguna situación sexual (S), alguna palabra grosera (L), o algún diálogo sugerente; para mayores de 14 años (TV-14) por incluir contenidos que la mayoría de los padres

[1630] *Parental control of the television broadcasting. Final Report*, Bruselas, 1999, p.4.

[1631] El País, 30/3/98.

[1632] La violencia no sólo está presente en la ficción, sino también en la información, sobre todo en la información en directo. En 1998, dos cadenas de Los Ángeles pidieron públicamente perdón por retransmitir en directo un suicidio en pleno horario infantil. El País, 2/5/98. Desde el caso O.J. Simpson, las televisiones han introducido sus cámaras en los helicópteros de la policía que vigilan la megalópolis y de esta manera obtienen casi a diario espectaculares persecuciones, que frecuentemente, terminan sangrientamente. Podríamos hablar de *periodismo de persecución.*

[1633] *National Associaton of Broadcaster, National Cable Television Association* y *Motion Picture Association of America.*

[1634] Cientos de emisoras locales y la *NBC* entre las grandes cadenas se niegan a aceptar el acuerdo. El País, 30/3/98-

encontrarían inadecuados y en los que se recomienda una mayor vigilancia de los padres para que los menores de 14 años no vean solos estos programas por incluir intensa violencia (V), intensas situaciones sexuales, repetido uso de un lenguaje grosero (L), o diálogos muy explícitos (D); programas sólo para audiencias maduras (TV-MA), programas para adultos, inapropiados para los menores de 17 años por contener violencia (V), actividad sexual explícita(S), lenguaje indecente (L).

Con estos precedentes, el estudio encargado por la Comisión Europea parte de la definición del *control parental* como el poder y la capacidad del padre o responsable de controlar lo que los menores reciben a través del aparato de televisión, especialmente cuando no están presentes o no pueden supervisar la recepción. Rechaza que estas medidas puedan suponer una forma de censura, pues el control se confía al usuario, pero en cuanto que está en juego el derecho del niño a recibir información y entretenimiento, propugna un equilibrio entre los distintos derechos e intereses en presencia, conforme a la interpretación jurisprudencial del art. 10 del Convenio Europeo. En este sentido se recuerda la diversidad de concepciones culturales en los países miembros y el punto de partida europeo que distingue entre el derecho de los adultos a todo tipo de mensajes (salvo los que sean atentatorios a la dignidad humana) y los mensajes potencialmente dañosos para los menores, cuya difusión debe ser ordenada para impedir su recepción por los menores. Un planteamiento distinto del norteamericano que da un tratamiento global a estos problemas: la Ley de Telecomunicaciones de 1966 penaliza la transmisión de material obsceno o indecente, impone la codificación de los canales de cable que difundan programas clasificados para adultos y habilita a las familias para bloquear los mensajes que puedan resultar obscenos, indecentes o violentos[1635].

El estudio concluye la imposibilidad técnica de implantar en Europa el *V-chip*, tal como se ha concebido en América del Norte[1636] y propone desarrollar un sistema con semejante finalidad para la emergente televisión digital[1637]. En el periodo de transición se propone fomentar el desarrollo de las guías electrónicas de programación, conforme un nuevo estándar abierto[1638], de modo que puedan ser recibidas tanto en los nuevos receptores analógicos, como mediante descodificadores digitales.

En cuanto a los sistemas de clasificación, el estudio rechaza el sistema de monopolio del modelo americano, confiado al acuerdo de las asociaciones empresariales, y, en vistas a las posibilidades que la tecnología digital ofrece, propone un sistema

[1635] Sobre el tratamiento de la obscenidad en el derecho norteamericano, véase **Muñoz Machado, S.** *Servicio público y mercado. III La televisión*, op. cit., pp. 247-248.

[1636] En el sistema norteamericano los códigos se transmiten utilizando la línea 21, campo 2, del Intervalo Vertical de Blancos de la señal de televisión, zona reservada en el sistema NTSC para el subtitulado dirigido a los sordos, pero que en el sistema PAL utilizado en Europa se encuentra ya destinada a otros usos. En Europa podría intentarse utilizar el teletexto para transmitir estos códigos, pero el informe considera que estas soluciones nacerían ya obsoletas. Además, el estudio subraya como la simplicidad de uso le hace muy fácilmente manipulable por los menores.

[1637] La Ley 22/1999 añadió una disposición adicional 4ª a la L. 25/1994, habilitando al Gobierno, en la medida que el desarrollo tecnológico lo permita, para establecer la obligación de que los receptores incorporen mecanismos automáticos de desconexión y exigir a los servicios de televisión la inclusión de los códigos que permitan activar estos mecanismos, a voluntad del receptor. Puesto que la norma se remite a las posibilidades técnicas, parece claro que habrá de esperarse al desarrollo de un estándar europeo para la televisión digital.

[1638] Podría utilizarse para ello las facilidades que ofrece el actual teletexto.

pluralista. A las clasificaciones ofrecidas por productores, programadores y emisores se sumarían las realizadas por asociaciones de telespectadores o por empresas dedicadas específicamente a este fin. El estudio prefiere un sistema centralizado de descripción de contenidos conforme al cual cada productor o programador etiquetaría transparentemente su programa, que sería luego valorado y recomendado por asociaciones y empresas independientes ajenas al proceso producción-programación-emisión, con criterios basados en opciones religiosas, morales o de identidad comunitaria o cultural. Para el estudio, como el caso de Internet demuestra, la actividad de tratamiento de la información, las empresas dedicadas a los *meta datos*, son muy rentables, lo que no sería óbice para que, para garantizar su independencia de los programadores y emisores, estas organizaciones dedicadas a clasificar los programas tuvieran subvenciones públicas. La orientación e identidad de estas organizaciones debiera ser transparente y garantizada por las autoridades de regulación. Donde, por unas u otras razones, existiera un monopolio de hecho (normalmente de las organizaciones de autorregulación del sector) la supervisión pública debiera de ser más enérgica. El estudio también aboga por unas valoraciones y recomendaciones que no se basen exclusivamente en la existencia de contenidos violentos o sexualmente explícitos y tengan en cuenta elementos positivos a la hora de recomendar los programas a un determinado rango de edades. Y para evitar que el sistema degenere en mecanismos de censura privada se propone que los programas de servicio público, como la cobertura electoral o los informativos, no se sometan a clasificación. Tanto las descripciones de los programadores, como las clasificaciones de estas organizaciones independientes debieran estar incorporadas electrónicamente a los programas para ser eficaces, de modo que una decisión debe tomarse por el legislador sobre qué clasificaciones y en qué condiciones deben incorporarse al programa.

Los nuevos sistema de control parental no eliminan la responsabilidad de programadores y emisores. En este sentido, el citado estudio se pronuncia por mantener el actual sistema de diferenciación de horarios y advertencias visuales y auditivas, que podrían ser coordinadas a nivel comunitario (por ejemplo, con la introducción de iconos semejantes). La diferenciación de horarios podría suavizarse en el caso de las Programaciones recibidas previa suscripción, en cuanto que suponen ya una elección consciente por parte de los padres. Ni el más perfecto sistema de control parental excluye la responsabilidad de los radiodifusores, que pueden ser exigidas judicialmente y supervisadas por las autoridades independientes de regulación. El estudio recomienda, por último, que cualquier sistema de control parental vaya acompañado de campañas de educación y sensibilización. Campañas dirigidas a los padres para que asuman su responsabilidad y comprendan mejor el funcionamiento del sistema; campañas dirigidas a los niños para que comprendan la importancia e influencia de los mensajes audiovisuales en sus vidas y entiendan mejor las opciones de sus padres y educadores.

Como se ve, las nuevas posibilidades técnicas obligarán a adoptar medidas para establecer un eficaz control por parte de padres y responsables. Muchas son las opciones por las que decidir y de ellas depende que el sistema favorezca eso que llamamos pedagogía de la libertad o siga sirviendo exclusivamente a los intereses de la industria audiovisual. Así ha ocurrido en muchas de las experiencias de autorregulación para garantizar la protección de los menores. Citaremos exclusivamente el caso español. El Ministerio de Educación promovió un acuerdo de autorregulación de todas las cadenas para la protección de los menores, suscrito el 26 de abril de 1993. La declaración se

configura como un marco de objetivos que cada cadena *"dentro de su libertad e independencia"* puede alcanzar por los medios que considere más adecuados Su contenido es muy breve y puede reproducirse casi íntegramente:

Primero.- Favorecer en la programación infantil y juvenil los valores de respeto a la persona, de tolerancia, solidaridad, paz y democracia.

Segundo.- Se cultivará el potencial educativo de la televisión

Tercero. Se evitará: a) la violencia gratuita (*"En relación con la violencia y la discriminación, no se puede ignorar que vivimos en un mundo en el que, por desgracia, existe. No se trata de ocultar la violencia sino de presentarla como merecedora de no ser imitada."*); b) los mensajes que impliquen discriminación; c) el consumo de productos perniciosos para la salud; d) escenas de explícito contenido sexual que puedan afectar seriamente a la sensibilidad de niños y jóvenes (en los programas infantiles y en los cortes publicitarios); e) lenguaje indecente o uso incorrecto de la lengua. Las cadenas advertirán en horario infantil de escenas de violencia o sexo.

Desde el momento de su firma las cadenas privadas, especialmente Telecinco, cuestionaron el contenido del acuerdo y defendieron que las obligaciones de los emisores públicos debía ser más estrictos que los de los privados[1639]. Se trata de un planteamiento errado e interesado. Justamente, este respeto de los menores constituye característica esencial de la *Programación básica*, que emisores públicos o privados deben prestar en las mismas condiciones, al menos cuando se trate de Programaciones abiertas y generalistas. Otra cosa es que los programadores y emisores públicos deban asumir obligaciones adicionales en lo que se refiere a programas de especial contenido educativo. Sea como fuere, el hecho es que el citado acuerdo de autorregulación ha resultado papel mojado, como se pudo constatar en las audiencias de la Comisión Especial del Senado[1640] y en los estudios empíricos[1641]. El fracaso de este intento no quiere decir que la autorregulación no pueda ser un modo valido de protección de los menores. Nos remitimos al estudio de los sistemas de autocontrol, en la siguiente sección de este capítulo. Recordar aquí como la nueva disposición adicional tercera de la Ley 25/1994 (añadida por la L. 22/1999) recoge el compromiso de los poderes públicos de promover el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, que sin duda podrán tener un papel importante en la protección de los menores.

En resumen, los sistemas de protección hasta ahora utilizados tienen todavía utilidad, pese a sus muchas lagunas. Las nuevas posibilidades técnicas abren el horizonte de sistemas más perfeccionados para que los padres y educadores puedan controlar y seleccionar los mensajes audiovisuales que reciben los menores. Son estas exigencias de una *Programación básica*, común a programadores-emisores públicos y privados. Pero en lo que apenas se ha avanzado es en explotar todas las potencialidades educativas de los mensajes audiovisuales. Unas mínimas obligaciones positivas forman parte también de las

[1639] En este sentido, declaraciones de Valerio Lazarov, El País, 28/4/98.

[1640] Así lo reconoció la entonces ministra de Asuntos Sociales, Cristina Alberdi, op. cit., p. 9.

[1641] El estudio de CEACCU, op. cit., p. 47, de la semana del 20 al 26 de octubre de 1997, comprueba incumplimientos generalizados en todas las cadenas, aunque menos numerosos en TVE.

exigencias que comporta una *Programación básica*. Más allá de unas obligaciones comunes para programadores públicos y privados, los públicos deben de asumir compromisos más rigurosos en esta materia, y los poderes públicos deben promocionar la producción, programación y emisión de estos contenidos, que no resultan rentable para el mercado[1642].

[1642] Como pone de manifiesto **Serrano, M.**, op. cit., p. 92 *"...Los anunciantes tienen poco interés por los programas educativos para niños, prefieren que las audiencias infantiles sean receptoras de mensajes relacionados con juguetes u otros productos similares y dirigir sus esfuerzos a programas de entretenimiento que puedan ser vistos tanto por niños como por adultos".* Además, en el mercado de derechos audiovisuales es práctica común la compra por *paquetes*, en los que, frecuentemente, los programas infantiles son un subproducto.

2. Responsabilidad y garantías

En la primera sección de este capítulo hemos confrontado la libertad de programación con la libertad de recepción. De la armonización de ambas libertades resulta un contexto institucional, marco para el ejercicio de la libertad de programación. El que la libertad de programación requiera de instituciones de transparencia, fomento, regulación de la publicidad o protección de los menores como garantía de la libertad de recepción o que los poderes públicos deban suministrar a los sujetos receptores una *Programación básica* o una *Programación de servicio público* no impide que los distintos sujetos puedan, ejerciendo la libertad de programación en cualquiera de sus modalidades, incurrir en responsabilidad al lesionar derechos o intereses legítimos de terceros. Y, a su vez, la existencia de un marco institucional no excusa de adoptar garantías específicas para las diversas facultades que comporta la libertad de programación. A ambos extremos, responsabilidad y garantías, se dedica esta sección.

No se trata aquí de examinar toda la problemática que plantea la responsabilidad, penal, civil o administrativa, en general, ni siquiera de modo exhaustivo en los medios audiovisuales. Recordemos que en los medios audiovisuales existen mayores dificultades para establecer si un mensaje tiene o no efectos lesivos para derechos o intereses legítimos. Así, resulta muchas veces difícil determinar si en un mensaje audiovisual están presentes los elementos del supuesto de hecho de tipos penales como los de injurias y calumnias, concebidos para mensajes verbales. Pero de lo que no cabe duda es de que cuando los mensajes audiovisuales lesionan derechos o intereses legítimos lo hacen de una manera más amplia, dado el carácter masivo de la audiencia, y con unos efectos más intensos, por el especial poder de la imagen. De ahí la enorme alarma social que pueden ocasionar algunos mensajes audiovisuales. Clásico también es el problema de la inadecuación de la cadena de atribución de responsabilidad penal a los medios audiovisuales. Problema que se complica más en relación con la libertad de programación, pues ya no estamos sólo en un marco jerárquico empresarial, en el que los editores son los responsables últimos de los mensajes, sino que también los profesionales participan de ese poder editorial y tanto ellos, como los individuos o grupos pueden difundir en determinadas circunstancias sus propios mensajes sin sometimiento al poder editorial empresarial.

A la delimitación de la responsabilidad penal entre los distintos sujetos de la libertad de programación dedicaremos un apartado. Otro a la responsabilidad en que pueda incurrirse por violación del marco protector de la libertad de recepción y a la exigencia de responsabilidad interna, tanto jurídica como otra social más difusa, que pueda exigirse al interno de los sujetos públicos. Atención especial requieren los sistemas de autocontrol, en cuanto superación de la rigidez del heterocontrol para proteger los derechos e intereses del público. Y por último consideraremos los sistemas de desarrollo y garantías que requeriría la libertad de programación para hacerse real.

Pero antes de desarrollar estos temas que considero relevantes para la libertad de programación conviene hacer algunas reflexiones sobre la delimitación de las clásicas

responsabilidad penal, civil y administrativa; reflexiones quizá obvias, pero que no está mal recordar como introducción a los temas más específicos abordados en esta sección.

La difusión de mensajes puede dañar los intereses o derechos de terceros. La intromisión o perjuicio puede estar justificado en determinados supuestos -como vimos al tratar del problema de los límites en el capítulo 1º, 5.6- por el carácter prevalente del derecho de la información, o cuando el derecho fundamental que se invoque como lesionado no proteja el ámbito en el que se ha producido la intromisión de los mensajes. Cuando la injerencia sea ilegítima puede dar lugar a responsabilidad civil o penal. Puede que esta lesión sea de menor entidad o tenga un carácter difuso y no suponga un atentado contra el orden de convivencia que la comunidad considera imprescindible, pudiéndose reparar el daño satisfactoriamente por los mecanismos de composición que ofrece la llamada responsabilidad civil. En los casos en los que la lesión es de tal gravedad que se estima que, superando las relaciones entre particulares, se ve alterada la convivencia es la propia sociedad esa responsabilidad se exige por la vía más enérgica de la responsabilidad penal. En nuestro ordenamiento la reparación de los derechos de la personalidad puede obtenerse por vía civil (L.O. 1/1982) o por vía penal, que será preferente (art. 1.2 de la citada L. O.) no ya sólo por su mayor efectividad (como indica su Preámbulo), sino por el carácter indisponible de la misma.

La libre difusión de mensajes por los medios audiovisuales, esto es el ejercicio de la libertad de programación, puede dar lugar a responsabilidad civil o penal, sin otras peculiaridades que la mayor amplitud o intensidad de la conducta ilícita. Pero la infracción de la ordenación del medio, establecida tanto para hacer posible el ejercicio efectivo de la libertad de programación como la protección de la libertad de recepción, también es digna de represión, pero por la vía de la exigencia de responsabilidad administrativa. Los poderes públicos no pueden desentenderse y deben proteger eficazmente la ordenación de los medios audiovisuales facilitadora del ejercicio armónico de las distintas facultades que el derecho a la información comporta. Existen conductas, por ejemplo emitir sin la preceptiva licencia o concesión, que son una pura infracción de esa ordenación, mientras que otras, como por ejemplo emitir contenidos para adultos en horario infantil, al infringir una regulación pueden lesionar también derechos fundamentales de los sujetos receptores. En estos últimos casos creo que no se deben tipificar penalmente estas infracciones: si han dado lugar a lesiones concretas estas debieran subsumirse en los tipos penales existentes.

Resulta desmesurado e inconstitucional reforzar una ordenación administrativa, por naturaleza contingente, con una protección penal. Es lo que ocurría, por ejemplo, en el antiguo tipo de impresos clandestinos del art. 165 bis a) del Código penal, hoy afortunadamente derogado. La doctrina ha reservado para este tipo de delitos la denominación de delitos informativos, en contraste con los delitos cometidos a través de los medios informativos, en los que la lesión viene ocasionada por el mensaje[1643]. Pues

[1643] **Cousido González, Mª Pilar**, *"Los delitos de opinión y expresión en el marco de la actividad televisiva" en Derecho Europeo del Audiovisual*, op. cit., p. 1023. La autora (pp. 1031-1032) clasifica los delitos cometidos a través de los medios informativos contenidos en nuestro Código Penal en las siguientes categorías: 1) la provocación y apología del delito, en general, y específicamente la provocación al odio, la discriminación, la violencia; 2) los ataques a la intimidad, e honor, la vida privada, la imagen y los tipos cualificadas donde los lesionados sean autoridades; 3) los ataques contra la libertad; 4) los ataques contra la propiedad; 5) los ataques contra la seguridad y defensa nacional.

bien, esos llamados delitos informativos, consistentes, en definitiva, en la violación de la ordenación del medio, deben ser reducidos a su carácter de infracción administrativa. Otra cosa sería un resabio autoritario.

Y, en fin, cualquier sistema de exigencia de responsabilidad debe suponer un control *a posteriori* de la difusión, pues lo contrario supondría instaurar una censura inconstitucional.

2.1. Atribución de responsabilidad

La responsabilidad penal está sujeta al principio de culpabilidad: en los términos del actual Código Penal (art. 10) son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley. La voluntariedad[1644], que se exige de cualquier conducta humana para ser penada, supone la participación libre, ya sea querida y maliciosa, ya sea meramente negligente, en la acción lesiva. Para nuestro ordenamiento son responsables tanto los autores -esto es, los ejecutores materiales, los inductores y los cooperadores necesarios- como los cómplices -es decir, los que cooperan con hechos anteriores o simultáneos, pero no imprescindibles para la acción[1645]. Si determinar la responsabilidad criminal exige analizar los distintos grados de participación en la acción comunicativa, ello nos lleva a replantear desde una nueva perspectiva el problema de la titularidad de la libertad de programación. En otras palabras, si se es titular y se ejerce la libertad de programación se será responsable penalmente; pero, a su vez, si se es responsable no podrá negarse que el sujeto es titular de la libertad de programación.

Desde el pasado siglo, la experiencia demostró que aplicar sin más la reglas comunes de autoría penal a la comunicación mediante la imprenta suponía incriminar injustamente a una pluralidad de sujetos, con la consecuencia de introducir un factor de desconfianza en el proceso que terminaba por hacer imposible el ejercicio de la libertad de expresión. Y si esto es así para un proceso relativamente sencillo y estructurado como es el de la difusión de mensajes impresos, mucho más lo será cuando se trate de mensajes audiovisuales, cuya difusión masiva supone procesos de creación colectiva y se realiza en un complejo marco en que distintas empresa interactuan.

En los medios de comunicación el principio, pues, tradicionalmente se ha limitado la responsabilidad criminal a los autores principales, directos y efectivos del mensaje. Pero como estos pueden ser desconocidos o no resultar responsables (por ejemplo por gozar de inmunidad parlamentaria), para que el hecho no quede impune la responsabilidad se traslada a otros sujetos que han participado en la difusión y a los que también se considera autores. Es el mecanismo conocido como responsabilidad en cascada, por el se que atribuye escalonada y excluyentemente ésta a sujetos que han participado más o menos directamente en la difusión con una influencia decreciente sobre el contenido del

[1644] Desde 1848 hasta 1983 nuestros Códigos Penales definieron los delitos o faltas como acciones u omisiones voluntarias.

[1645] Arts. 27, 28 y 29 del Código Penal. En encubrimiento deja de ser un grado de participación y se convierte en delito autónomo en el art. 451.

mensaje[1646]. Autores, directores de la publicación, editores e impresores han sido los clásicos escalones de esta cascada. Autores y directores conforman el contenido de los mensajes, mientras que los editores pueden controlarlo, pero son, sobre todo, junto con los impresores simples eslabones imprescindibles de la difusión. La responsabilidad en cascada ha sido siempre denostada por profesionales y empresas informativas, pero lo cierto es que, al menos en su origen, haciendo abstracción de su configuración concreta en cada sistema, supone un verdadera privilegio[1647], pues de otra manera y por la vía de exigir responsabilidad a los cómplices, la incriminación se extendería como una mancha de aceite a todos los que de una u otra manera hubieran tenido alguna relación con el mensaje criminal. En otras palabras, se pretende individualizar y limitar subjetivamente la responsabilidad penal y al mismo tiempo garantizar que el delito no quede impune.

En la cascada la responsabilidad no se atribuye tanto por haber participado en la determinación del contenido del mensaje como por haber cooperado a su difusión. Así, parte de la doctrina[1648] ha buscado su fundamento en la llamada *culpa in vigilando*, pues se, dice, se atribuye responsabilidad sobre actos de otros que debieran haber sido vigilados. La interpretación objetivista, que es la que primó en nuestro ordenamiento preconstitucional, resulta inadmisible. La cascada no puede ser, en los términos de la STS de 24 de noviembre de 1989, una *lotería criminal*, y en consecuencia, nuestra jurisprudencia ha moderado su aplicación, exigiendo dolo o culpa para la incorporación de la persona al círculo de los responsables, que jamás puede serlo automáticamente, por el mero hecho de que el verdadero autor sea desconocido, esté fuera de España o se encuentre exento de responsabilidad[1649].

Por su propia naturaleza, el mecanismo de la cascada busca individualizar la responsabilidad; por su origen decimonónico, el proceso que el legislador tiene *in mente* es el relativamente sencillo e individualizado de la prensa y la imprenta. Por ambas razones la cascada penal se comparece mal con el más complejo y colectivo proceso de creación y difusión de los mensajes audiovisuales.

Todos estos problemas se manifiestan en la actual regulación de la cascada en el art. 30 de nuestro Código Penal. Comienzan éstos en la misma terminología de los medios a los que afecta el mecanismo: *"medios o soportes de difusión mecánicos"*. No puede decirse, desde luego, que, literalmente, la radio o la televisión sean medios de difusión mecánicos ni que usen soportes mecánicos. Terminología poco afortunada que debe traducirse por medios de comunicación, medios de reproducción o difusión masiva, como se desprende no sólo de los orígenes de la institución, sino de las menciones a publicaciones, programas, empresas editora, emisora o difusora.

[1646] En la fórmula del art. 30.3 de nuestro Código Penal el supuesto para exigir la responsabilidad al escalón siguiente es que no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en el anterior: *Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en el algunos de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra los mencionados en el número inmediatamente anterior".* La extinción de la responsabilidad penal viene regulada por los arts. 130 y ss. del Código Penal.

[1647] **Quadra-Salcedo, T.**, op. cit., p. 795, nota 21.

[1648] Véase síntesis de **Carreras, L.**, op. cit., pp. 114-115.

[1649] SSTS 25/11/88,16/5/89, 5/12/89, 12/2/90, 31/1/92, todas ellas interpretando los arts. 13 y 15 del anterior Código Penal.

La responsabilidad se circunscribe a los autores, excluyendo a los cómplices y a los que hubieren favorecido el delito personal o realmente. Y como autores responden *"de forma escalonada, excluyente y subsidiaria"* los autores propiamente dichos, los directores de publicaciones y programas, los directores de las empresas difusoras y en último término los directores de las empresas de soportes.

El primer escalón de responsabilidad corresponde a *"los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo... y quienes les hayan inducido a realizarlo"*. Redactar el texto o producir el signo parecen agotar las actividades de creación simbólica en lo que parece una remisión a la dicotomía mensajes escritos y audiovisuales. El autor del texto puede ser, en términos generales, mucho más fácilmente determinable que el autor del signo. El autor del texto puede estar identificado por una firma personal, aunque ella no sea garantía suficiente de autoría, pues ha podido ser empleada sin su permiso o con éste, pero sin una verdadera participación en la redacción. La firma colectiva nos remite a la responsabilidad de todos los que han participado en la redacción. Y la redacción periodística plantea no sólo el problema del encargo y la aprobación última por parte de encargados editoriales, sino incluso el de la redacción de los elementos más llamativos (titulares, *ladillos*, *leads*) que acompañan al texto firmado, pudiendo incluso desnaturalizarlo y por incurrir en simplificación constituir los elementos verdaderamente delictivos. En tal caso, correspondería delimitar las respectivas autorías y responsabilidades. En cuanto a los artículos editoriales, el hecho de carecer de firma no quiere decir que no pueda identificarse a su autor.

No resulta tan nítida la determinación del autor del signo. La obra plástica, la obra artística, es el paradigma de la obra individual, pues aunque en ella se produzca la participación de sujetos distintos al artista, es ésta auxiliar, no creativa, predominando la impronta del artista. Pero éste no es el caso de los mensajes audiovisuales. Insistimos ya sobradamente en el carácter colectivo de las obras audiovisuales en el capítulo 3ª , 1.6.1. Para saber quién es el responsable, quién es el autor del signo, corresponde diferenciar en primer lugar las participaciones creativas de las participaciones meramente auxiliares; estas últimas, aportaciones meramente mecánicas quedan excluidas del concepto de autoría. En cuanto a las diversas aportaciones creativas, todas ellas finalmente se funden en una obra nueva. Autor, a los efectos de imputar responsabilidad, es el sujeto que decide como se engarzan los distintos elementos, establece el peso de cada uno de ellos y determina, en definitiva, el contenido final del mensaje[1650]. Su papel relevante suele reflejarse en una identificación también destacada en los llamados títulos de crédito. Puede ser identificado como director, realizador, reportero-redactor. Las denominaciones no son siempre claras. Los identificados en las obras unitarias de ficción como director o realizador serán casi con toda seguridad los responsables últimos. Los guionistas, en cambio, no serían responsables por mucho que hayan aportado la historia y el texto base para realizar la obra[1651]. Tampoco directores de fotografía, operadores de cámara o

[1650] La Ley de Propiedad Intelectual puede aportar criterios interpretativos, pero su concepto de autoría es distinto. En el Derecho de la Propiedad Intelectual se trata de delimitar aportaciones diferenciadas susceptibles de protección, por mucho que se fundan en una obra nueva, que merecerá también su propia interpretación. En la cascada penal se trata de individualizar al autor último en el que se concentra un poder al que se vincula una culpabilidad.

[1651] Establece el art. 30. 2 1º CP una alternativa: responden en el primer escalón de la cascada *"los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo"*. Mi interpretación es que resulta responsable en los mensajes escritos el redactor

montadores aunque sean los productores del signo. Menos transparentes resulta la identificación en otros programas de televisión. En las noticias y reportajes audiovisuales este responsable será -siempre en defecto que se pruebe otra cosa- quien aparezca como redactor o reportero, teniendo normalmente el realizador un papel subordinado. Redactores o reporteros son responsables no por redactar el texto, sino por ser los que dan forma al conjunto de elementos que conforman la noticia o reportaje. En el resto de los programas no informativos el responsable último suele ser quien aparece identificado como director, siendo el realizador simplemente el responsable de la puesta en imágenes, pero sin control en los contenidos. Caso muy especial es el de la series de ficción. Las denominaciones tampoco son homogéneas, pero los que aparecen como directores o productores ejecutivos son los que en último término deciden sobre los contenidos de cada uno de los capítulos. En mi opinión, por tanto, excluidas informaciones y obras unitarias de ficción el responsable es el que aparece como director del programa, por lo que el primer y el segundo escalón de la cascada quedarían reducido a uno: el director sería el primer nivel en cuanto autor último, o, si se prefiere, se estimaría que no existe autor, imputándose la responsabilidad al director en su defecto.

Introduce el Código de 1995 una importantísima novedad al considerar expresamente responsable al inductor, respecto a la fórmula de los Códigos anteriores que calificaban como autores en primer grado a los que lo fueren del texto, escrito o estampa. Esto supone incriminar como autores de primer grado a los responsables editoriales intermedios, que son los que, tanto en prensa, como en los medios audiovisuales, realizan los encargos a los autores, ya sean éstos trabajadores dependientes o profesionales independientes. De modo que, salvo en los supuestos de comunicación individual, en los que se usen medios de difusión masiva o en los que se de un acceso a los medios de comunicación, el autor incriminado será doble: el autor del mensaje y el responsable editorial que lo encargó[1652]. Entiendo que la responsabilidad de estos encargados editoriales intermedios debiera haber dado lugar a un segundo escalón, posterior al del autor del mensaje, o, mejor todavía quedar subsumida en la del director de la publicación o programa.

El segundo escalón de la cascada es el de los directores de la publicación o programa. En defecto de los autores se considera responsables a los que han tenido el poder último de decidir la difusión del mensaje. Esto es claro en las publicaciones periódicas, pero no tanto en los programas de radio y televisión. En nuestro ordenamiento el director de la publicación periódica tiene reconocido su derecho de veto sobre la difusión de los originales, incluso frente a la empresa editora[1653]. La atribución por una norma de este poder sienta ya una presunción *iuris tantum* a favor del dolo o la culpa personal del director, que, como vimos, exige nuestra jurisprudencia para aplicar la responsabilidad en

del texto, mientras que lo es en los mensajes audiovisuales el productor del signo, sin que en estos se pueda considerar simultáneamente al productor del signo y al redactor del texto en cuanto que el texto queda embebido en lo que el Código llama el signo.

[1652] En los programas no informativos este inductor por encargo será normalmente un productor.

[1653] El art. 37 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 no ha sido derogado, aunque toda la ordenación de la prensa se haya visto profundamente modificada y, en concreto, el régimen de las empresas periodísticas, establecido en el capítulo III de la Ley Fraga haya sido derogado por la Ley 29/1984, de 2 de agosto, por la que se regulaba la concesión de ayudas a empresas periodísticas y agencias informativas. El derecho de veto del art. 37 suponía dotar de un poder último al director, básicamente frente a la empresa editora, como contrapartida a ser el centro de todas las responsabilidades.

cascada. No es así en los programas, donde el director no tiene reconocido poder alguno de veto, aunque de hecho pueda ejercer ese control último; por tanto, habrá de probarse cual es la participación real del director, si tiene o no ese control último y si, en definitiva, existe culpabilidad personal, ya sea por dolo o negligencia, en la difusión de los mensajes delictivos. En los programas informativos, compuestos por unidades informativas distintas y atribuibles a autores diferenciados, la función del director es muy semejante a la director de una publicación. No así, como hemos visto anteriormente, en el resto de los programas, en los que el director es el propio autor.

El tercer escalón es el de los directores de la empresas difusoras. Se refiere el Código a las empresas editoras, emisoras y difusoras, resultando el último de estos términos compresivo de los otros dos. Empresas editoras no son sólo las de prensa, sino también las de obras multimedia. A qué deba entenderse por empresas emisoras me referiré inmediatamente, al enfrentar la cascada con los sujetos de la libertad de programación. En este nivel de la cascada resulta cada vez más difícil establecer una culpabilidad personal: la responsabilidad se atribuye por poner al servicio de la difusión de los mensajes delictivos toda una organización empresarial. Resulta mucho más difícil apreciar ese dolo o culpa que exige, como vimos, nuestra jurisprudencia, aunque en sentencias en las que la cascada se agotaba en el director de la publicación periodística. La conexión personal viene dada por la elección, justamente, del director de la publicación o programa. Estamos, por tanto, en un supuesto de *culpa in eligendo*.

El último eslabón lo constituyen los directores de las empresas reproductoras de soportes, ya sean impresoras o grabadoras. En este caso la culpabilidad puede fundamentarse en la aceptación del encargo, aunque en la mayoría de los casos estos responsables podrían alegar que desconocen los contenidos concretos de los mensajes que aceptan reproducir.

¿Cómo encajan los sujetos de la libertad de programación en esta peculiar forma de imputación penal?. En primer lugar cabe señalar una correlación entre las distintas etapas de la comunicación audiovisual y los escalones de la cascada. Los escalones 1º y 2º (autores de texto o signo y directores de publicaciones o programas) corresponden a las fases de producción-programación, el 3º (directores de editoras o emisoras) a la fase de emisión y el 4º (directores de empresas de reproducción) a la fase de transmisión. En la producción-programación participan sujetos profesionales y los que -en el capítulo 3º, 1.4- denominamos sujetos participativos. En las fases de emisión y transmisión el protagonismo corresponde a los sujetos empresariales y, por tanto, sobre ellos recaerá la responsabilidad.

Responsables en el primer escalón de la cascada, como autores del texto o del signo, serán:

- Profesionales dependientes de una empresa de programación (que puede serlo también de producción y emisión) que actúan por encargo y se ven sometidos a un control editorial.
- Profesionales independientes, cuyos trabajos son contratados por una empresa de programación;

- Profesionales con responsabilidades editoriales que encargan y controlan los contenidos, incorporados al círculo de responsabilidad por la nueva redacción del Código Penal.
- Sujetos que participan en los programas de modo espontáneo o solicitado por profesionales o responsables editoriales como protagonistas, testigos o especialista o dentro de los que llamamos programas de acceso general. En estos supuestos, los mensajes delictivos consistirán en las manifestaciones de estos sujetos. El derecho francés[1654] limita acertadamente la responsabilidad a estos sujetos, sin descender a escalones inferiores de la cascada, cuando su participación se produzca en programas en directo, sin grabación previa, y, por tanto, sin posibilidad de que los directores del programa ejerzan un control sobre el contenido. Nuestra jurisprudencia[1655], referida al medio prensa, considera que forma parte de la diligencia exigida al director de la publicación la identificación de estos sujetos participativos, por ejemplo en el caso de las cartas al director, y en caso contrario, de resultar imposible establecer su identidad, resultará responsable el director para que no se creen espacios inmunes. Por tanto, puede concluirse que la identificación ha de ser una condición para esta forma de participación y acceso y que sería bastante para excluir la de los siguientes sujetos, en la medida en que estos casos la organización editorial no puede ejercer un control eficaz.
- Sujetos que ejercen el derecho a la contestación, en cualquiera de sus formas[1656]. Puesto que su acceso se produce por imperativo legal, sin que la contestación pueda ser modificada, la responsabilidad en cascada debe quedar circunscrita a los que responden.
- Sujetos que ejercen el derecho de acceso en campaña electoral;
- Sujetos que ejercen el acceso en representación de entidades o grupos representativos. En este supuesto, lo mismo que en el anterior, la responsabilidad sigue siendo personal del sujeto que hace las manifestaciones, es autor del texto leído o de la imagen. Pero como en todos los supuestos de acceso existe una ruptura con la normal cadena de poder editorial, mi propuesta es que, a la hora de regular estas manifestaciones del derecho de acceso se reordene la cascada. Responsable en primer término debiera ser el autor, pero en lugar del director del programa y del director de la emisora debieran ser responsables en los dos siguientes escalones el director de la obra audiovisual mediante la que se produzca el acceso; en tercer lugar un responsable de la entidad que ejerce el acceso, que ésta debiera identificar previamente; el cuarto escalón seguiría siendo el director de la empresa de reproducción utilizada por la entidad que ejerce el derecho de acceso.

En el segundo escalón de la cascada nos encontramos al director del programa. El primer problema que se plantea es la falta de regulación legal de la figura del director. Para que el director de un programa ocupe este lugar preferente de atribución de responsabilidad debiera de estar investido de un poder de veto sobre cualquier tipo de contenidos incluidos en el programa. Difícil también resultará en la práctica establecer el

[1654] Art. 93.3 de la Ley de 29 de julio de 1982, véase **Derieux, E.**, op. cit., p. 377.

[1655] **SSTC 1571983, 336/1993, 3/1997**.

[1656] El art. 8.2 del Convenio de Televisión Transfronteriza ordena que, para facilitar el ejercicio del derecho de réplica, las emisiones identificarán a intervalos regulares al radiodifusor responsable del servicio de programas.

director en todos aquellos mensajes, como la publicidad, promociones y continuidad, que no se encuentran integrados en un específico programa, con la peculiaridad, además de que en estos casos el autor en sentido estricto resulta mucho más difícil de determinar. De modo que en la mayor parte de estos supuestos la responsabilidad puede terminar recayendo sobre el tercer escalón. Entre los directores de los programas debemos incluir los programadores independientes. Discrepamos a este respecto de Quadra-Salcedo[1657] que considera a estos sujetos como primer escalón de la cascada en cuanto que controlan efectivamente los contenidos que se difunden. El programador independiente conjunta en uno o varios programas mensajes audiovisuales que pueden tener su propio autor bien diferenciado; la función de los programadores independientes es la misma que la del director y, por tanto, debe responder en segundo lugar. Y, finalmente, creo que debe excluirse de responsabilidad en grado de director del programa a los profesionales que pudieran participar del poder editorial a este nivel de programa, siempre que, como se propone, el director conservara un poder de veto sobre los contenidos.

En tercer lugar, y a falta de los anteriores, la responsabilidad se imputa al director de la emisora. Esta figura requiere también de clarificación. En el terreno de la radio y la televisión clásicas habría que empezar por distinguir entre emisora, canal y cadena. En la radio y televisión digital un solo vector puede ser vehículo de múltiples Programaciones. Además, las empresas de telecomunicaciones o de satélite por cable que ofrecen servicios de transmisión pueden ser también empresas emisoras en cuanto que escojan un conjunto de Programaciones. En esta línea cabe citar la disposición adicional quinta incorporada por la Ley 22/1999 a la Ley 25/1994, que ordena la identificación del responsable editorial de los canales ajenos (Programaciones diríamos nosotros) difundido por operadores de acceso condicional o de redes de telecomunicaciones[1658]. Tal responsable editorial lo será en concepto de director de la emisora. Todos estos problemas se simplificarían si esta responsabilidad del director de la emisora se sustituyera por la del director de Programación, responsable último de todos los contenido de una programación, figura que requeriría de regulación. Para no desvincular este tercer escalón de responsabilidad de los máximos niveles de la empresa difusora, podría exigirse que el director de Programación fuera un consejero de la empresa emisora, de cable, de satélite o del sistema o plataforma cerrada de emisión.

Por último, nuestro Código Penal imputa la responsabilidad a los directores de las empresas de reproducción, grabadoras o impresoras. Añadiría al mismo nivel los directores de las empresas de transmisión, que se limitan a transportar las Programaciones, sin escoger éstas ni los contenidos que las conforman[1659].

[1657] **Quadra-Salcedo, T.**, op. cit., p. 795.

[1658] En el caso de retransmisiones deberá indicarse si el responsable editorial se encuentra la jurisdicción de un Estado miembro de la UE.

[1659] Al mismo nivel se encuentran las directores de empresas que ofrecen servidores en Internet. La cadena en los servicios en línea podría ser autores, proveedores de servicios y contenidos, directores de los servidores y directores de las empresas de transmisión. En todo caso es ésta una cuestión que requiere un estudio especial que tome en consideración el ámbito global de los mensajes en la red y la dificultad de aplicar los ordenamientos nacionales. Sobre la situación en Alemania y la condena del gerente de un servidor por acoger pornografía infantil, véase **Bender, Gunnar**, *"Bavaria v. Felix Somm. The pornography conviction of the former CompuServer manager"*, International Journal of Communications Law and Policy, 1, 1998.

La conclusión no puede ser otra que la de que existe una correlación entre los sujetos de la libertad de programación y los sucesivos niveles de responsabilidad penal. No tiene base objetar al reconocimiento de las distintas manifestaciones de la libertad de programación que en tal caso se constituirían zonas inmunes. Cualquiera de las formas de ejercicio de la libertad de programación examinadas pueden ser encuadradas en los supuestos característicos de la cascada. La única modificación que se requeriría sería, muy al contrario, limitar la responsabilidad en los supuestos de derecho de acceso obligatorio a los sujetos que ejercen el acceso, sin derivar ésta hacia los responsables editoriales, si es que los primeros resultarán exentos de responsabilidad. También en estos casos de acceso legalmente impuesto resultaría obligado limitar la responsabilidad civil al sujeto que ejerce el acceso[1660].

2.2. Control público y autorregulación

Examinada la correlación entre titularidad de la libertad de programación y atribución de responsabilidad, corresponde ahora hacer un planteamiento más general. Fuera de duda está que toda libertad conlleva responsabilidad. Lo que aquí nos planteamos es la cualificación de la responsabilidad asociada a la libertad de programación y desde que instancias debe exigirse.

Resulta imprescindible remitirse aquí a nuestras conclusiones sobre el problema de los límites, en el capítulo 1º, 5.5. Si la libertad de programación se ejerce en el ámbito de protección constitucional del derecho a la información, tendrá una posición prevalente frente a otros derechos invocados. Pero si se rebasa ese ámbito o si realizada la correspondiente ponderación de los derechos en presencia se llega a la conclusión de que ha existido una lesión ilegítima estaremos ante un supuesto de responsabilidad penal. Las lesiones más graves a los derechos que pueden considerarse más esenciales para la dignidad humana, como el derecho a la vida, a la libertad, los de la personalidad (en los términos delimitados por nuestra jurisprudencia constitucional), los atentados contra las normas que protegen a los menores y los mensajes que incitan al odio o la discriminación pueden tipificarse como delitos. Pero otros bienes, como la exactitud, la integridad o la calidad de las informaciones, no pueden ser protegidos por una intervención pública tan rigurosa. Y aún bienes o derechos esenciales, como los de la personalidad, especialmente el derecho a la propia imagen, difícilmente resultan reparados cuando su violación se persigue penalmente.

Más allá de la responsabilidad penal se abre un amplio espacio donde no existe un tan claro consenso sobre la posible gravedad de las lesiones ocasionados en el ejercicio de la libertades difusivas. El reproche social puede contentarse con la simple reparación de

[1660] Quien resulte responsable penalmente lo será también civilmente si se han derivado daños y perjuicios, conforme el art. 116. 1 CP. Sea el criminalmente el autor del texto o el director del signo, el art. 120.2 deriva subsidiariamente esa responsabilidad a la persona natural o jurídica titular de la empresa emisora, como ya consagraba para la prensa el art. 65.1 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, expresamente declarado en vigor por las dos sentencias del *caso Patino*, **SSTC 171, 172/1990**. Pero si se trata de los delitos de injurias o calumnia, los titulares de la emisora serán responsables solidarios, según establece el art. 212 CP. Cuando el delito constituya una intromisión en los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, para su determinación se aplicarán los criterios de la L. O. 1/1982 (art. 1.2 de la citada Ley Orgánica).

los daños mediante la exigencia de responsabilidad civil, en la línea de nuestra L.O 1/1982, siempre, claro está, que la intromisión no se halle tipificada penalmente[1661]. Pero además de una responsabilidad propiamente jurídica los titulares de la libertad de programación tienen una responsabilidad social general, concretada en la *Programación básica* debida a los sujetos receptores. La *Programación básica* tiene que ser equilibrada y diversa, pero eso no quiere decir imparcial y absolutamente neutra. Puede tener un sesgo y por tanto puede ser parcial. El límite se encuentra en aquellos supuestos en los que la parcialidad redunda en perjuicio a los derechos o intereses legítimos de terceros. Para garantizar estos derechos e intereses legítimos se puede reforzar la ordenación del medio (incluidas las normas dirigidas a favorecer el pluralismo, interno y externo, especialmente las reglas anticoncentración) con exigencia de responsabilidad administrativa cuando se vulnere esa ordenación. Y aún más allá de la exigencia de responsabilidad penal, civil y administrativa sigue quedando una amplia zona en la que los derechos e intereses de los receptores y de la ciudadanía en general se ven mal servidos, sin garantías efectivas. La exigencia de responsabilidad jurídica sigue siendo un expediente demasiado riguroso y con poca capacidad para apreciar los efectos reales originados por la difusión de mensajes audiovisuales, reparar sus eventuales daños y, sobre todo, prevenir y fomentar un ejercicio al servicio de los intereses de los receptores. Es éste el terreno abonado para la autorregulación y el autocontrol.

Cuando hablamos de autorregulación conviene deslindar términos. Puede distinguirse entre regulación-autorregulación y control-autocontrol. La regulación remite a la ordenación general del ejercicio de la libertad[1662]; el control a la exigencia de responsabilidad. La regulación se caracteriza como de naturaleza pública y externa a los titulares de la libertad; la autorregulación, como privada e interna a esos sujetos; el autocontrol[1663] como la exigencia de responsabilidad interna en el seno de los sujetos profesionales o empresariales o de sus organismos corporativos. Pero estas distinciones no son en la práctica tan nítidas.

En el marco constitucional el legislador efectúa la primera regulación del medio radiodifusión y crea las instituciones imprescindibles para el ejercicio de la libertad de programación. Pero como vimos en el capítulo 2º, 3.3.1, la concreción de ese primer marco debe confiarse a Autoridades independientes de los poderes gubernamentales, como garantía de que el poder no interferirá el ejercicio de la libertad. Estas Autoridades pueden: a) regular el medio; b) habilitar para el ejercicio de la libertad de emisión; c)

[1661] Art. 1.2.

[1662] Partiendo de que el marco de cualquier regulación de los medios audiovisuales viene dado por el poder legislativo y la jurisprudencia de los órganos constitucionales, **Holoubek, M.**, op. cit., pp. 70-82, distingue entre competencias reguladoras de: a) administración de las infraestructuras; b) regulación de acceso al mercado, tanto desde el punto de vista de la selección de los sujetos, como de los requisitos exigidos a los programas, en función de objetivos inherentes al mercado (esencialmente de fomento de la competencia) y en función de objetivos extraños al mercado (pluralismo de los mensajes); y c) supervisión del mercado en relación a la salvaguardia de los derechos fundamentales, la garantía de la competencia y la salvaguardia del pluralismo de los mensajes. En el mismo trabajo este autor considera que estas competencias de autorregulación pueden ser asumidas por órganos de autocontrol, por la administración del Estado, los tribunales y las autoridades independientes.

[1663] Para el tema del autocontrol es necesario remitirse a la obra pionera del profesor **Desantes**, *El autocontrol de la actividad informativa*, EDICUSA, Madrid, 1973, superada por supuesto en sus datos concretos, pero valida en sus análisis generales, como los elementos del autocontrol.

regular las condiciones de la *Programación básica*; d) exigir responsabilidad administrativa por la infracción de la ordenación general del medio o el contenido de la *Programación básica*. Estas Autoridades se ven a menudo como instancias de autorregulación, en la medida en que puedan estar constituidas no sólo por personalidades prestigiosas, sino también por representantes de los sujetos empresariales o profesionales. En el Seminario realizado en Viena en 1998[1664], que congregó a representantes europeos de estas instancias, se alcanzó un cierto consenso en favor de una *autorregulación regulada*: la autorregulación que se asume en un marco bien definido, que se ocupa de garantizar con flexibilidad la aplicación de los grandes principios y que tiene siempre detrás una supervisión pública y un sistema de recursos ante los tribunales. La Autoridades de regulación ya no tendrían tanto como principal competencia el otorgamiento de licencias como la regulación de contenidos. Lo que no puede un sistema de autorregulación, ni siquiera una Autoridad independiente, es suplantar al legislativo.

Las Autoridades independientes son, pues, el engarce de los sistemas de regulación pública y de autorregulación, pudiendo ser tanto órganos de regulación externa y heterocontrol, como de autorregulación y autocontrol. Más allá de estas instancias empieza la autorregulación y el autocontrol propiamente dichos. Pero, recordemos, las fronteras no son nítidas. Muchas veces se presenta como autocontrol el que ejercen los órganos internos de los sujetos emisores de naturaleza pública. Que este control es interno no cabe duda, pero desde luego no es un control privado ni voluntario, como lo es típicamente el autocontrol. La autorregulación y el autocontrol se proyecta sobre la Programación, aplicando en ocasiones la propia legalidad general y más frecuentemente los principios programáticos y las directrices deontológicas que los desarrollan.

Y, finalmente, aparece la autorregulación y autocontrol más estricto: el privado y voluntario. Pero también aquí caben distinciones. El autocontrol asumido individualmente por un sujeto empresarial, que no deja de ser un control interno, frente al externo admitido voluntariamente y aplicado por una asociación empresarial o el corporativo asumido por los sujetos profesionales.

Como intento de sistematización y sin perder de vista las matizaciones anteriores se propone la siguiente tipología de instancias de *hetero* y *auto* regulación y control:

- **Marco constitucional**: Constitución, jurisprudencia constitucional, leyes orgánicas en desarrollo del derecho fundamental a la información, incluido el reconocimiento general de la libertad de programación.
- **Regulación general**: Leyes de ordenación del medio, regulación de la *Programación básica*.
- **Regulación específica**: Desarrollo y ejecución de la legislación a cargo de una Autoridad Independiente.
- **Autorregulación**: Principios programáticos y directrices de Programación de los sujetos emisores y programadores, públicos y privados.
- **Responsabilidad penal y civil**: Tribunales de Justicia.

[1664] *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austriaca UE, Viena, 2 y 27 de noviembre de 1998.

- **Responsabilidad administrativa**: Autoridad independiente, competente en las infracciones de ordenación del medio (habilitaciones, control de la concentración y transparencia) y regulación de la *Programación básica*.
- **Control público de carácter ético**: Impuesto por la regulación a los sujetos empresariales públicos y privados y confiado a órganos cuasi judiciales de carácter público que aplican códigos éticos.
- **Autocontrol empresarial interno**: Asumido voluntariamente y confiado a órganos personales (Defensor del espectador) o colegiados (Comisiones de Quejas) de los sujetos empresariales públicos o privados.
- **Autocontrol empresarial externo**: Asumido voluntariamente por los sujetos empresariales, a cargo de órganos personales o colegiados que aplican códigos deontológicos en un marco asociativo o corporativo.
- **Autocontrol profesional**: Asumido voluntariamente (u obligatoriamente en el marco de la colegiación o como requisito de habilitación profesional), a cargo de órganos personales o colegiados que aplican códigos deontológicos en un marco asociativo o corporativo.
- **Control social**: Escrutinio informal de la conducta de sujetos programadores y emisores a cargo de asociaciones de consumidores, organizaciones de espectadores, otras organizaciones no gubernamentales en materias de su interés o fundaciones que analizan los programas y emiten informes.

Estamos ahora en mejores condiciones de analizar el objeto de este apartado: cómo resultan mejor garantizados los derechos de los sujetos receptores. Reduciremos esta reflexión a examinar los problemas que plantea la exigencia de responsabilidad administrativa por infracciones a la regulación de la *Programación básica* y a estudiar las que se suponen virtudes de las distintas instancias de autorregulación y autocontrol para la garantía de los derechos del público.

Podemos ya adelantar que el caso español resulta a estas alturas anacrónico con respecto a nuestro entorno europeo: no existe Autoridad independiente[1665], ni instancias internas de control en programadores y emisores, ni verdaderos organismos de autocontrol, si excluimos los incipientes intentos de Cataluña. No puede considerarse como tal Autoridad la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como indica Gay[1666], ni por sus funciones, centradas en el sector de las telecomunicaciones, ni por su estatuto, que no garantiza un mínimo de independencia frente al Gobierno. Estas carencias redundan en un protagonismo mayor de lo deseable de las garantías penales y civiles.

La primeras cuestiones que suscita la potestad sancionadora respecto a la ordenación de la *Programación básica* son la de jurisdicción nacional y reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Después de la última reforma, tanto la Directiva (art. 2), como la Ley 25/1994 (también en el art. 2) reafirman y precisan el criterio de establecimiento del sujeto emisor o programador para determinar la jurisdicción nacional. Se consideran establecidos en España cuando: a) tengan aquí su sede principal; o, b) que teniendo su sede en otro país de la UE, trabajen en nuestro país

[1665] Sobre los problemas de legitimación de estas instituciones, véase capítulo 2º, 3.3.1.

[1666] *"La modificación de la ley de la Televisión sin Fronteras"*, p. cit., p. 10.

una parte significativa del personal y se tomen aquí las decisiones editoriales; o, c) hayan comenzado a emitir desde España y tengan un vínculo estable con nuestra economía; d) que teniendo su sede principal en un país no miembro de la UE las decisiones editoriales se adopten en España y aquí trabaje una parte significativa del personal. En todos los casos, el único control admisible es el llevado a cabo por el Estado en el que el emisor esté establecido, sin perjuicio de lo dispuesto en caso de violación del art. 22 de la Directiva (violación de las normas de protección de los menores) [1667].

La reforma llevada a cabo por la Ley 22/1999[1668] confiere a las Comunidades Autónomas competencias de control, inspección y sanción sobre los servicios de televisión cuyo ámbito de cobertura no sobrepase sus límites territoriales y sobre los servicios que presten directamente o a los que hayan conferido título habilitante. Es ésta una lógica consecuencia del art. 149.1.27 CE que permite a las Comunidades asumir competencias en materias de desarrollo y ejecución de las normas básicas de los medios de comunicación. Cada Comunidad podrá conferir estas competencias al órgano que mejor considere. Es una lástima que la norma estatal básica no haya establecido un modelo común, que no podría ser otro que el de una Autoridad independiente autonómica, siguiendo, por ejemplo, el modelo alemán[1669].

Puesto que no existe una Autoridad independiente audiovisual a nivel nacional, lógico es que las competencias en materia de responsabilidad administrativa respecto a la que hemos denominada *Programación básica* se residencien en la Administración central. Las competencias de control e inspección corresponden al Ministerio de Fomento y las sancionadoras se distribuyen entre el Consejo de Ministros (infracciones muy graves) y el Ministerio de Fomento. Insistimos una vez más: es urgente la creación de un Consejo Audiovisual que concentre, entre otras, todas estas competencias. Cualquier intervención en tan delicado terreno de la Administración estará, cuando menos, bajo sospecha de parcialidad política. Se ha constado, además, que allí donde existen Autoridades independientes competentes en la materia el grado de cumplimiento de las Directivas de la Televisión Sin Fronteras ha sido más satisfactorio[1670].

Se consideran infracciones muy graves la emisión de programas que puedan dañar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, los que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación o vulneren los preceptos constitucionales. Igualmente se consideran infracción muy grave el ejercicio de derechos exclusivos, restringiendo los

---

[1667] Criterio reafirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que considera contrario a la Directiva la pretensión de uno de los Estados receptores de aplicar un control suplementario al ya realizado por el Estado en el que el emisor está establecido, alegando que su programación proviene íntegramente de un país no comunitario (*caso prejudicial Paul Denuit*); así como lo es también el intento del Estado receptor en este dentido, aún en el caso en que las emisiones se destinen exclusivamente a su territorio (*caso prejudicial VT4*, sentencia 5 de junio de 1997).

[1668] Nuevo art. 19.2.

[1669] La Ley 6/1999 de la Comunidad gallega ha creado un Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y del Audiovisual como órgano de integración y participación de empresas, instituciones y agentes del sector, con funciones consultivas y asesoras. Aunque está lejos del modelo de Autoridad Independiente, la ley le encomienda propiciar las funciones de arbitraje y autocontrol. En Cataluña se desarrolla un movimiento para convertir al Consejo Audiovisual en una verdadera Autoridad Independiente, lo que motivaría la revisión de toda la legislación autonómica en la materia.

[1670] **Pappas, Spyridon A.**, *"The European Commission's thinking on audiovisual regulatory authorities" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, op. cit., p. 63

derechos de una parte sustancial del público a su libre acceso a aquellos acontecimientos que hayan sido considerados de interés general. Sin negar gravedad a esta última conducta parece desmesurado equipararla a las que atenten contra la protección de los menores o inciten al odio.

Las infracciones muy graves se castigan con multa de 50 a 100 millones de pesetas. Cuando la infracción atente a la protección de los menores o suponga una incitación al odio o la discriminación podrá dar lugar a la suspensión de la eficacia del título habilitante y en caso de reiteración a la revocación del mismo.

Se consideran infracciones graves las relativas al régimen de las cuotas de producción europea e independiente, publicidad, televenta, promoción y patrocinio, las normas de inserción de programas susceptibles de afectar el desarrollo de los menores, el derecho de los espectadores a conocer con anterioridad la Programación y la ocultación de información a los inspectores o incumplimiento de la obligación de archivar durante seis meses la Programación, así como las obligaciones de información de los operadores de acceso condicional. Las infracciones graves se sancionarán con multa de hasta 50 millones de pesetas. También aquí existen grados bastante distintos de gravedad, lo que sin duda permitirá una alta discrecionalidad. Discrecionalidad que la Ley permite graduar en cuanto a la cuantía de la sanción, teniendo en cuenta la repercusión social, el beneficio reportado al infractor y la gravedad del incumplimiento.

El régimen sancionador es igualmente aplicable a los operadores públicos y privados. Autores como Gay[1671] recogen la opinión de que las sanciones pecuniarias no tienen sentido para imponer el cumplimiento de las obligaciones de programación a las televisiones públicas. Una enmienda rechazada proponía el cese de sus máximos gestores o la pérdida de la concesión en los casos de titularidad pública, pero gestión indirecta. En realidad, puesto que estas empresas están en el mercado y se comportan como entidades comerciales las multas pueden tener la misma capacidad disuasoria que en el caso de las empresas privadas. Lo que subyace es si las sanciones económicas son el mejor medio para reforzar el régimen de la *Programación básica.* Sanciones de hasta 100 millones de pesetas pueden ser muy importantes para una televisión local o un programador independiente, pero significar muy poco para las televisiones generalistas o las plataformas digitales. Como hemos visto, en las infracciones más gravemente atentatorias de los bienes constitucionales y de la convivencia la sanción puede llegar a la suspensión o revocación de la habilitación para emitir. Sin llegar a estas medidas tan drásticas podrían incluirse sanciones como la suspensión de las emisiones por periodos de horas o días, la prohibición de emitir programas no comunitarios durante un determinado periodo, si es que la infracción se refiriera al sistema de cuotas, o la obligación de ampliar los porcentajes de programas infantiles si la conducta sancionada tuviera que ver con la protección de los menores. Por supuesto este tipo de medidas son más propias de un procedimiento de componenda voluntaria que de un proceso sancionador, pero valdría la pena ensayar este tipo de expedientes, ante la escasa capacidad de las sanciones pecuniarias para

[1671] *"La modificación de la ley de la Televisión sin Fronteras"*, p. cit., p. 10. **Muñoz Machado, S.**, *Servicio público y mercado III La televisión*, op. cit., pp. 79-80, se manifiesta partidario de las sanciones pecuniarias a los operadores públicos.

discriminar entre unas infracciones y otras. Podría también ensayarse una cuantificación de las sanciones en función de los ingresos publicitarios (diarios, mensuales).

El nuevo art. 19.4 reconoce a los individuos un derecho de denuncia motivada cuando se considere perjudicado por el incumplimiento de las obligaciones de las obligaciones de la Televisión sin Fronteras por parte de los operadores de televisión. Puesto que la resolución sobre la denuncia agota la vía administrativa, queda abierta la vía del recurso judicial, lo que puede dar lugar a interesantes desarrollos. Sigue, no obstante, sin reconocerse un papel más activo a los sujetos receptores en los mecanismos de protección de sus derechos[1672].

Ciertamente el contenido de esta regulación es manifiestamente mejorable, pero aún perfeccionada siempre se alcanzará un punto en el que los derechos de los receptores y de los terceros estarán mejor protegidos por conjuntos normativos con un máximo ético (y de buena práctica profesional) y un mínimo jurídico[1673]. El legislador parece consciente de esta necesidad y así la nueva disposición adicional tercera de la Ley 25/1994 declara el compromiso de los poderes públicos de promover el desarrollo de organizaciones de autorregulación, a las que podrían acudir las personas o entidades que se consideren perjudicadas.

En este punto, vale la pena dedicar un espacio a la justificación y validez, a la polémica sobre las ventajas e inconvenientes de la autorregulación y el autocontrol.

La primera justificación de cualquier autorregulación o sistema de autocontrol es hacer compatible el ejercicio de la libertad con una responsabilidad asumida voluntariamente. Como escribía Desantes[1674]:

> *"El autocontrol resulta así de la confluencia de dos tendencias aparentemente divergentes, pero sustancialmente convergentes. Por una parte, la necesidad de un control de la actividad informativa y, por otra, el sentido de libertad de tal actividad. Pudiéramos establecer la ecuación siguiente: Control de la actividad informativa + Libertad de información = Autocontrol."*

En el mismo sentido, los periodistas catalanes, al justificar su propio sistema de autocontrol afirman:

> *"Los periodistas nos vemos más obligados que nunca a hacer una defensa cerrada del sentido de la responsabilidad y de la profesionalidad y ningún periodista con un mínimo sentido de la ética profesional puede desentenderse del doble compromiso de dar cuenta de forma veraz de aquello que el público tiene derecho a saber sin olvidar que están en*

[1672] **Ortega, Luis**, *"El derecho del audiovisual y los consumidores"*, CAC, Barcelona, junio, 1999, p. 18, se muestra a favor de un efectivo control por parte de las asociaciones de usuarios. El autor repasa las posibilidades que la legislación de protección a los consumidores ofrece para que los usuarios puedan exigir una responsabilidades a los medios de comunicación. Así, la L.26/1984, arts. 25-28, regula la reparación civil de daños y perjuicios frente a quienes suministran un servicio, litigio que puede tener una solución arbitral (art. 31). También el incumplimiento de las normativas de consumo da lugar a sanciones administrativas, lo que abre un importante espacio a la intervención de las Comunidades Autónomas (art. 34).

[1673] **Núñez Encabo, Manuel**, *"El necesario autocontrol de los Códigos Deontológicos"*, FAPE, abril-mayo 1998.

[1674] *El autocontrol de la actividad informativa*, op. cit., p. 67.

juego los derechos sustanciales de las personas amparados por la Constitución y reconocidos por las leyes y convenios internacionales. Nuestro código profesional nos obliga no sólo a investigar lo que sucede, a valorar su relevancia pública, a certificar la veracidad de la versión que difundidos sobre los hechos que nos circundan; también nos obliga a ponderar los virtuales efectos de nuestras informaciones sobre los derechos legítimos de terceros".[1675]

Históricamente, los sistemas de autorregulación y autocontrol han surgido en el seno de las profesiones con mayor tradición de servicio social[1676] y se han concretado en la adopción de códigos éticos, que garantizan a la sociedad determinadas pautas de conducta. Para Bonete[1677] *"los códigos éticos vienen a defender ... la necesidad de que las normas morales de una profesión concreten y desarrollen en su ámbito de competencia los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"*. En palabras de Serrano, los códigos suponen la interiorización profesional de las normas morales[1678] y como pone de manifiesto Gomis[1679] son la garantía más próxima e inmediata para los derechos del público:

"Por mucho que sea paradójico, la ética y la profesionalidad son los únicos instrumentos que pueden preservar la privacidad y el derecho a la intimidad en momentos decisivos. La ética y la profesionalidad no son soluciones absolutas, pero son más rápidas que los jueces y están más presentes en las redacciones que la ley."

El sistema más puro de autocontrol es aquel en el que una profesión se otorga un código ético, con el que se pretende dar una respuesta a los conflictos morales que puedan presentarse en el ejercicio profesional. El código supone un compromiso colectivo ante la sociedad, que sólo tiene sentido si va acompañado de un sistema de sanciones serio mediante procedimientos transparentes a los que tengan fácil acceso los ciudadanos que se sientan lesionados. De esta manera se garantiza un ejercicio profesional responsable y se prestigia la propia profesión.

A partir de este modelo primigenio, las empresas que actúan en un determinado sector pueden organizarse para autorregularse y autocontrolarse. Las normas que se dan entonces pueden añadir a las reglas éticas otras de buena práctica empresarial, reconocimiento de los derechos de los consumidores, establecimiento de mecanismos de mediación en conflictos comerciales y otros semejantes. Cuanto más se alejan de los sistemas de autocontrol deontológico más difusos y menos eficaces son estos mecanismos.

[1675] *"Un año de autorregulación del periodismo en Cataluña".* I Convención de Periodistas de España, Cádiz, abril, 1998, p. 58.

[1676] **Bonete, E.**, op. cit., p. 30 habla de *concepción servicial*: *"Se podría incluso aseverar que el reconocimiento público de una profesión se basa en la conciencia que posee de constituir un 'servicio' (en sentido moral) a la sociedad".*

[1677] Op. cit., p. 58.

[1678] **Serrano, M.**, op. cit., p. 88.

[1679] **Gomis, Lorenzo**, *Memoria del Consell d'Informació de Catalunya*, 98-99.

En el campo informativo, el Código Europeo de Deontología del Periodismo[1680] ofrece un modelo válido en el que a un conjunto de normas de ética profesional se añaden otros elementos de ordenación empresarial dirigidas a garantizar el derecho fundamental a la información. Así, por ejemplo, se propone: que las empresas periodísticas sean consideradas de naturaleza especial, cuyos objetivos empresariales deben quedar limitados por las condiciones que hagan posible la prestación del derecho fundamental; la adopción de normas de transparencia en materia de propiedad y gestión; que la información no sea tratada como una mercancía... o que no se considere una propiedad ni de los poderes públicos, ni de los editores ni de los periodistas. Pieza importante es la propuesta de crear mecanismos de autocontrol, integrados por editores, periodistas y asociaciones de ciudadanos de la comunicación, representantes de la Universidad y de los jueces, con el compromiso previamente asumido por los medios de comunicación de publicar tales resoluciones.

En nuestro país el Código ha sido asumido por la Federación de Asociaciones de la Prensa (FAPE), pero su mayor virtualidad ha consistido en inspirar el *Consell d' Informació de Catalunya*, la única instancia que merece entre nosotros el calificativo de autocontrol informativo, con la peculiaridad de que su ámbito de actuación es tanto la prensa como los medios audiovisuales, las empresas públicas y las privadas[1681]. Creado por un acuerdo del Colegio de Periodistas con los medios de comunicación, después de dos años de experiencia va a constituirse en Fundación[1682]. Mediante un procedimiento sencillo con audiencia de todas las partes, las quejas planteadas se admiten o no, publicándose las resoluciones en el medio afectado y en las propias publicaciones del Consejo. Su sanción es ante todo moral, como es característico de la mayor parte de los sistemas de autocontrol, sin perjuicio de que en las profesiones clásicas las infracciones deontológicas puedan castigarse con inhabilitación o suspensión profesional.

Campbell[1683] cita como una de las evidentes ventajas del autocontrol informativo en el sistema norteamericano ofrecer una protección al público que de imponerse por los poderes públicos podrían chocar con la protección constitucional de la Primera Enmienda. Premisa del autocontrol, ya sea de las empresas o de los profesionales, es la voluntariedad. Pero para que sea eficaz debe ser admitido por todos los sujetos empresariales o profesionales. Así que lo que es asumido voluntariamente por una mayoría puede ser impuesto a una minoría en el seno de instituciones corporativas. Es

[1680] Aprobado por unanimidad por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 1 de julio de 1993, su redacción corrió a cargo del profesor Núñez Encabo, que ha sido desde entonces también su principal patrocinador. Véase la su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado, op. cit., p. 33. El Código, que se plantea como modelo para otros textos nacionales, se divide en siete apartados: noticias y opiniones; el derecho a la información como derecho fundamental; editores, propietarios y periodistas; la función del periodismo y su actividad ética; los Estatutos de Redacción; situaciones de conflicto y casos de protección especial; ética y autocontrol; recomendación al Comité de Ministros. **Quintana, Y.**, op. cit., pp. 149-153 realiza un análisis de los preceptos de este Código, dentro de un revisión general de los derechos de los usuarios en las normas deontológicas (pp. 147-156).

[1681] Sobre este Consejo, véase **Carrillo, Marc**, *"Unión Europea, Comunidades Autónomas y Televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, op. cit. pp. 324-327. Una de sus peculiaridades es que está compuesto tanto por profesionales como por miembros de la sociedad.

[1682] Véase Memoria 98-99.

[1683] Op. cit., p. 717. De acuerdo con la Primer Enmienda resulta dudoso -pone como ejemplo esta autora- la prohibición de bebidas alcohólicas, pero no hay ningún inconveniente en que un grupo de emisoras se ponga de acuerdo para excluir estos anuncios.

ésta una cuestión delicada, pues el régimen disciplinario de una institución privada (ni siquiera el de una corporación pública) puede imponer limitaciones a los derechos constitucionales. El Tribunal Constitucional se ha ocupado de la cuestión en un asunto en el que existía un claro abuso de estos procedimientos disciplinarios. Un Colegio de Abogados sanciona a uno de sus miembros por la reseña periodística de una determinada sentencia judicial. La **STC 286/1993** parte de reafirmar la doctrina que admite limitaciones a las libertades de expresión e información en el seno de la relación laboral, doctrina que extiende a las relaciones entre un colegio profesional y sus colegiados (FJ. 4º); no obstante, entiende que la sentencia que ratifica la sanción profesional no ha realizado la adecuada ponderación entre los derechos fundamentales en juego y en consecuencia anula la sentencia impugnada. Lo que en ningún caso puede resultar de un sistema de autorregulación o autocontrol es en conjunto de limitaciones inconstitucionales[1684], que terminan por aplicarse no tan voluntariamente a un colectivo de sujetos empresariales o profesionales[1685].

El autocontrol asumido por las empresas de comunicación no ha sido históricamente en la mayoría de los casos una iniciativa altruista y espontánea, sino una acción preventiva ante la posibilidad de una regulación estatal más estricta, después de episodios informativos vividos socialmente como un abuso intolerable de los medios de comunicación: el mayor incentivo para la autorregulación es evitar la amenaza de una regulación gubernamental[1686]. Los estudios de opinión muestran la desconfianza en los medios y en los periodistas en los momentos de crisis. Inquietan a la ciudadanía las injerencias en la vida privada, los atentados a la presunción de inocencia, la publicación de falsedades e inexactitudes, la exposición del público a la violencia, la búsqueda de lo espectacular y sensacionalista, la cortada de la libertad de expresión para justificar los abusos, la arrogancia y rechazo de las críticas[1687].

No es de extrañar que pasadas las crisis, los códigos se ignoren y las instancias de autocontrol[1688], financiadas por la propia industria, entren en el letargo. Las meras declaraciones de intenciones pronto se olvidan, como ocurrió entre nosotros con el acuerdo promovido por el Ministerio de Educación sobre protección de los menores[1689]. No es fácil hacer un balance global de las instituciones de autocontrol, muy diversas de unos lugares a

---

[1684] **Carrillo, Marc**, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1993, p. 122, al examinar la posible implantación de un Consejo de Prensa advierte que no puede utilizarse para introducir elementos de censura previa, por muy voluntarios que fueran, ni reducir el contenido de las libertades de información y expresión, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional.

[1685] Así, en Francia, la Comisión consultiva de los Derechos del Hombre ha recomendado en 1995 condicionar la expedición del carnet de identidad profesional a la aceptación de un código deontológico. Citado por **Charon, Jean Marie** *Reflexions et propositions sur la deontologie de l'information (Rapport a Madame la Ministre de la Culture et de la Communication)*, La Documentation Francaise, Paris, julio, 1999.

[1686] **Campbell, A. J.**, op. cit., p. 759. Así, por ejemplo, en el Reino Unido la Comisión Calcutt sobre los derechos a la intimidad y al honor propuso en 1990 el establecimiento de sistemas de autocontrol más eficaces como forma de evitar la creación de tribunales *ad hoc*. Citado por **Munro, Colin.**, *"La libertad de prensa en Inglaterra: como la bestia fue domada"*, Revista de Administración Pública, nº 131, mayo-agosto, 1993.

[1687] **Charon, J. M.,** , op. cit.

[1688] Para una síntesis de las distintas instituciones de autocontrol, véase **Escobar, L.**, *Manual de Derecho de la Información*, op. cit., pp. 197-215.

[1689] Así lo reconoció ante la Comisión Especial del Senado la entonces ministra Cristina Alberdi, op. cit., p. 9.

otros. Son muchas las denuncias sobre la inutilidad de estas instituciones en lugares concretos[1690]. Tampoco los editores y los periodistas son demasiado entusiastas, salvo en esas situaciones extremas en los que existe una amenaza cierta de una regulación más rigurosa[1691]. Los autores ponen también de manifiesto las dificultades de aplicar normas éticas no imperativas en un contexto mercantilista[1692].

No es desdeñable el riesgo de que el autocontrol se convierta en un cínico modo de protección corporativa. Si el mecanismo no se inserta en un marco público más amplio, el ciudadano que busca en él satisfacción puede, carente de garantías, verse defraudado en su buena fe[1693]. Y no digamos ya cuando se trata de instancias puramente internas de una empresa, meras apariencias de órganos de autocontrol[1694].

Análisis sistemáticos, como el de Campbell[1695] sobre los distintos sistemas de autorregulación y autocontrol en Estados Unidos, han puesto de manifiesto que su mayor efectividad se da cuando estos mecanismos son complementarios a la regulación

---

[1690] Las denuncias en la prensa son frecuentes. Así en Italia, Mirian Mafai denunciaba en La Repubblica 28/11/97 la aprobación del código nº 13 para la protección de la infancia, ante la falta de operatividad de los 12 que le precedieron. Sobre el autocontrol dirigido a la protección de los menores en Italia, véase **Wade, Souné**, *"Les instruments d'autoréglementation en matière de protection des minurs en Italie"* en Derecho Europeo del Audiovisual, op. cit. También son frecuentes las denuncias en el mismo sentido en Gran Bretaña, donde seis meses después de aprobarse uno de los códigos deontológicos más rigurosos, los periódicos se lanzaron en persecución de una adolescente de 14 años, según informaba Isabel Ferrer en El País 2/5/98. Sobre este Código y la Comisión de Quejas de la Prensa (sucesora del Consejo de Prensa) que lo aplica, surgida a partir de la muerte de Diana de Gales, véase FAPE, febrero 1998. El Código contempla los siguientes extremos: 1. Precisión. 2. Derecho de réplica. 3. Derecho a la intimidad. 4. Acoso periodístico. 5. Intromisión en el dolor. 6. Protección de los menores. 7. Protección de los menores en casos sexuales. 8. Escuchas telefónicas. 9. Conducta en los hospitales. 10. Familiares y amigos inocentes. 11. Engaño. 12.- Víctimas de ataques sexuales. 13. Discriminación. 14. Periodismo financiero. 15. Fuentes confidenciales. 16. Pago por informaciones. Sobre el ya desaparecido Consejo de Prensa, antecedente de la actual Comisión de Quejas, véase **Robertson, G.**, op. cit., pp. 339-354.

[1691] Según informó el profesor Núñez Encabo ante la Comisión Especial del Senado, op. cit., p. 33, la Asociación Internacional de Editores y Propietarios de Diarios se oponía a la implantación del Código Deontológico promovido por el Consejo de Europa. El País daba cuenta el 30/4/98 la oposición de periodistas de varios países a la propuesta de introducir códigos éticos e incluso un juramento al modo hipocrático, realizada en la sesión sobre comunicación y ética del Congreso celebrado en Valencia sobre *"Responsabilidades y deberes humanos en el tercer milenio"*.

[1692] **Bonete Perales, Enrique**, *"Conflictos morales en los medios audiovisuales" en Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 55-56, se plantea : *"¿Por qué la operatividad de los códigos deontológicos entre los profesionales del periodismo y de la comunicación audiovisual es prácticamente nula? La mayor dificultad para que se aplique la normatividad moral es de carácter cultural. Vivimos en un contexto mercantilista envolvente en el que afirmar que todos los profesionales están obligados a seguir determinados deberes morales resulta ya una desmedida pretensión. Si ... la racionalidad instrumental típica de la lógica empresarial domina el mundo mediático, no es de extrañar que ello incida también en la minusvaloración de la deontología. Y si a ello añadimos la precariedad laboral en la que se desarrolla la actividad informativa y audiovisual, el menosprecio de los criterios morales está asegurado. ...".*

[1693] **Quintana, Y.**, op. cit., p. 140., denuncia la escasa efectividad los sistemas de autocontrol en materia de consumo (por ejemplo, los Códigos de la Asociación de Empresarios de Venta a Distancia, de la Asociación de Fabricantes de Juguetes). Carecen de verdaderos mecanismos sancionadores, desactivan los conflictos y retrasan el acceso del ciudadano a las garantías jurisdiccionales, están concebidos en función de los intereses empresariales y tienen un funcionamiento restringido, que no alcanza a todo el sector.

[1694] **Núñez Encabo, M.**, op. cit., denuncia la proliferación de estas instancias, como los llamados Defensores de los Lectores, *"figuras meramente decorativas, carentes de independencia, juez y parte de sus propias decisiones"* . No obstante, en algunos casos, estos órganos internos son desempeñados por personalidades prestigiosas, que rodean de autoridad su funcionamiento. Sobre el *Ombudsman* de *La Vanguardia*, véase **Jiménez, Roger**, *"Media accontability in Spain: the Spanish press ombudsman" en Organising Media Accontability: experiences in Europe*, op. cit., pp. 27-32.

[1695] Op. cit., p. 771.

gubernamental. Esta autora cita como factores para el éxito los siguientes: que los operadores tenga un incentivo real para autorregularse[1696]; que el gobierno tenga una capacidad real para regular; el uso de normas y pautas objetivas y medibles; la participación pública y la implicación de todos los sujetos del sector. En el caso alemán, las autoridades regionales de regulación son referencia común tanto para el sistema de control interno con representación de la sociedad como para los sistemas de autocontrol de los sujetos emisores privados[1697].

Esta incardinación de los sistemas de autorregulación y autocontrol en un marco público resulta vital para garantizar los derechos tanto de los sujetos a autorregulación o control como los derechos del público que se dice querer garantizar. Como afirma el comisario Oreja[1698], las autoridades públicas no pueden hacer dejación de su obligación de garantizar el interés público y no pueden consentir, por ejemplo, que la autorregulación se decida por los grandes operadores en perjuicio de los pequeños. Oreja se muestra partidario de una *autorregulación regulada*: las autoridades públicas establecen los objetivos que deben ser garantizados, pero dejan a los operadores y a otras partes interesadas establecer y aplicar reglas más detalladas para lograr tales objetivos. Si la autorregulación falla se garantiza la intervención de las autoridades públicas. La seguridad jurídica, incluido un sistema de recursos, debe estar garantizada.

Los sistemas voluntarios de regulación y control son especialmente apropiados para los medios más afectados por la globalización, donde las regulaciones de los estados nacionales poco pueden hacer ante la difusión de mensajes transfronterizos[1699]. La respuesta europea en el caso de la televisión ha sido la armonización de las legislaciones por la vía de la Directiva de la Televisión Sin Fronteras y del Convenio Europeo.

Establecidas las condiciones para que la autorregulación o el autocontrol sirvan al interés público nos corresponde plantearnos cómo estos sistemas pueden garantizar los derechos de los sujetos receptores ante un ejercicio abusivo de la libertad de programación.

[1696] Incentivo que puede ser no sólo evitar una ordenación estatal más estricta, sino también abrir nuevos espacios de libertad. Así, las televisiones públicas españolas (más Canal Plus) preparan un convenio de autorregulación sobre las normas para la transmisión de juicios. Según El País, 3/6/99, se trata de conciliar el derecho a la información con el derecho a la presunción de inocencia, a la propia imagen y el respeto a las víctimas y es fruto de una iniciativa del Consejo Audiovisual de Cataluña, a raíz del *caso Alcàsser*. Resulta evidente que el incentivo para esta iniciativa es lograr una actitud más tolerante de los jueces, que mantienen posiciones diversas sobre la retransmisión de las vistas. Véase la nota 1696 sobre la STS de 9 de julio de 1999.

[1697] Éstos ha establecido un sistema de autocontrol preventivo (*Freiwillige Selbskotrolle Fernsehen*, FSF). Los delegados para la defensa del menor de las televisiones privadas, sus consejos de Administración o las autoridades regionales pueden elevar consulta a este organismo sobre programas que puedan suponer riesgo para los menores. La comisión puede aceptar el horario propuesto, proponer otro alternativo, establecer cautelas (por ejemplo, que no sea difundido en fin de semana) o denegar la solicitud de emisión. Véase *L'autocontrôle dans le domaine des médias en Republique fédérale d'Allemagne. Un rapport du Délégué du Governement Fédéral pour les Questions de la Cuture et des Médias*, Bonn, febrero 1999, pp. 26-30, presentado en el Seminario sobre Autocontrol organizado por la presidencia alemana de UE en Saarbrüken del 19 al 21 de abril de 1999.

[1698] Discurso ante el Seminario de Saarbrüken.

[1699] En este sentido, la Comisión Especial del Senado sobre redes informáticas, op. cit., p. 46, se pronuncia en su Conclusión V por la autorregulación.

El sistema imperativo de la Televisión sin Fronteras garantiza una protección de la *Programación básica* en materia de pluralismo de los contenidos por la vía de las cuotas, frente a la publicidad abusiva y frente a los programas lesivos para los menores. Lo que aquí proponemos es ampliar por vía de la autorregulación y el autocontrol el contenido de la *Programación básica* en los siguientes extremos:

- **Derechos de la personalidad.** La variedad de situaciones en las que los derechos de la personalidad, y de modo muy especial el derecho a la propia imagen, pueden verse lesionados por el funcionamiento de los medios de comunicación pueden ser prevenidas mediante una autorregulación que oriente a los informadores y, en general, a los titulares de la libertad de programación sobre qué conductas resultan admisibles y cuáles no, al tiempo que sirvan para que los sujetos empresariales asuman el compromiso de no *competir* en este terreno.
- **Protección de la dignidad.** Más allá de las disposiciones penales que persiguen los mensajes incitadores al odio y la discriminación queda un amplio espacio en el que la autorregulación podría ser la vía para asumir como parte de la *Programación básica* compromisos en materia de tratamiento no discriminatorio en razón del sexo o la raza. En un momento de grandes flujos migratorios y con el fantasma del renacimiento de la xenofobia es especialmente importante un compromiso para garantizar un tratamiento justo a las minorías[1700]. Igualmente, la regulación ofrece buenas oportunidades para encontrar un consenso sobre un tratamiento más equitativo de la imagen de hombres y mujeres[1701].
- **Protección de los menores.** Aquí los compromisos de la autorregulación más necesarios se refieren a la consecución de una programación infantil más amplia, librada de ataduras comerciales y que sirva verdaderamente al desarrollo de los menores. También es un instrumento apropiado para concretar qué mensajes se consideran lesivos para los menores.
- **Protección de los consumidores y frente a la publicidad.** La autorregulación puede ofrecer criterios más estrictos frente a la publicidad engañosa y desleal, la publicidad encubierta y la saturación publicitaria, que mejoren las normas establecidas en las Directivas de la Televisión sin Fronteras.
- **Programación equilibrada.** Es éste una exigencia que difícilmente puede ser satisfecha por la exigencia de responsabilidad jurídica. Una exigencia que tiene una doble dimensión: un tratamiento informativo equitativo, completo y pluralista de los sujetos informativos y de los temas que marcan la actualidad[1702] y el compromiso con una Programación que incluya representación suficiente de todos los géneros de programas, sin olvidar los minoritarios. Asimismo, la autorregulación puede servir para

[1700] Cabe citar aquí la Declaración, meramente enunciativa, realizada el 20 de diciembre de 1997 por un grupo de profesionales convocados por el Ayuntamiento de Leganés, titulada por *"Una información sin estereotipos racistas"*, en la que se pueden leer recomendaciones como tratar a cada persona como individuo y no como representante simbólico de un colectivo, evitar términos de tipo despectivo y evitar la tendencia a mencionar a los grupos minoritarios sólo en relación a conflictos, situaciones dramáticas, sucesos o delicuencia. Véase **Federación de Comunicación y Transporte de CCOO**, *El lenguaje solidario en los medios de comunicación*, Madrid, 1998.

[1701] Véase la Recomendación del Consejo Europeo de 5 de octubre de 1995, citada en la nota 1508.

[1702] Cabe citar a este respecto el art. 7 de la Convención de la Televisión Transfronteriza que declara que: *"la empresa de radiodifusión ha de procurar que los informativos presenten los hechos y acontecimientos de la actualidad informativa con fidelidad y lealtad y favorezcan la libre formación de opiniones"*. Para **Ripol, S.**, op. cit,, p. 110 resulta extraña la incorporación de una norma de naturaleza deontológica a un texto legal.

mejorar y aclarar los supuestos de ejercicio del derecho de contestación y las distintas modalidades de derecho de acceso.

Como se ve, la autorregulación y el autocontrol pueden ser instrumento válido para mejorar la *Programación básica* que imperativamente impone el derecho europeo armonizado de la Televisión sin Fronteras. A continuación se sugieren vías para su articulación en nuestro ordenamiento.

Partiendo de la necesidad de un mayor nivel de exigencia en los sujetos públicos se propone que éstos asuman un Código de Conducta riguroso, con una doble finalidad: clarificar el trabajo de los sujetos profesionales y ofrecer al público elementos de fiabilidad. En este sentido pueden ser citadas como un modelo las *Producer's Guidelines* de la BBC. Como ya indicamos en el capítulo 3º, 1.6, estas normas son concreción inmediata de los principios programáticos y regulan con gran detalle los supuestos conflictivos en los que pueden verse envueltos los profesionales[1703]. El respeto de estas reglas se exigiría por órganos internos: en primer lugar por los responsables editoriales a los distintos niveles y en último término por comisiones deontológicas dependientes de los Consejos de Redacción, en las que podrían estar representados los profesionales y personas de prestigio designadas por el órgano de representación social de la empresa pública.

En el caso de los sujetos privados resultaría voluntario asumir unos compromisos similares, pero, sin duda, su necesidad de lograr una aceptación social podría llevarles a emular a los sujetos públicos con alguna forma de institución interna de autocontrol.

En la línea de las propuestas de autocontrol regulado, el caso británico nuevamente ofrece una interesante experiencia. Se trata de la *Broadcasting Standards Commission*, instituida por la *Broadcasting Act* de 1996. Se trata de la institución con competencia sobre la radio y la televisión, a los sujetos públicos y a los sujetos privados. Su misión consiste en garantizar que todas las Programaciones respeten unos mínimos en materia de respeto a los derechos de la personalidad, protección de los menores, dignidad de las personas, tratamiento de temas que puedan perturbar a la audiencia y tratamiento equitativo de los protagonistas de la realidad y las distintas posiciones en relación a temas controvertidos. Para ello este organismo público: a) elabora los correspondientes códigos de conducto; b) recibe, tramita y resuelve las quejas del público aplicando tales normas; c) supervisa, investiga y realiza informes sobre el respeto de estas normas de conducta en las distintas programaciones.

A lo largo del capítulo 2º, 3.3.1, y en este mismo apartado, nos hemos ido definiendo por la necesidad de constituir un Consejo Audiovisual al que se confiara la ejecución de la ordenación del medio y su vigilancia, incluida las potestades habilitantes para el ejercicio de la libertad de emisión y la potestad sancionadora. Este Consejo debería también establecer un Código de Programación, en el que se detallaran los principios éticos a los que debe estar sometido cualquier Programación (en definitiva, la *Programación básica*). Un tal Código debiera elaborarse por consenso entre todos los sectores implicados. En el seno del Consejo Audiovisual se constituiría una Comisión de Quejas, compuesta por profesionales, representantes de los sujetos empresariales

[1703] Véase nota 1251.

públicos y privados y de la sociedad a través de asociaciones de espectadores y consumidores, sindicatos, instituciones culturales y de la magistratura. Su misión sería resolver por un procedimiento flexible las quejas de la audiencia, sin perjuicio del recurso a los tribunales, que de producirse paralizaría el procedimiento de queja. El procedimiento iría dirigido, en primer lugar, a buscar una composición que diera satisfacción institucional a la queja en la propia Programación (por ejemplo, eliminación de un programa o anuncio, cambio de un horario, nuevas directrices sobre el tratamiento de una minoría, mayores porcentajes de programas de un determinado género) o la persona lesionada (una rectificación o contestación especial, acceso a la Programación). De no resultar posible el acuerdo, la Comisión resolvería la queja y su resolución sería incluida en la Programación del sujeto denunciado y difundida por los medios del Consejo Audiovisual. El Código de Programación y el procedimiento de queja serían aplicables a aquellas manifestaciones del derecho de acceso que, por definición, quedan fuera del control de los sujetos empresariales o de los órganos de autocontrol profesional.

El sumar a la responsabilidad penal y administrativa estas formas de autorregulación y control deontológico puede ser criticado como una superposición de controles. La libertad de programación como libertad difusiva que concreta las libertades de expresión e información tiene una protección constitucional preferente, una posición prevalente, que puede invocarse frente a cualquier abuso de estos procedimientos de autocontrol. Resultaría también imprescindible concretar el principio o regla de *non bis in idem*[1704], no sólo respecto a las infracciones penales y administrativas en que puedan incurrir los programadores, sino también respecto a los procedimiento de queja como el propuesto más arriba, pues si en rigor no pueden considerarse sancionadores, no cabe duda que ocasionan una coacción difusa sobre los sujetos programadores o emisores. Con estas cautelas y garantías estos procedimientos resultarían apropiados y respetuosos con las garantías constitucionales. De esta manera, ese poder de difundir mensajes audiovisuales, que es la libertad de programación y que corresponde a todo hombre, según hemos razonado en este trabajo, podría armonizarse más fácilmente con la libertad de recepción que todos también tienen.

Un último control, el más difuso de todos, es el control social[1705], que se concreta en la aceptación o rechazo de los mensajes, con las consiguientes consecuencias económicas para los sujetos empresariales. Su eficacia depende del grado de organización y asociación de los espectadores y de su cultura audiovisual. En este sentido, resulta imprescindible una formación desde la escuela, una línea que, por ejemplo, el Libro Verde sobre la Protección de los Menores y la Dignidad Humana en el Audiovisual y los

[1704] La **STC 2/1981** ha dado rango constitucional a este principio no recogido expresamente en el texto constitucional, al considerarlo íntimamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad del art. 25. Sobre este principio, que el autor entiende como regla, véase **Nieto García, Alejandro**, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 344-393.

[1705] Ha de citarse aquí una propuesta a medio camino entre el autocontrol y el control social. **Bertrand, Jean-Claude**, *"Media accountability systems: an overview" en Organising Media Accontability: experiences in Europe*, op. cit., pp. 17-22, propone un sistema de *"control de calidad"*, que combine mecanismos de control público, de autocontrol y de mercado. Se trataría de instaurar un Sistema de Responsabilidad Social (*Media Accontability Sistem, MAS)* un concepto -se reconoce- nebuloso, que se identifica preferentemente con procesos de educación, formación y reflexión colectiva de los informadores.

Servicios de Información[1706], propone como vía para lograr una actitud más crítica y exigente tanto de los padres como de los menores respecto a los contenidos audiovisuales.

Por último, ha de señalarse que el ejercicio de la libertad de programación por parte del sujeto universal, en las distintas manifestaciones del derecho de acceso puede crear -más allá de regulaciones y autorregulaciones, de exigencia de responsabilidad y autocontrol- un contrapeso que neutralice un tratamiento poco equitativo por parte de los sujetos emisores y programadores respecto a los protagonistas de la actualidad y los temas controvertidos. Además, el reconocimiento de la libertad de programación serviría de fundamento para la participación del sujeto universal en Autoridades Independientes y en los organismos de autocontrol sugeridos. Una vez más, por tanto, la libertad de programación abre una vía para completar y superar a unas instituciones imprescindibles, pero incapaces de dar completa satisfacción a los derechos del público y de modo muy especial a su libertad de recepción.

2.3. Desarrollo y garantías

A lo largo del anterior apartado hemos desarrollado un conjunto de propuestas que pueden servir de garantía institucional de la libertad de recepción. Volvamos ahora a cambiar de óptica. ¿Cómo puede hacerse real la libertad de programación en sus diversas manifestaciones como libertad autonomía, capacidad y participación?. Podemos adelantar, por seguir con el hilo argumental de los anteriores apartados, que la *Programación básica* es una institución que sirve tanto a la libertad de recepción como a la libertad de programación, en cuanto que hace el ejercicio de esta última responsable frente a la sociedad y por tanto ofrece un marco en el que los poderes de los distintos sujetos pueden ser aceptados por la sociedad. Pero la *Programación básica* puede ser considerada la última garantía institucional. Antes hay que preguntarse por el desarrollo que la libertad de programación requiere, por las garantías judiciales y por el resto de garantías institucionales.

Una de las conclusiones centrales de este trabajo es que la libertad de programación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la información, pero que, en cuanto que supone la utilización de medios de los que no somos titulares, requiere para su ejercicio de interposición legislativa. Pero, además, la libertad de programación, tal y como lo hemos delimitado, no consiste en un único poder nítidamente definido, sino de un conjunto de facultades que se manifiestan en diversas relaciones jurídicas, pero que tienen en común estar dirigidos a la difusión de mensajes audiovisuales.

El desarrollo legislativo será imprescindible cuando el ejercicio de la libertad de programación requiera del uso de medios ajenos y conveniente en el resto de los casos. No podrá invocarse el poder de usar o participar en un medio ajeno con la finalidad de difundir mensajes audiovisuales si el legislador no habilita para ello mediante un desarrollo

[1706] COM (96) 483 final, cap. III, 2.3.

del derecho fundamental a la información. Pero como estos poderes se enlazan con los de los titulares de los medios, que a su vez invocan su propia libertad de programación y con los de los sujetos receptores, que reclaman su libertad de recepción y el respeto, en general, a sus derechos e intereses, la opción no puede ser otra que la regulación de estas relaciones mediante un conjunto legislativo lo más coherente posible.

Este conjunto normativo debiera de incluir los siguientes elementos:

- Ordenación del medio
- Creación de una Autoridad Independiente, el Consejo Audiovisual
- Estatuto profesional
- Estatuto de las empresas audiovisuales privada
- Estatuto de las empresas audiovisuales públicas y de la *Programación de servicio público*
- Derecho de acceso en sus distintas modalidades
- *Programación básica*

La ordenación técnica del medio no es un desarrollo directo del derecho a la información, pero resulta imprescindible para su ejercicio. En nuestro ordenamiento hemos asistido a una extensión de un Derecho de las Telecomunicaciones, basado en los principios de liberalización y libre concurrencia, pero que se ha limitado a los denominados servicios portadores. La normativa en materia de radio y televisión es una verdadera jungla que requiere un rápido desbroce. Se hace necesario la sistematización y refundición de las disposiciones liberalizadoras de los sistemas de transmisión y recepción y a partir de ahí decidir si la difusión de mensajes audiovisuales por cualquier medio (cable, satélite, sistemas terrenos, transmisión analógica o digital, Internet) pueden declararse si no ya servicio público, si servicios de interés público y cual es su ordenación para un más eficiente aprovechamiento de las posibilidades de transmitir y recibir. Una decisión sustancial debe ser tomada respecto a la atribución de canales entre los sistemas de recepción abiertos y cerrados. La habilitación para el ejercicio de la libertad de emisión a través de estos medios de transmisión si supone ya un desarrollo directo del derecho a la información y, por tanto, reservado al legislador orgánico.

La pieza institucional clave de todo el sistema ha de ser una autoridad independiente de regulación, un Consejo Audiovisual, elegido por el Congreso por un sistema de mayoría cualificada entre los candidatos de probado prestigio profesional, propuestos por asociaciones empresariales, profesionales, de espectadores y oyentes, sindicatos, patronal, asociaciones y corporaciones culturales y organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos humanos y promotoras de desarrollo. Sus competencias serían de desarrollo (elaborar un *Código de Programación*, norma deontológica y de buena práctica), ejecución (potestad habilitante y sancionadora), arbitraje y semijudiciales (*Comisión de Quejas)*, estudio y proposición.

Un Estatuto desarrollaría los derechos de los distintos profesionales que conforman la Programación. Además del derecho al secreto profesional, mandato constitucional incumplido por el legislador, se desarrollaría el derecho a la independencia profesional, las condiciones de formación y de colegiación, en su caso y los derechos de autor. En la

medida en que supusiera desarrollo de derechos fundamentales este Estatuto tendría rango orgánico.

Un Estatuto de la empresa audiovisual privada establecería las normas anticoncentración y transparencia en los casos de empresas productoras, programadoras y emisoras, limitando, especialmente, los intentos de dominio del mercado mediante concentración vertical. A estos efectos resultan importante las cuotas de producción y programación independiente que cada una de estas empresas habría de asumir. Asimismo, incluiría los porcentajes obligatorios de inversión en obras europeas. Este Estatuto delimitaría claramente el poder editorial, estableciendo las figuras del Editor, como titular que define los principios programáticos, y un Director de Programación, la necesidad de establecer unos Principios Programáticos y los supuestos de participación de los profesionales a través de Consejos de Redacción.

El Estatuto de la empresa pública audiovisual establecería las condiciones de neutralidad y autonomía, con un régimen de gestión en el que esté representado el pluralismo social y con una participación obligada de los profesionales. Definiría en términos generales las características de la *Programación de servicio público*, admitiendo que, en determinadas condiciones, programas bajo esta caracterización pudieran ser asumidos por empresas privadas y dejando la asunción concreta de estas programaciones al Estatuto fundacional de cada uno de estas empresas. Como viene exigido constitucionalmente, el control externo sería de carácter parlamentario, lo que, a nuestro juicio, exigiría el carácter orgánico de este Estatuto. La norma establecería el principio de una financiación pública suficiente, impondría muy rigurosos techos a la publicidad y crearía un Fondo Audiovisual para financiar estas empresas.

El derecho de acceso del sujeto universal requiere de interposición legislativa. Una ley orgánica regularía el derecho de contestación, superador del actual derecho de rectificación y con precisiones específicas para los medios audiovisuales, el derecho de acceso de los grupos significativos, sistematizaría el derecho de acceso de las candidaturas electorales y establecería reservas de programas de acceso general en las *Programaciones básicas* y de *servicio público* (lógicamente más elevados en este último caso).

Finalmente, una ley definiría la *Programación básica* como derecho del público, que los poderes públicos habrán de satisfacer directamente en aquel ámbito geográfico en el que los sujetos privados no mantengan al menos una *Programación básica* abierta y gratuita. El contenido de la *Programación básica* incorporaría los requerimientos de la Televisión sin Fronteras (protección de las obras europeas, protección de los menores y de la dignidad en general y protección frente a la publicidad) mejorándolos y exigiendo porcentajes de determinados programas para lograr una Programación equilibrada.

Cada uno de las categorías propuestas podría dar lugar a su propia ley. La oportunidad política y la opción ideológica pueden y deben graduar la concreción de este programa legislativo, pero creemos que a lo largo de este trabajo hemos dado razones suficientes para que no pueda ser considerado un ejercicio de puro arbitrismo, sino la consecuencia obligada de llevar a sus últimas consecuencias las libertades de expresión e información que nuestra Constitución consagra. Una opción más flexible sería la de utilizar

múltiples instrumentos legislativos para llevar adelante este programa. Otra, más rígida, pero también con mayores garantías de coherencia, sería la de optar por dos grandes leyes, una de carácter orgánico en cuanto que suponga desarrollo y condiciones de ejercicio del derecho fundamental, y otra, sin este rango, para ordenar el resto de las relaciones en las que se ejerce la libertad de programación. La primera podría denominarse Ley Orgánica de las libertades de programación, emisión y recepción y la segunda Ley General de los Medios Audiovisuales.

Este bloque normativo incluye un conjunto de instituciones, algunas ya existentes, imprescindibles para que estas relaciones jurídicas, regidas por el principio del pluralismo, cooperen en la realización del derecho fundamental. A lo largo de este trabajo hemos visto como frecuentemente detalladas instituciones resultan superadas por las oportunidades que el desarrollo tecnológico ofrece a los intereses puramente mercantiles. La virtualidad del reconocimiento y desarrollo de la libertad de programación es que supera el marco puramente institucional: al manifestarse en facultades y poderes concretos (interdicción de la censura en sus distintas modalidades, incluidas las privadas, independencia editorial, secreto profesional, cláusula de conciencia, independencia y participación profesional, derecho de contestación, derecho de acceso) es posible invocar la garantía jurisdiccional, de modo que lo que en principio podría considerarse un derecho de prestación a satisfacer por medio del servicio público se convierte en un conjunto de facultades que vienen a completar y revitalizar las instituciones. La inacción del legislador no puede ser suplida por el poder judicial, pero cuando esta pasividad equivalga a negación de un poder que pueda ser ejercitado, aunque imperfectamente, los tribunales pueden y deben amparar su ejercicio.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES

Puesto que a lo largo de esta investigación se han abordado un conjunto de problemas interrelacionados con la hipótesis general enunciaremos las conclusiones parciales obtenidas sobre los mismos, que nos conducirán a las conclusiones finales con las que contrastar esa hipótesis.

1ª .- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se positivizan en los derechos fundamentales, que se convierten, así, en fundamento del todo el orden político. *Los derechos fundamentales son conjuntos integrados de libertades (en sus tres dimensiones de autonomía, participación, capacidad, aunque en grado distinto en cada caso), a los que el Estado reconoce y protege.* Y esa protección significa no sólo crear un marco general favorecedor de la libertad e implantar un sistema de garantías frente a violaciones o injerencias y una exigencia de responsabilidad en caso de abuso; significa, también, hacer real la libertad, bien poniendo a disposición de todos los medios de ejercicio mediante prestaciones de los poderes públicos, bien estableciendo un sistema de regulación de tales medios, que armonice los poderes de los distintos titulares y pondere los diversos derechos para lograr el mayor grado posible de realización para todos. Los derechos fundamentales tienen una naturaleza compleja. En su contenido puede integrarse derechos subjetivos, derechos de prestación y garantías institucionales. Los derechos fundamentales vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares. Esta naturaleza de derechos complejos se manifiesta en la Constitución Española: las formulaciones de la Sección 1ª del Capítulo 1º suponen el reconocimiento de haces de libertades integradas en un derecho. La cláusula del Estado social impone a los poderes públicos acciones positivas para hacer realidad para todos la Libertad: proteger los derechos subjetivos, ponderar el ejercicio de los distintos derechos cuando puedan entrar en conflicto, crear sistemas de prestaciones para hacer posible el ejercicio de las libertades, ordenar los medios de ejercicio armonizando los poderes de los distintos titulares de un derecho.

2ª .- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INFORMACIÓN, INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

La libre comunicación es ante todo un derecho individual, pero su ejercicio tiene una dimensión institucional, en cuanto que es elemento esencial para la libre formación de la opinión pública, uno de los pilares del régimen democrático. El art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ofrece un modelo integrador de la comunicación como derecho humano: *Todos tienen derecho a la libertad de expresión e información por cualquier medio.* En Europa, este modelo se ha concretado en el art. 10 del Convenio Europeo. Conforme la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cualquier

limitación ha de estar prevista en la ley, ser proporcionada al fin que se persigue y ser necesarias en una sociedad democrática y, por tanto, estar al servicio de valores como los del pluralismo, tolerancia, el respeto mutuo, igualdad y los demás que conforman el Estado de Derecho. El ejercicio de las libertades de expresión e información tienen un carácter preferente. El Derecho comparado nos ofrece ejemplos distintos de institucionalización conforme a distintas concepciones. Estados Unidos aporta la interpretación jurisprudencial de una declaración liberal, que antepone el pluralismo externo y la experiencia de las autoridades independientes de regulación. El Reino Unido, un ejemplo de ordenación de la radiodifusión basada en el equilibrio entre el interés público y los intereses privados. Francia, la reinterpretación del servicio público al servicio del pluralismo. Italia, un ejemplo negativo, la necesidad de un desarrollo legislativo del derecho a la información. Alemania, la concreción del derecho a la información en la libertad institucional de la radiodifusión.

En conclusión, *el paradigma de la comunicación libre que es el derecho a la información, en su formulación del art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, logra un mayor grado de realización mediante instituciones que protejan estas libertades como derechos subjetivos y ordenen los medios necesarios para su ejercicio*. La dimensión universal del derecho a la información se ve confrontada con la inexistencia de instituciones internacionales que ofrezcan garantías semejantes a de los Estados nacionales.

3ª .- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, UN DERECHO COMPLEJO QUE ENGLOBA LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, INMEDIATAMENTE EXIGIBLES, PERO QUE REQUIERE DE DESARROLLO PARA UN MÁS ALTO GRADO DE REALIZACIÓN

La constitucionalización del derecho a la información en el art. 20 CE supone el reconocimiento de las libertades de expresión e información, cuyo ejercicio responsable a través de cualquier medio es garantizado institucionalmente. La dimensión capacidad de este derecho requiere de desarrollo legislativo, pero la vulneración de sus manifestaciones concretas es accionable ante los tribunales*. En los términos del art. 20, el derecho a crear y utilizar los medios necesarios para comunicar forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad de expresión e información. Tal derecho no requiere de interposición legal cuando se trate de medios naturales o cuando su disposición y uso no impida el derecho de los demás; en los demás casos, cuando con su uso impida, limite o condicione el derecho ajeno, se requiere la previa ordenación y configuración legislativa*. La jurisprudencia constitucional nos ofrece criterios (principio de proporcionalidad, con sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad) para ponderar el derecho a la información con otros derechos, criterios que pueden ser también aplicados para armonizar las facultades de los distintos sujetos del derecho. La garantía institucional básica es la prohibición de la censura. Otras garantías institucionales son la cláusula de conciencia y el secreto profesional, el control parlamentario y el acceso a los medios de comunicación públicos. El principio de la independencia de los informadores se ha incorporado al bloque normativo de la Constitución por la vía del desarrollo legislativo de la cláusula de conciencia.

4ª .- PARA QUE LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNICACIÓN -SERVIR A LA PERSONALIZACIÓN DEL INDIVIDUO Y A LA CONFORMACIÓN

DEMOCRÁTICA DE LA IDENTIDAD SOCIAL- NO SE DESNATURALICE LAS RELACIONES JURÍDICO-INFORMATIVAS DEBEN ESTAR ORDENADAS POR EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO

La comunicación personaliza al individuo y construye democráticamente la identidad social. Al comunicarnos socialmente constituimos relaciones jurídico-informativas en las que se realiza esa función pública. Si alguno de los sujetos que intervienen en la relación la polarizan en su beneficio, tal función se convierte en disfunción. Se hace necesaria la ordenación de las relaciones jurídico-informativas para que ninguno de los sujetos que en ella intervienen pueda absolutizar sus poderes en detrimento del resto de los sujetos. *Para garantizar la realización del derecho fundamental a la información la ordenación de las relaciones jurídico-informativas debe estar presidida por el principio del pluralismo, que se manifiesta como pluralismo externo (pluralismo de los sujetos), pluralismo interno (pluralismo en los sujetos), pluralismo de los mensajes y pluralismo de los medios. El pluralismo es la clave de la ordenación de las relaciones jurídico-informativas y pone en conexión los derechos subjetivos de los distintos sujetos con su dimensión institucional, las llamadas libertad interna y externa de los medios. El Estado debe garantizar el pluralismo informativo y los derechos de los sujetos informativos.*

5ª .- EL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES VIENE CUALIFICADO POR SU ESPECIAL FUNCIÓN PÚBLICA

La comunicación audiovisual es la difusión pública de imágenes, palabras y sonidos, que recrean la realidad y generan una participación simbólica del público en la misma, sin perjuicio de servir de vehículo informativo. La función pública de los medios audiovisuales se modela por: su capacidad de representar la realidad y permitir la participación simbólica; su poder de penetración y sugestión; ser la principal referencia simbólica e informativa para una mayoría de la población. Cualquier ordenación de las relaciones jurídico-informativas no puede ignorar esta peculiaridad de su función pública. Los argumentos clásicos del servicio público guardan todavía en gran parte su validez, no alterada por la multiplicación de canales. Pero estos argumentos aportan menos diferencias con otros medios de lo que tradicionalmente se ha sostenido. Sin embargo, *su peculiar función pública exige un régimen especial de los medios audiovisuales*. En nuestro ordenamiento la delimitación del servicio público por parte del Tribunal Constitucional puede resultar punto de partida válido para fundamentar ese régimen especial.

6ª .- NI EL SERVICIO PÚBLICO CLÁSICO, NI LA LIBERALIZACIÓN HAN SERVIDO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES

En nuestro ordenamiento la declaración de servicio público fue primero coartada para mantener el monopolio y luego fundamento de un procedimiento para seleccionar a los gestores de un oligopolio al que se estaría abocado, de modo caótico y sin garantía para el interés general, en un régimen de plena libertad. En toda Europa, la aparición desde mediados de los 80 de canales transnacionales de televisión por satélite supone el inicio de la voladura de los servicios públicos nacionales en el marco del proceso de liberalización. Los programas se convierten en mero soporte publicitario, en una mercancía más que se vende a publicitarios, so pretexto de la libre elección de los consumidores. El proceso de liberalización se instrumenta y atempera a través del derecho comunitario. La

convergencia con las telecomunicaciones acelera y radicaliza este proceso. El régimen de los medios audiovisuales puede quedar reducido al derecho de la competencia, pendiente sólo del pluralismo externo empresarial. *Ni el servicio público clásico, ni la liberalización suponen un modelo de ordenación presidido por un pluralismo pleno, un pluralismo de los sujetos, en los sujetos, de los mensajes y de los instrumentos*.

7ª .- EL RÉGIMEN DE LOS SUJETOS EMPRESARIALES PÚBLICOS Y PRIVADOS

Radiodifusores u operadores públicos y privados deben satisfacer la misma función pública. Los privados tienen una definición editorial y un objetivo de lucro; los públicos son neutrales ideológicamente y tienen como misión específica servir de cauce para la promoción de las condiciones que hagan efectiva la libertad y la igualdad. *El régimen jurídico de unos y otros debiera de ordenarse en círculos concéntricos, con un régimen común bastante amplio y con una misión de programación de servicio público que correspondiera preferentemente a los operadores públicos*. El régimen de las empresas públicas requiere una estricta definición de las misiones de servicio público que han de asumir, garantizar su independencia frente al poder político y frente al poder económico, independizándose de la financiación publicitaria. Se propone un sistema de financiación en el que la programación general y la programación de servicio público de los sujetos públicos estarían financiadas por el gravamen de las industrias que se benefician del gran negocio audiovisual y por otros ingresos de explotación y sus gastos generales correrían a cargo de los entidades públicas responsables.

8ª .- ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DEL SUJETO UNIVERSAL

El régimen del sujeto universal requiere la protección de los derechos de la personalidad, su protección como receptor pasivo, la protección de los menores y las minorías, la garantía de sus derechos como receptor, su protección en cuanto que consumidor y la institucionalización de facultades para que pueda ejercer su derecho a difundir ideas, opiniones e informaciones a través de los medios audiovisuales.

9ª .- ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE LOS SUJETOS CUALIFICADOS

El régimen del sujeto cualificado supone derecho a la independencia profesional, derecho a la participación, derecho a la cláusula de conciencia, derecho-deber al secreto profesional y deberes deontológicos.

10ª .- ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE LOS MENSAJES

Los mensajes audiovisuales, estructurados en obras, programas y Programación, son el núcleo esencial e integrador de los distintos medios audiovisuales. Su régimen viene condicionado por su importancia como mercancía escasa y exclusiva y la función pública que su difusión satisface. Por paradójico que resulte, para garantizar su efectivo pluralismo puede ser necesario condicionar y ordenar (fomento de la obras audiovisuales propias, protección de los menores y las minorías, regulación de la publicidad) su libre circulación y, a la inversa, limitar los derechos exclusivos.

11ª .- ELEMENTOS DEL RÉGIMEN DE LOS SISTEMAS DE TRANSMISIÓN

Estamos a las puertas de que se constituya una *red global abierta* que integre los distintos sistemas de transmisión a nivel mundial. Pero se corre el peligro de que esta red global quede sometida exclusivamente a las fuerzas del mercado, con los consiguientes riesgos de dualización social. Las técnicas de regulación aplicadas a las telecomunicaciones en un país, como el servicio universal, son de difícil aplicación a nivel mundial. Además, si los canales se multiplican, los recursos del espectro radioeléctrico son cada vez más demandados, con el riesgo de su comercialización. Una planificación global, que respete su carácter de recurso público, común para toda la humanidad, se hace imprescindible.

12ª .- ELEMENTOS DE LOS SISTEMAS DE RECEPCIÓN

La libertad de recepción exige la existencia de *sistemas abiertos* gratuitos y con una oferta plural de Programaciones. En los *sistemas cerrados*, en los que la recepción se condiciona al acuerdo con el transmisor, la pluralidad de programas y Programaciones se ve favorecida porque el operador de la red sea al mismo tiempo sujeto programador y por la aplicación de cuotas de Programaciones a cargo de programadores independientes. Los descodificadores deben ser abiertos y compatibles con las distintas redes *abiertas* o *cerradas*, de modo que a través de un único dispositivo puede accederse a todas las ofertas, gratuitas o de pago, transmitidas por cable, satélite, teléfono u ondas terrenas.

13ª .- OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS DE LA ERA DIGITAL: PROLIFERACIÓN DE CANALES Y ESCASEZ DE PROGRAMACIONES

La era digital que se anuncia se va a caracterizar por una red global integrada por un multiplicidad de redes diversas, la convergencia de los medios, la tendencia a la comercialización del espectro radioeléctrico entre unos nuevos servicios dispuestos a pujar por las frecuencias y el auge de los sistemas de recepción de pago. En este contexto, *la técnica digital permite una multiplicación de canales (finalmente finitos), que demandarán unas Programaciones escasas y costosas*.

14ª .- EN LA ERA DIGITAL, LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN ES LA CLAVE DE LA LIBERTAD DE RADIODIFUSIÓN

La libertad de programación es la facultad de concebir un conjunto coherente de programas (Programación), producirlos o adquirirlos y hacerlos emitir por un canal de propia o ajena titularidad. En la era digital, los canales se difuminan y las Programaciones ganan personalidad. La libertad de emisión deja de concentrar a las otras libertades difusivas. La libertad de emisión (la *libertad de antena*, la *libertad de crear medios*) pasa a segundo plano, se asemeja cada vez más a la libertad de transmisión y se realza la importancia de la libertad de programación. La libertad de programación da sentido a las libertades anteriores (libertad de producción) y posteriores (libertad de emisión y transmisión).

15ª .- LO CARACTERÍSTICO DE LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN ES LA FACULTAD DE HACER EMITIR UNA PROGRAMACIÓN POR UN CANAL AJENO

Lo específico de la libertad de programación es la ordenación de los mensajes en programas y Programación para su posterior emisión. Pero a diferencia de la libertad de emisión, la libertad de programación ya no requiere el poder sobre un canal. El titular del canal, el titular de la libertad de emisión, puede ejercer la libertad de programación, elaborando una Programación y emitiéndola por su canal, pero también se ejerce la libertad de programación haciendo emitir la Programación por un canal del que no se es titular*. Lo más definitorio de la libertad de programación es, por tanto, la facultad de hacer emitir una Programación propia por un canal ajeno*.

16ª .- LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN FORMA PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INFORMACIÓN, PERO LA GARANTÍA DE SU EJERCICIO REQUIERE DE INTERPOSICIÓN LEGISLATIVA CUANDO SE UTILICEN MEDIOS AJENOS

Si la libertad de emisión se ha reivindicado y reclamado ante los tribunales como el derecho a crear medios de difusión propios o, más propiamente, a obtener en condiciones objetivas del Estado la habilitación para operar un canal, *la exigencia característica, la facultad más propia de la libertad de programación, es la de acceder a un canal ajeno para difundir una Programación propia*. De este modo, si la libertad de emisión se caracteriza como una facultad primaria frente al Estado, *la libertad de programación es una facultad exigida frente a terceros, personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, en cuanto que titulares de un canal*. La libertad de programación tiene una naturaleza compleja. Su contenido está constituido por una pluralidad de poderes, que tienen en común la disposición en determinadas circunstancias de un canal ajeno. El derecho a crear y utilizar los medios necesarios para comunicar forma parte del contenido esencial del derecho a la información. Este es un *derecho de libertad*, que no requiere de interposición legislativa, en la medida en que se trate de medios naturales o su uso no impida el ejercicio por parte de los demás. Puesto que el meollo de la libertad de programación consiste en hacer uso de un medio podemos afirmar que forma parte del contenido esencial del derecho a la información, de su naturaleza jurídica característica y que esta libertad da cobertura al interés legítimo de todo hombre de comunicar por cualquier medio. Mas en cuanto que ese medio nos es ajeno y carecemos de titularidad y de poder sobre el mismo, no le podremos usar libremente, no bastará la abstención de los poderes públicos para que podamos utilizarlo, y requeriremos de una habilitación del legislador para comunicar nuestras ideas, opiniones e informaciones a través de un canal de radio o televisión del que no somos titulares. En otras palabras, *la libertad de programación forma parte del contenido esencial del derecho a la información, pero requiere del desarrollo e interposición legislativa, previamente a su ejercicio*. Los derechos a la cultura y al ocio son también fundamento de la libertad de programación. Aunque requerido de esa desarrollo, esta libertad no es un derecho de configuración legislativa, y aun faltando tal desarrollo puede ser directamente accionable cuando los poderes públicos o los particulares restrinjan arbitrariamente sus modalidades directamente ejercibles.

17ª .- LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN ES TANTO UN DERECHO DE LIBERTAD COMO DE PRESTACIÓN

La libertad de programación es un derecho de libertad frente al Estado, pero también frente a los particulares. *La libertad de programación es inmediatamente exigible frente a cualquier modo de censura pública o privada, incluida aquellas situaciones de monopolio u oligopolio de la libertad de emisión, que impide la programación de mensajes de relevancia pública. Y es un derecho de prestación porque el Estado debe ordenar las relaciones jurídico-informativas en los medios audiovisuales de modo que se armonicen las libertades de emisión y programación, y éstas con la de recepción, sin descartar que sea el propio Estado el que ponga medios a disposición del ejercicio de la libertad de programación*. Si esta ordenación está presidida por el principio de pluralismo podremos hablar de libertad de radiodifusión: la libertad del medio exige el equilibrio entre las libertades de los que pretenden difundir y los intereses de los que tienen derecho a recibir.

18ª .- CONCENTRACIÓN DEL PODER DE INFORMAR EN LA RADIO Y LA TELEVISIÓN

Las normas anticoncentración, aunque imprescindibles, son frecuentemente incumplidas o, en virtud del proceso de convergencia de los medios, pronto se convierten en obsoletas. Los instrumentos jurídicos aplicados (ya sean los topes a la concentración de capital, ya los límites sobre los audiencias) resultan sobrepasados por el poder y la versatilidad de funcionamiento de los grandes conglomerados transnacionales que actúan en un contexto global liberalizado. El desarrollo de la libertad de programación sirve al pluralismo externo -pluralidad de sujetos emisores y programadores- al pluralismo interno -acceso y participación de sujetos programadores, profesionales y público- y, en definitiva, al pluralismo de programas y Programaciones. *El derecho de la competencia y las normas específicas contra la concentración informativa y a favor de la transparencia empresarial y editorial (sin las que no puede haber libertad de recepción) no deben abandonarse, sino, por el contrario perfeccionarse y sobre, todo, coordinarse con los desarrollos de la libertad de programación como libertad autonomía, libertad participación y libertad capacidad*.

19ª .- EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN COOPERA AL PLURALISMO DE LOS PROGRAMAS

El objeto de la libertad de programación son los programas y Programaciones de todo género, incluidos los publicitarios. Resulta muy difícil distinguir entre programas con una función de servicio público y los puramente comerciales porque todos se interrelacionan, influyen y articulan en la unidad superior que es la Programación. La proliferación de canales puede redundar en una acuciante escasez de programas adaptados a las verdaderas necesidades de los respectivos públicos receptores. *El desarrollo de la libertad de programación redunda en un mayor pluralismo subjetivo, interno y externo, con mayores oportunidades para la diversidad de programas y Programaciones*.

20ª .- LA DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS ES UNA DE LAS FACULTADES ESENCIALES DE LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN

La existencia en todos los supuestos de unos principios programáticos, expresos o implícitos, se deriva de la necesidad de identificación entre el programador y su producto (los programas y la Programación). *Los principios programáticos informan la Programación*, tanto en cuanto a sus contenidos como a su tratamiento formal. La

determinación de los principios programáticos es una de las facultades esenciales de la libertad de programación. La determinación de los principios, la orientación general y la supervisión de la Programación son facultades típicas del sujeto programador empresarial. La orientación y realización de los programas lo son de los sujetos profesionales. La supervisión de la emisión y la transmisión corresponden a los sujetos emisores.

21ª .- LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN GENERA PARA LOS SUJETOS QUE LA EJERCEN UNOS DERECHOS DE AUTOR, BÁSICOS PARA GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA PROFESIONAL Y EL PLURALISMO DE LOS PROGRAMAS

Los derechos de autor son básicos para garantizar la independencia de los sujetos profesionales, en cuanto que les facilitan una remuneración adecuada y, sobre todo, en cuanto que a través de los derechos morales ven garantizada su dignidad y la de su obra. Un eficaz reconocimiento y protección de los derechos de autor redundará en obras -programas y Programaciones- de calidad y, por tanto, *los derechos de autor no sólo son contenido de la libertad de programación, sino que sirven también a la libertad de recepción del público*. En nuestro Derecho, la propiedad intelectual de los distintos creadores que confluyen en programas y Programaciones no están suficientemente garantizados. En el entorno digital se registra un aumento exponencial de contenidos que requiere encontrar un punto de equilibrio entre los legítimos derechos de los creadores y esa demanda social.

22ª .- LA DIMENSIÓN AUTONOMÍA DE LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN SE MANIFIESTA COMO INDEPENDENCIA EDITORIAL, REQUISITO SUSTANCIAL DEL PLURALISMO INFORMATIVO Y DEL PLURALISMO POLÍTICO

Los sujetos públicos tendrán frente a los poderes políticos autonomía antes que verdadera independencia y plena independencia frente a los poderes económicos, gracias a una financiación pública suficiente. En los sujetos de naturaleza privada la independencia de los poderes políticos será absoluta, mientras que respecto a los poderes económicos será siempre relativa, pues se dependerá del mercado para su financiación. *La independencia editorial es requisito del pluralismo en general, y del pluralismo político en particular*.

La independencia frente al Estado requiere garantías esenciales comunes a las sujetos programadores públicos y privados frente: la censura, la interferencia de emisiones, secuestro de soportes, suspensión y disolución de estos sujetos, reserva de categorías de programas, reserva de tiempos de emisión e inserción de comunicados oficiales y limitaciones al acceso a las fuentes oficiales. Son garantías específicas de los sujetos públicos un estatuto de autonomía que consagre la neutralidad ideológica. Para los sujetos privados la garantía esencial reside en la existencia de un procedimiento objetivo para obtener el título habilitante, concesión o licencia, si es que se exige para programar o emitir. Y en general se requiere un sistema de incompatibilidades entre el ejercicio de una responsabilidad política y la titularidad empresarial de la libertad de programación.

Mayor dificultad plantea garantizar la independencia frente a los poderes económicos. En el caso de los sujetos públicos la garantía principal es una financiación pública suficiente. *El sistema de audiencias contamina a sujetos públicos y privados y supone que programas y Programaciones se conviertan en un mero soporte de los*

espacios publicitarios. Para evitar la interferencia de la publicidad en la independencia editorial los principios de identificación, separación de programas y prohibición de influir las decisiones editoriales son criterios validos, pero de difícil cumplimiento.

23ª .- EL PODER EDITORIAL DE LOS SUJETOS PROGRAMADORES-EMISORES NO ES UN PODER INCONDICIONADO

El poder editorial es la dimensión capacidad de la libertad de programación de los sujetos emisores-programadores. Su manifestación más típica es la capacidad de determinar los principios programáticos. *El poder editorial absoluto es una forma de censura*. Un Estatuto debe regular las relaciones entre los titulares del poder editorial, los profesionales responsables en quien lo deleguen, las relaciones con los programadores independientes y con los profesionales. El caso de los programadores independientes es uno de los supuestos más característico de la libertad de programación, porque supone la emisión de una programación propia por unos medios ajenos. La dimensión capacidad de la libertad de programación de los programadores independientes supone ejercer un poder editorial interno, contratar la emisión en régimen de libre competencia y tener acceso a procedimientos objetivos de selección para la cobertura de cuotas por parte de los emisores públicos y privados, en el caso de estos últimos cuando se encuentren en una situación de monopolio.

24ª .- LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN DE LOS PROFESIONALES EXIGE UN ÁMBITO DE PODER PROPIO DENTRO DE LOS SUJETOS PROGRAMADORES, PODER AUTÓNOMO GARANTIZADO POR UN ESTATUTO DE INDEPENDENCIA PROFESIONAL

En el marco de los principios programáticos y la orientación general de la Programación que el sujeto empresarial delega en profesionales de su confianza, la dimensión capacidad de la libertad de programación de los profesionales comporta orientar, elaborar y supervisar los programas y elaborar la Programación. *La garantía para un ejercicio responsable de estos poderes es la independencia profesional: formación académica, libertad de asociación, colegiación y sindicación derecho al secreto profesional, sistemas de autocontrol, protección de los derechos de autor, secreto profesional, cláusula de conciencia y autonomía frente al programador empresarial, sin perjuicio de la dependencia laboral*.

25ª .- EL DERECHO DE ACCESO DEL SUJETO UNIVERSAL A LA PROGRAMACIÓN SIRVE AL PLURALISMO DE LOS PROGRAMAS Y RESULTA ESENCIAL PARA LA DEMOCRACIA

La dimensión capacidad de la libertad de programación supone para los sujetos no empresariales ni profesionales el acceso esporádico a la Programación. Al ejercer este derecho aumenta la variedad de los programas, las minorías encuentran la posibilidad de expresarse y la democracia se ve reforzada. *El derecho de acceso constituye un verdadero derecho subjetivo en los casos de respuesta, acceso de los grupos representativos y acceso de las candidaturas electorales*. En cambio, las solicitudes de acceso de ciudadanos o grupos carentes de representatividad pueden ser tratadas como simples pretensiones legítimas y encontrar satisfacción en el marco de unos programas de acceso

general y de debate. El derecho de acceso a las Programaciones de los sujetos públicos y privados por parte de los grupos representativos (partidos, sindicatos, asociaciones profesionales y de consumidores, asociaciones de espectadores, asociaciones de vecinos y organizaciones no gubernamentales dedicadas al desarrollo de los derechos humanos) debe ordenarse conforme al carácter significativo de estos grupos y respetando el pluralismo social y lingüístico. En la era digital uno o varios grupos significativos podrían asumir Programaciones completas. Una Fundación para la Comunicación Pública pondría a disposición de los grupos e individuos los medios necesarios para ejercer el derecho de acceso. El derecho de acceso de las candidaturas electorales debe estar presidido por el principio de equidad.

26ª .- LA PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO Y LOS PROFESIONALES EN EL PODER EDITORIAL INTRODUCE ELEMENTOS DE GESTIÓN DEMOCRÁTICA EN LOS SUJETOS EMPRESARIALES Y FAVORECE EL PLURALISMO DE LOS PROGRAMAS

La libertad de difundir mensajes audiovisuales se ejerce también colaborando en la determinación de los principios programáticos que predeterminan mensajes, programas y Programaciones. Así, desde un punto de vista institucional aumenta el pluralismo y se insertan elementos de gestión democrática; y desde un punto de vista subjetivo se ejerce la libertad de difusión en sus estadios preliminares. La participación en el poder editorial se concreta en la participación del público y de los profesionales. Participación institucional del público en los sujetos públicos (y en los privados en régimen de monopolio) a través de las asociaciones (especialmente de espectadores) a través de las que se expresa el pluralismo social. Participación de los profesionales en los órganos deliberantes que determinan los principios programáticos y a través de los Estatutos de Redacción en el nombramiento de los responsables editoriales.

27ª .- LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN DEBE ARMONIZARSE CON LA LIBERTAD DE RECEPCIÓN

La libertad de programación tiene su correlato en la libertad de recepción. La libertad de programación es un fin en si misma, pero un fin que sólo puede realizarse por medio de la recepción de programas y Programaciones. Por eso, la libertad de programación tiene que armonizarse con la libertad de recepción. La libertad de recepción, como la libertad de programación, tiene un mismo origen en el derecho fundamental a la información. La esencia de la libertad de recepción es el poder elegir los mensajes audiovisuales que se reciben. En cuanto libertad-autonomía supone garantías frente a imposiciones e injerencias y en cuanto libertad-capacidad puede entenderse como la facultad de exigir que el Estado garantice un suministro suficiente y adecuado de programas para que el sujeto receptor pueda desarrollarse culturalmente en la sociedad de su tiempo. *Sin un reconocimiento y protección eficaz de la libertad de recepción la libertad de programación quedaría invalidada*.

28ª .- LA LIBERTAD DE RECEPCIÓN IMPONE A LOS PROGRAMADORES EL DEBER DE TRANSPARENCIA

Por el hecho de difundir una Programación el programador crea una situación jurídica, que va a convertirse en relación por la recepción por parte de un sujeto o una pluralidad de sujetos. En esta relación y *para no frustrar la libertad de elección del receptor el programador tiene un deber de transparencia: transparencia subjetiva, transparencia editorial y transparencia respecto a programas y Programación*. Este deber de transparencia respecto a los programas se concreta en el deber de una información completa sobre programas y Programaciones y un deber de respeto de la integridad de la Programación.

29ª .- LA LIBERTAD DE RECEPCIÓN SE CONCRETA EN UN DERECHO DE PRESTACIÓN Y EN LA NECESIDAD DE QUE EL ESTADO GARANTICE UNA PROGRAMACIÓN BÁSICA, SUPERADA POR LA PROGRAMACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO, DEBIDA POR LOS SUJETOS PROGRAMADORES PÚBLICOS

La libertad de recepción se convierte en un derecho de prestación, en un derecho de crédito que puede ser exigido frente al Estado. *Los poderes públicos tienen que garantizar que todos al menos reciban una Programación básica, o en otras palabras, que todas las Programaciones, de los sujetos privados y públicos, cumplan unos mínimos requisitos de calidad y diversidad*. En cuanto a la *Programación de servicio público*, la que es debida por los sujetos programadores públicos a los receptores, ha de tener por finalidad expresa la de promover los derechos de los más desfavorecidos y atender los intereses insatisfechos por el mercado. Los requisitos de calidad y diversidad de la *Programación básica* incluyen la protección de la audiencia, la protección de la identidad social, el equilibrio y la pluralidad de los programas.

30ª .- LA ARMONIZACIÓN EXIGIDA POR LAS DIRECTIVAS DE LA TELEVISIÓN SIN FRONTERAS HA IMPUESTO UNA PROGRAMACIÓN BÁSICA COMUNITARIA

La coordinación de los derechos nacionales por las Directivas ha desembocado en una *Programación básica comunitaria* que establece unos requisitos mínimos respecto a la promoción de los programas europeos, la regulación de la publicidad, la protección de los menores y la limitación de los derechos exclusivos. Se trata de un sistema imperfecto y plagado de concesiones a los intereses comerciales, pero punto de partida válido para definir una verdadera *Programación básica.*

31ª .- LA PROGRAMACIÓN BÁSICA DEBE PROTEGER LA IDENTIDAD Y LA DIVERSIDAD

El sistema europeo de cuotas de obras europeas e independientes ha producido muy mediocres resultados, pero sin su existencia las obras nacionales y europeas hubieran tenido todavía una menor presencia en la Programación. Los nuevos porcentajes de inversión obligatoria en obras nacionales y europeas abren una perspectiva favorable, pero si este mecanismo termina por sustituir a las cuotas se perderá uno de los parámetros de la *Programación básica*. La protección de la diversidad lingüística en la *Programación básica* es perfectamente compatible con el Derecho comunitario y el nacional y encuentra una concreción razonable en las normas catalanas.

32ª .- LA PROGRAMACIÓN BÁSICA EXIGE LIMITACIONES CUALITATIVAS Y CUANTITATIVAS DE LA PUBLICIDAD

La diversidad de la Programación sólo se logra limitando la publicidad. La ordenación de la publicidad en la *Programación básica comunitaria* es ambigua y viene a legitimar las actuales prácticas publicitarias. Las menos afortunadas son las normas de inserción, mereciendo un juicio más favorable las que regulan la publicidad ilícita y prohibida.

33ª .- LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXIGE QUE LA PROGRAMACIÓN BÁSICA ESTABLEZCA RESTRICCIONES SOBRE LOS PROGRAMAS QUE PUEDAN DAÑAR SU DESARROLLO E INCLUIR PORCENTAJES MÍNIMOS DE AQUELLOS OTROS PROGRAMAS QUE PUEDAN FAVORECER ESTE DESARROLLO

La protección de los menores impone a la libertad de programación obligaciones positivas y obligaciones negativas. Obligaciones positivas para que existan programas especialmente dirigidos al desarrollo integral de los menores, conforme a los requerimientos de su edad. Y obligaciones negativas, para impedir la difusión de aquellos programas, que teniendo la audiencia adulta derecho a recibirlos, pueden resultar perniciosos para el desarrollo de los menores. *Para el cumplimiento de esta obligaciones negativas la Programación básica debe delimitar un horario adulto, incluir una clasificación de los programas en función de su adecuación a las distintas edades y advertencias sonoras y visuales en aquellos programas reservados para adultos*. Los sujetos públicos deben de asumir compromisos más rigurosos en esta materia, y las administraciones deben promocionar la producción, programación y emisión de estos contenidos, que no resultan rentables para el mercado. *En cuanto a las obligaciones positivas, la Programación básica debe incluir porcentajes mínimos de programas infantiles, que debieran ser superados en las Programaciones de servicio público*.

34ª .- EL RECONOCIMIENTO DE LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN NO REDUNDA EN LA EXISTENCIA DE SUJETOS PENALMENTE IRRESPONSABLES

Existe una correlación entre los sujetos de la libertad de programación y los sucesivos niveles de responsabilidad penal. No tiene base objetar al reconocimiento de las distintas manifestaciones de la libertad de programación que en tal caso se constituirían zonas inmunes. *En los supuestos de derecho de acceso obligatorio la responsabilidad penal debiera quedar circunscrita a los sujetos que ejercen el acceso, sin derivar ésta hacia los responsables editoriales, si es que los primeros resultarán exentos de responsabilidad*. En estos casos de acceso legalmente impuesto resultaría también obligado limitar la responsabilidad civil al sujeto que ejerce el acceso.

35ª .- LA GARANTÍA DE LA LIBERTAD DE RECEPCIÓN EXIGE SOMETER A LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN A UN SISTEMA DE AUTOCONTROL REGULADO

Un sistema de autocontrol regulado (autocontrol en un marco público) puede ampliar el contenido de la Programación básica en materia de derechos de la personalidad, protección de la dignidad, protección de los menores, protección de los consumidores y frente a la publicidad y en materia de equilibrio de la Programación. Correspondiendo la exigencia de responsabilidad penal a los tribunales, un Consejo Audiovisual, autoridad independiente de regulación, concentraría las competencias de ejecución de la ordenación del medio y su vigilancia (incluida la potestad sancionadora), habilitación para emitir y establecería un código ético y de buena práctica a la que se sometería la *Programación básica*, con una Comisión de Quejas a la que pudieran acudir los ciudadanos.

36ª .- LA LIBERTAD DE PROGRAMACIÓN REQUIERE DE DESARROLLO LEGISLATIVO

La interposición legislativa es imprescindible cuando el ejercicio de la libertad de programación requiera el uso de medios ajenos y conveniente en el resto de sus manifestaciones. *El desarrollo legislativo debiera incluir una ordenación del medio, la creación de un Consejo Audiovisual, un Estatuto profesional, un Estatuto de la empresa audiovisual privada, un Estatuto de las empresas audiovisuales públicas y de la Programación de servicio público, la regulación de la Programación básica y el reconocimiento y garantías del derecho de acceso en sus distintas modalidades*. Este desarrollo legislativo podría concretarse en una Ley General de los Medios Audiovisuales y en una Ley Orgánica de las Libertades de Programación, Emisión y Recepción.

CONCLUSIONES FINALES

Confrontadas las anteriores conclusiones con la hipótesis inicial vemos que en lo substancial ésta se confirma, pero con la importante precisión de la necesidad de habilitación legislativa para ejercer esta libertad a través de medios que nos son ajenos. Las conclusiones pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- ***La libertad de programación es la facultad de concebir un conjunto coherente de programas audiovisuales (Programación), producirlos o adquirirlos y hacerlos emitir por un canal de propia o ajena titularidad.***

- ***La libertad de programación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la información, pero, aunque no es un derecho de configuración legislativa, la mejor garantía de su ejercicio requiere de desarrollo legislativo cuando se utilicen medios ajenos.***

- ***En la era digital, la libertad de programación es la clave de la libertad de radiodifusión.***

- ***La libertad de programación se concreta en independencia editorial y profesional, participación institucional y profesional y derecho de acceso.***

- ***La libertad de programación se armoniza con la libertad de recepción a través de la Programación básica y la Programación de servicio público.***

- ***El desarrollo de la libertad de programación es compatible con un régimen de servicio público, pero le supera y sirve mejor a la realización del derecho fundamental a la información.***

- ***La libertad de programación requiere de instituciones, pero comporta facultades subjetivas susceptibles de garantía jurisdiccional. El ejercicio y, en su caso, invocación ante los tribunales de estas facultades supone el ejercicio de un derecho subjetivo y al tiempo un medio para superar las deficiencias institucionales. La libertad de programación, derecho subjetivo, tiene una función relevante para la democracia en la era digital.***

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DOCUMENTALES

1. Libros

- **ABAD ALCALÁ, LEOPOLDO**, *El servicio público de televisión ante el siglo XXI*, Dykisson, Madrid, 1999.
- **ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, NICETO**, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975.
- **ALEXY, ROBERT,** *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- **ARIÑO ORTIZ, GASPAR; CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL DE LA; AGUILERA, LUCÍA,** *Las Telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- **ARONS DE CARVALHO, ALBERTO,** *A liberdade de informação e o Conselho de Impresa: 1975-1985*, Direcçao-Geral da Comunicação Social, Lisboa, 1986.
- **BARENDT, ERIC,** *Broadcasting Law: A comparative study*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1995.
- **BARENDT, ERIC,** *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- **BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J.,** *El régimen jurídico de la comunicación social*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994.
- **BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J.,** *La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990.
- **BEL MALLEN, IGNACIO; CORREDOIRA Y ALFONSO; LORETO; COUSIDO, PILAR,** *Derecho de la Información. I Sujeto y Medios*, Colex, Madrid, 1992.
- **BELL, MARTIN,** *In harm's way. Reflections of a war-zon thug*, Penguin Book, Londres, 1995.
- **BENEYTO, JUAN,** *La opinión pública internacional*, Tecnos, Madrid, 1963.
- **BERCOVITZ, ALBERTO (COORDINADOR),** *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- **BERNÁNDEZ, GARCÍA, JULIO,** *El deporte correctamente hablado*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988.
- **BERRIGAN, FRANCES J. (ED.),** *L'accès àla communication. Quelques modèles occidentaux de media communautaires*, Unesco, Paris, 1977.
- **BONETE PERALES, ENRIQUE (EDITOR),** *Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- **BOURDIEU, PIERRE,** *Sobre la televisión*, Anagrama, Madrid, 1998.
- **BRACHER, K. D.,** *La dictadura alemana: génesis, estructura y consecuencias del nacionalsocialismo*, Alianza Universidad. Madrid, 1973.
- **CARRERAS SERRA, LLUÍS DE,** *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996.
- **CARRILLO, MARC,** *La claúsula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Civitas, Madrid, 1993.
- **CASTRO Y BRAVO, FEDERICO DE,** *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- **CEBRIÁN HERREROS, MARIANO,** *Información audiovisual: concepto, técnica, expresión y aplicaciones*, Síntesis, Madrid, 1995.
- **CEBRIÁN HERREROS, MARIANO,** *Información Televisiva: mediaciones, contenidos, expresión, programación*, Síntesis, Madrid, 1998.
- **CEBRIÁN HERREROS, MARIANO**, *La información audiovisual como servicio democrático*, Forja, Madrid, 1983.
- **CEBRIÁN HERREROS, MARIANO,** *Introducción al lenguaje de la televisión. Una perspectiva semiótica*, Pirámide, Madrid, 1978.
- **CENDÁN PAZOS, FERNANDO,** *Historia del derecho español de prensa e imprenta*, Editora Nacional, Madrid, 1974.
- **COLOMBO, FURIO,** *Últimas noticias sobre el periodismo. Manual de periodismo internacional*, Anagrama, Barcelona, 1997.

- **COLOMBO, FURIO,** *Televisión: la realidad como espectáculo*, Gustavo Gili, Barcelona, 1977.
- **COLLIARD, ALBERT,** *Libertés publiques*, Precis-Dalloz, 1972.
- **CONESA SÁNCHEZ, FERNANDO,** *La libertad de empresa periodística*, Eunsa, Pamplona, 1978.
- **CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO,** *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Bosch, Barcelona, 1991.
- **CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO,** *El patrocinio. Su régimen jurídico en España y en la CEE*, Bosch, Barcelona, 1991.
- **CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO,** *Mecenas en pantalla*, Ediciones del Drac, Barcelona, 1991.
- **CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO; SÁNCHEZ-TABERNERO, ALFONSO,** *Transparencia y control de los medios informativos. Informe sobre la situación española y perspectiva europea*, Fundación de la Comunicación Social, Madrid, 1994.
- **CREMADES GARCÍA, JAVIER (COORDINADOR),** *Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **CRESPO DE LARA, PEDRO,** *El artículo dos. La prensa ante el Tribunal Supremo*, Prensa Española, Madrid, 1975.
- **CURRAN, JAMES; SEATON, JEAN,** *Power without responsability: the Press and Broadcasting in Britain*, University Paperbacks, Londres, 1985.
- **CHAMOUX, JEAN-PIERRE,** *Droit de la Communication*, PUF, París, 1994.
- **CHINCHILLA MARÍN, CARMEN,** *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.
- **CHOMSKY, NOAM; HERMAN, EDWARD S.,** *Los guardianes de la libertad*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1990.
- **DEBBASH, CHARLES,** *Droit de l'audiovisuel*, Dalloz, 4ª edición, Paris, 1995.
- **DERIEUX, EMMMANUEL,** *Droit de la Communication*, L.G.D.J, 2ª edición, Paris, 1994.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *El autocontrol de la actividad informativa*, EDICUSA, Madrid, 1973.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *El secreto profesional del periodista*, Madrid, 1976.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *Fundamentos de Derecho de la Información*, Confederación de Cajas de Ahorros, Madrid, 1977.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *La información como derecho*, Editora Nacional, Madrid, 1974.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Eudema, Madrid, 1987.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA; BEL MALLÉN, IGNACIO;,CORREDOIRA, LORETO, COUSIDO; PILAR, GARCÍA SANZ, ROSA Mª ,** *Derecho de la Información. II Los mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994.
- **DESANTES, JOSÉ MARÍA; SORIA, CARLOS,** *Los límites de la información. La información en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991.
- **DÍAZ, ELÍAS,** *Estado de Derecho y sociedad democrática*, EDICUSA, Madrid, 1969.
- **DÍEZ-PICAZO, LUIS,** *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993.
- **DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA,** *Sobre secretos oficiales*, Civitas, Madrid, 1998.
- **DÍEZ-PICAZO, LUIS; GULLÓN, ANTONIO,** *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1988.
- **DOMENACH, JEAN-MARIE,** *La propaganda politique*, PUF, 8ª edición, París, 1979.
- **DURÁN LLAGUNA, PALOMA (COORD.),** *Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993.
- **ECO, UMBERTO,** *Apocalípticos e integrados en la cultura de masas*, Lumen, Barcelona, 1968.
- **ESCARPIT, ROBERT,** *Lo fijo y lo movedizo*, Mensaje y Medios, nº 1, IORTV, 1978.
- **ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS,** *Derecho de la Información*, Dykinson. Madrid, 1998.
- **ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS,** *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1997.
- **ESTEBAN, JORGE,** *Por una comunicación democrática*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976.
- **ESTEVE PARDO, JOSÉ,** *Régimen Jurídico-Administrativo de la Televisión*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1984.

- **FAUS BELAU, ÁNGEL,** *La era audiovisual. Historia de los primeros 100 años de la radio y la televisión*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1995.
- **FERNÁNDEZ -SHAW, FÉLIX,** *Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión*, Tecnos, Madrid, 1978.
- **FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN,** *El paisaje televisivo en España*, Aranzadi, Madrid, 1997.
- **FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO,** *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.
- **FERNÁNDEZ-SHAW, FÉLIX,** *La difusión internacional de los programas audiovisuales*, Tecnos, Madrid, 1980.
- **FRIEDRICH, C. J.**, *El hombre y el gobierno*, Tecnos, Madrid, 1968.
- **GARCÍA GODOY, ANTONIO,** *El derecho a la televisión sin fronteras*, Aguaclara, Alicante, 1995.
- **GARCÍA LLOVET, ENRIQUE,** *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991.
- **GARCÍA PELAYO, MANUEL,** *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, 5ª edición, Madrid, 1959.
- **GAY FUENTES, CELESTE,** *La televisión ante el derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- **GILLMOR, D.; BARRON, J,** *Mass communication law: cases and comment*, Next Publishing Co., St. Paul Minn., 1974.
- **GIORDANO, EDUARDO, ZELLER, CARLOS,** *Políticas de televisión. La configuración del mercado audiovisual*, Icaria, Barcelona, 1999.
- **GLEDJURA, STEFAN,** *Medios de comunicación de masas bajo el comunismo,*, Estudios de Información, nº 4, 1967.
- **GONZÁLEZ BALLESTEROS, TEODORO,** *Aspectos jurídicos de la censura cinematográfica*, Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- **GONZÁLEZ BALLESTEROS, TEODORO,** *El derecho de réplica y rectificación en prensa, radio y televisión*, Reus, Madrid, 1981.
- **GONZÁLEZ ENCINAR, JOSÉ JUAN (EDT.),** *La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- **GONZÁLEZ CASANOVA, JOSÉ ANTONIO,** *Comunicación humana y comunicación política*, Tecnos, Madrid, 1968.
- **GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO,** *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982.
- **KELSEN, HANS,** *Compendio de Teoría General del Estado*, Blume, Barcelona, 1979.
- **LABRADA RUBIO, VALLE,** *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1998.
- **LEMA DEVESA, C.; GÓMEZ-MONTERO, JESÚS,** *Código de Publicidad*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- **LÖFFLER, MARTIN; RICKER, REINHART,** *Handbuch des Pressrechts*, Munich, 1978.
- **LINDE PANIAGUA, ENRIQUE (EDIT.),** *Las radiotelevisiones en el espacio europeo*, Valencia, 1990.
- **LÓPEZ ARANGUREN, JOSÉ LUIS,** *La comunicación humana*, Guadarrama, Madrid, 1967.
- **LÓPEZ GARRIDO, DIEGO,** *La crisis de las telecomunicaciones. El fenómeno desrregulador en Estados Unidos, Japón y Europa*, Fundesco, 1988.
- **LÓPEZ-ESCOBAR, ESTEBAN,** *Análisis del 'nuevo orden' internacional de la información*, EUNSA, Pamplona, 1978.
- **LÓPEZ-ESCOBAR, ESTEBAN; BERTRAND, CLAUDE-JEAN,** *La televisión por cable en América y Europa*, Fundesco, Madrid, 1985.
- **LÖWENSTEIN, KARL,** *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970.
- **LLAMAS POMBO, EUGENIO (COORD.),** *Libertad de expresión. Estudio jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997.
- **LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA,** *Telecomunicaciones: régimen general y evolución normativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- **MADIOT, YVES,** *Droit de l'homme et libertés publiques*, Masson, París, 1976.
- **MARCHÁN, JAIME,** *Derecho Internacional del espacio. Teoría política*, Civitas, Madrid, 1990.
- **MC QUAIL, DENIS,** *Introducción a la Teoría de la Comunicación de Masas*, Paidós, Buenos Aires, 1985.
- **MILL, JOHN STUART,** *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, 1980.
- **MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO,** *Servicio Público y Mercado. I Los Fundamentos. II Las Telecomunicaciones. III La televisión. IV El sistema eléctrico*, Civitas, Madrid, 1998.
- **MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO (ED.),** *Derecho Europeo del Audiovisual. Actas del congreso organizado por la Asociación Europea de Derecho del Audiovisual (Seviila, octubre de 1996)*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

- **NIETO GARCÍA, ALFONSO,** *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993.
- **PECES -BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO,** *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.
- **PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO,** *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Editorial Mezquita, Madrid, 1982.
- **PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO ET ALT.,** *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1987.
- **PECES-BARBA, MARTÍNEZ, GREGORIO,** *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- **RAMONET, IGNACIO,** *La tiranía de la comunicación*, Temas de Debate, Madrid, 1998.
- **RICHERI, GIUSEPPE,** *La transición de la televisión*, Bosch, Barcelona, 1994.
- **RICHERI, GIUSEPPE (ED.),** *Los satélites de televisión en Europa. Historia, política y economía*, Fundesco, Madrid, 1988.
- **RIESMAN, DAVID**, *La muchedumbre solitaria*, Paidós, Buenos Aires, 1964.
- **RIPOL CARULLA, SANTIAGO,** *Las libertades de información y comunicación en Europa*, Tecnos, Madrid, 1995.
- **RIVERS, W; SCHRAMM, W.,** *Responsability in Mass Communications*, 2ª edición, Nueva York, 1969.
- **ROBERTSON, GEOFFREY; NICOL, ANDREW G.L,** *Media Law: the rights of Journalists, Broadcasters and Publishers*, Sage, Londres, 1985.
- **RODRIGUEZ PASTORIZA, FRANCISCO,** *Perversiones televisivas*, Instituto Oficial de Radio y Televisión, Madrid, 1998.
- **RUBIO LLORENTE, FRANCISCO Y OTROS,** *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.
- **SAHAGÚN, FELIPE,** *De Gutemberg a Internet. La sociedad internacional de la Información. Periodismo y diplomacia. Televisión y Guerra*, EIC, Madrid, 1998.
- **SALVADOR CODERCH, PABLO,** *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- **SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS,** *El derecho a informar*, Cosmos, Valencia, 197.
- **SÁNCHEZ TABERNERO, ALFONSO, Y OTROS,** *Concentración de la comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público*, Centre d'Investigació de la Comunicació-European Institute for the Media, Barcelona, 1993.
- **SANTAELLA, MANUEL,** *El nuevo de Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 1989.
- **SARTORI, GIOVANNI,** *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998.
- **SCHILLER, HERBERT,** *Los manipuladores de cerebros*, Gedisa,Madrid,, 1987.
- **SIEBERT, F.; PETERSON, T. ; SCHRAMM, W.,** *Four theories of the press*, Urbana, 1956.
- **SONNENBERG, URTE (ED.),** *Organising Media Accontability: experiences in Europe*, European Juornalism Centre, Maastricht, 1997.
- **SUÁREZ LOZANO, JOSÉ ANTONIO,** *Aproximación al Derecho del Audiovisual*, EGEDA, Madrid, 1995.
- **TERROU, FERNAND,** *La información*, Oikos-Tau, Barcelona, 1970.
- **TERROU, FERNAND; SOLAL, LUCIEN**, *El derecho a la información*, UNESCO, París, 1952.
- **THOMAS, RUTH,** *Broadcasting and democracy in France*, Bradford University Press, Londres, 1976.
- **TRUYOL SERRA, ANTONIO,** *Historia de la Filosofía del Derecho y el Estado II*, Revista de Occidente, Madrid, 1976.
- **TRUYOL SERRA, ANTONIO,** *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968.
- **VÁZQUEZ MONTALBÁN, MANUEL,** *Historia y Comunicación Social*, Bruguera, Barcelona, 1980.
- **VILLANUEVA, ERNESTO,** *Régimen Constitucional de las Libertades de Expresión e Información en los Países del Mundo*, Fragua, Madrid, 1997.
- **VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO,** *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asuturias,Oviedo, 1994.
- **VOYENNE, BERNARD,** *Le droit àl'information*, Aubier-Montagne, París, 1970.
- **WARREN, SAMUEL; BRANDEIS, LOUIS,** *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995.
- **WILLIAMS, ARTHUR,** *Broadcasting and democracy in West Germany*, Bradford University Press, Londres, 1976.
- **WORONTZOFF, MADELEINE,** *La prensa en Lenin*, Fontanamara, Barcelona, 1979.

- **ZEMAN, Z. A. B.,** *Nazi propaganda*, Oxford University Press, Londres, 1973.

2. Artículos en revistas y obras colectivas

- *"Droits d'auteur, droits voisins et télévision"*, La Lettre du CSA, nº 61, Paris, 1994.
- *"La propiedad intelectual en los medios de comunicación social"*, Monográfico de Comunicación y Estudios, nº 7, Valencia, 1997.
- *Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austriaca UE, Viena, 1998.
- *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2.000*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.
- *L'autocontrôle dans le domaine des médias en Republique fédérale d'Allemagne. Un rapport du Délégué du Governement Fédéral pour les Questions de la Cuture et des Médias*, Bonn, febrero, 1999.
- **AGUIAR DE LUQUE, LUIS,** *"Los limítes de los derechos fundamentales"*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 14, pp. 9-34, 1993.
- **AGUINAGA, ENRIQUE,** *"Constitución profesional del periodismo"*, Cuadernos par Debate, nº 94, 1997.
- **ALCOVER IBÁÑEZ, NORBERTO; SIMÓN LANCIS, Mª TERESA,** *"La trama oculta de la gran prensa española"*, Cuadernos Cristianime i Justícia nº 80, Barcelona, 1998.
- **ÁLVAREZ MONZONCILLO, JOSÉ MARÍA,** *"La producción audiovisual y las nuevas formas de consumo audiovisual" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editrorial, Madrid, 1997.
- **ARAÚJO BOYD, MARCOS; CABRERA ZARAGOZA, SUSANA,** *"Introducción a la normativa comunitaria de liberalización de las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997.
- **ARIÑO ORTIZ, GASPAR,** *"Servicio público y servicio universal en las Telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **ARNOLD, RAINER,** *"The role of public television broadcasting within the competitive market in Germany" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **ARPÓN DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, ALMUDENA,** *"El régimen jurídico de la interconexión en España" en Derecho de las Telecomunicaciones (I)*, Boletín ICAM, nº 6, 1997.
- **ASPAS ASPAS, JOSÉ MANUEL,** *"La libertad informática, un nuevo derecho fundamental desvelado por el Tribunal Constitucional"*, Revista Aragonesa de Administración Pública, 4, pp. 417-431, 1994.
- **ÁVILA ÁLVAREZ, ANTONIO; DÍAZ MIER, MIGUEL A.,** *"Las cuotas comunitarias de programación televisiva y los acuerdos internacionales sobre comercio (GATT-GATS): El conflicto EE.UU-Unión Europea" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **AYMERICH OJEA, IGNACIO,** *"Génesis de los Derechos Humanos", en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993.
- **AZNAR TABERNER, JOSÉ,** *"Los servicios portadores de televisión en un mercado competitivo" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO,** *"La aplicación de la doctrina de los 'límites inmanentes' a los derechos fundamentales sometidos a reserva legal"*, Revista Española de Derecho Constitucional nº 38, mayo-agosto, 1993.
- **BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO; VELASCO CABALLERO, FRANCISCO,** *" 'Límites inmanentes' de los derechos fundamentales y reserva de ley"*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 85, 1995.
- **BALLE, FRANCIS,** *"Cultural and sociopolitical effects of convergence with reference to media regulation at the national and Community levels" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austriaca UE, Viena, 1998.
- **BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA,** *"La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **BARTON CARTER, T.,** *"La regulación de las nuevas tecnologías de la información en Estados Unidos" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.

- **BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO JOSÉ,** *"La jurisprudencia constitucional de los noventa sobre la televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997.
- **BAZ RODRÍGUEZ, JOSÉ MARÍA,** *"La claúsula de conciencia de los profesionales de los medios de comunicación del artículo 20.1, d) CE: un supuesto de ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en la empresa"*, Actualidad Laboral, I nº 47, II nº 48, 1994.
- **BENDER, GUNNAR,** *"Bavaria v. Felix Somm. The pornography conviction of the former CompuServer manager"*, International Journal of Communications Law and Policy, 1, 1998.
- **BENEYTO PÉREZ, JOSÉ MARÍA,** *Comentario al art. 16 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo II*, Cortes Generales, Madrid, 1995.
- **BENEYTO, JUAN,** *"El acto de presencia como información" en la Información Configurante*, Editora Nacional, 1975.
- **BENEYTO, JUAN,** *"El derecho a ser informado"*, Persona y Derecho, Vol. V, 1978.
- **BERCOVITZ, ALBERTO,** *"La propiedad intelectual en las autopistas de la información" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **BERGEVIN, J.,** *"The Green Paper on Commercial Communications" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **BERNARD, JEAN-CLAUDE,** *"Media accountability systems: an overview" en Organising Media Accontability: experiences in Europe*, European Juornalism Centre, Maastricht, 1997.
- **BIGGAM, ROSS,** *"Protection minors: self-regulation of programmes and advertising in the UK" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **BONETE PERALES, ENRIQUE,** *"Conflictos morales en los medios audiovisuales" en Ética de la comunicació audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- **BOTELHO MONIZ, CARLOS,** *"Les rapports de concurrence entre télévision publique et télévision privée au Portugal" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **BUHIGAS ARIZCUN, JUAN,** *"La financiación de las televisiones públicas en España" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **BULLINGER, MARTIN,** *"Publicidad y programación televisiva en el nuevo ordenamiento europeo de televisión"*, Revista Española de Derecho Constitucional nº 10, 1990.
- **BUSTAMANTE, ENRIQUE,** *"Contenidos de la televisión digital y retos de la política audiovisual europea"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.
- **BUSTOS GISBERT, RAFAEL,** *"El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión"*, Revista de Estudios Políticos, nº 85, 1994.
- **CABRERO GARCÍA, JAIME,** *"La propiedad intelectual en Internet"*, Otrosí, nº 139, ICAM, 1998.
- **CÁCERES Y CASSILLAS, RICARDO,** *"La Ley de televisión local por ondas de 22 de diciembre de 1995" en Derecho de las Telecomuniciaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1996.
- **CALATAYUD CHOVER, DAVID,** *"Supuesta vulneración del Derecho a la libertad de información: carencia de veracidad de la información. Los rumores"*, Revista General de Derecho, 634-635, pp. 8741-8749, 1997.
- **CAMPBELL, ANGELA J.,** *"Self regulation and the media"*, Federal Communications Law Jorurnal, vol. V, 1999.
- **CARDONI, GIOVANNI,** *"Nuove norme sulla Tv"*, Cinema d'Oggi, nº 10, mayo, 1998.
- **CARRETERO SÁNCHEZ, SANTIAGO,** *"El juez ante los juicios paralelos de la prensa"*, Poder Judicial, nº 40, pp. 263-268, 0.
- **CARRILLO, JAVIER,** *"La contratación de los derechos audiovisuales en las distitntas modalidades de televisión" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, 1997.
- **CARRILLO, MARC,** *"El papel de las regiones en la regulación del sector televisivo español" en derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial,Madrid, 1997.
- **CARRILLO, MARC,** *"Unión Europea, Comunidades Autónomas y Televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **CARRO MARINA, MARTA,** *"La aplicación de la regulación europea sobre ayudas públicas en la financiación de las empresas públicas de televisión. El caso español" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

- **CASTEDO, FERNANDO,** *"La Constitución como fuente de derechos" en la Constitución y las fuentes del Derecho, Tomo I*, I.E.F., Madrid, 1979.
- **CASTENDYK, OLIVER,** *"The need to adapt the present broadacasting regulation to the new realities: cable, satellite and new inteactive services as alternatives to traditional broadcasting" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, 1997.
- **CAVALLIN, JENS,** *"European Policies and Regulations on Media Concentration"*, International Journal of Communications Law and Policy, 3, 1998.
- **CONDE I CASTEJÓN, JORDI,** *"El Reglamento de las Telecomunicaciones por cable" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministeriode Fomento, Madrid, 1996.
- **COPEIRO DEL VILLAR, ANTONIO; PIZCUETA PEDRA, JOSÉ ALBERTO,** *Presentación a "La propiedad intelectual en los medios de comunicación social"*, Monográfico de Comunicación y Estudios, nº 7, Valencia, 1997.
- **CORMACK, MIKE,** *"El repte digital de la televisió pública al Regne Unit"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.
- **CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO,** *"Análisis de las causas de evolución de las telecomunicaciones" en Derecho Europeo del Adiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO; SÁNCHEZ-TABERNERO, ALFONSO,** *Transparencia y control de los medios informativos. Informe sobre la situación española y perspectiva europea*, Fundación de la Comunicación Social, Madrid, 1994.
- **CORTINA, ADELA,** *"Universalizar la aristocracia: por una ética de las profesiones"*, Otrosí ICAM, nº 134, (reproducido de Claves de Razón Práctica, nº 75), 1998.
- **COUSIDO GONZÁLEZ, MARÍA PILAR,** *"Los delitos de opinión y expresión en el marco de la actividad televisiva" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, 1997.
- **CREMADES GARCÍA, JAVIER,** *"El Derecho de la Telecomunicaciones en Europa y en España" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley-Actualidad, Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **CREMADES GARCÍA, JAVIER,** *"La libertad de creación de medios de comunicación" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **CREMADES GARCÍA; JAVIER, YUN, PABLO,** *"La transición a la libre competencia en las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997.
- **CREMADES GARCÍA, JAVIER; SÁNCHEZ PINTADO, EMILIO,** *"El régimen jurídico de la televisión digital por satélite mediante sistema de acceso condicional" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **CRUZ VILACA, JOSÉ LUÍS DA; MARQUES CORREIA, VASCO,** *"Le structure du secteur de la télévision en Portugal" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **CUÉTARA MARTÍNEZ, JUAN MIGUEL DE LA,** *"La Ley de las Telecomunicaciones por cable de 22 de diciembre de 1995" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministeriode Fomento, Madrid, 1996.
- **CHINCHILLA MARÍN, CARMEN,** *"El régimen jurídico de la radiodifusión sonora" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **DAGTOGLOU, P.D,** *"Television in Greece" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuel Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **DAVEY, JON,** *"Cable and satellite broaddcasting in the UK" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **DELGADO PORRAS, ANTONIO,** *"La obra audiovisual. Planteamiento general" en I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derechos de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2.000*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.
- **DELYANNI, ELSA,** *"Contenu et application de la Directive 93/83 du Conseil relative àla coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins, applicables àla radiodifussion par satellite et àla retransmission par câble" en Derecho E. del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, 1997.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *"De la libertad de expresión al derecho a la información"*, Persona y Derecho. 24, 1991.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *"La formación del informador, garantía de la libertad de expresión"*, Documentación de Ciencias de la Información, nº 16, 1993.

- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *"Naturaleza y deontología del periodismo de denuncia"*, Comunicación y Sociedad, vol. X, nº 2, Pamplona, 1997.
- **DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA,,** *"De la libertad de expresión al derecho a la información" en Escritos en memoria de Michel Villey I*, Pamplona, 1991.
- **DESANTES, GUANTER, JOSÉ MARÍA,** *"La titularidad de la empresa informativa sobre el medio que difunde"*, Comunicación y Sociedad, Vol. VIII, nº 2, Pamplona, 1995.
- **DÍAZ ARIAS, RAFAEL,** *"Algunos aspectos de los derechos de autor de los periodistas en España" ponencia en la Conferencia Internacional "Dereitos de Autor dos Jornalistas na Era da Globalização"*, Sindicato dos Jornalistas, Lisboa, 1999.
- **DÍAZ ARIAS, RAFAEL,** *"Por una información independiente y profesional. Estatutos de Redacción"*, Encuentro de Periodistas y Profesionales de la Información, CCOO-FESPACE, Madrid, 1997.
- **DÍAZ ARIAS, RAFAEL,** *"Por una información profesional: un proyecto de Estatuto para los Servicios Informativos de TVE"*, Revista de Documentación de Ciencias de la Información, Madrid, 1984.
- **DÍAZ ARIAS, RAFAEL,** *"Radiodifusión regional" en Comunicación y Sociedad (Homenaje al profesor Beneyto)*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.
- **DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA,** *"Publicidad y derechos fundamentales" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **DOMMERING, EGBERT,** *"The dutch audiovisual landscape: an interesting case" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **DOUTRELPONT, CARINE,** *"Le secteur audiovisuel et la libre prestation de services dans l'Union Européenne" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial,Madrid, 1997.
- **DURAND, JACQUES,** *"La répresentation du temps dans les médias audiovisuels"*, Communication et Langes nº 108, 2 trimestre 1996, traducido por Juan López Rubiá en Documentos RTVE nº 531, 1997.
- **ÉCIJA BERNAL, HUGO,** *"La propiedad intelectual en la empresa audiovisual" en La propiedad intelectual en los medio de comunicación social*, Monográfico de Comunicación y Estudios, nº 7, Valencia, 1997.
- **EIJK, N.A.M.N.,** *"Cable television networks in Europe" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **EKLÖW, STAFFAN; HILLERSTRÖM, HELENE,** *"The swedish broadcasting sector" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **ELTZROTH, CARTER,** *"Traditional broadcasting and new technologies" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **ERDOZAIN LÓPEZ, JOSÉ CARLOS,** *"Ley de Condiciones de Contratación: Una perspectiva de comercio electrónico"*, Otrosí, ICAM, junio, 1999.
- **ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS,** *"Aspectos jurídicos de la televisión digital en España"*, Otrosí, nº 139, ICAM, 1998.
- **ETXEBARRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO,** *"La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales"*, La Ley Actualidad, nº 4919, 1999.
- **EZCURRA, LUIS,** *"Sobre la conveniencia de designar una autoridad independiente para el control del cumplimiento de la reglamentación por parte de las empresas públicas y privadas de televisión" En Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial; Madrid, 1997.
- **FARIAS, PEDRO,** *Voz "Derecho a la comunicación"*, Diccionario de Ciencias y Técnicas de la Comunicación, Ed. Paulinas, Madrid, 1991.
- **FERNÁNDEZ FONTECHA, MANUEL,** *"Constitución y asistencia legal"*, Otrosí, ICAM, nº 140, 1998.
- **FERNÁNDEZ PLASENCIA, SANTIAGO,** *"La utilización de las infraestructuras del sistema eléctrico para servicios de telecomunicaciones y televisión" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **FERNÁNDEZ, LIONEL D.,** *"La regulación de redes y servicios multimedia" en Derecho de las Telecomunicaciones,*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, ALFONSO; GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA,** *Comentario al art. 20 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo II*, Cortes Generales, Madrid, 1995.

- **FERRER SAMA, JOSÉ ANTONIO,** *"La liberalización de los servicios de telecomunicaciones por satélite. Régimen legal" en Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997.
- **FROHNE, RONALD,** *"The EU regulations (mesaures and proposals) concerning the protection of minors with regard to broadcasting programming and advertising" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO,** *"Los derechos fundamentales según el Tratado de Mastricht sobre la Unión Europea"*, Derechos y Libertades, febrero-octubre, 1993.
- **GARCÍA DE TORRES, ELVIRA,** *"Estructura comunicativa y organización de contenidos en Internet"*, Comunicación y Estudios Universitarios, nº 7, Valencia, 1997.
- **GARCÍA LLOVET, ENRIQUE,** *"El Estatuto de Radiotelevisión Española y la ley de televisión privada" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997.
- **GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, ERNESTO,** *"Materias clasificadas y control paralamentario"*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1996.
- **GARRIDO GÓMEZ, M. ISABEL,** *"Datos personales y protección del ciudadano"*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 87, pp. 71-97, Madrid, 1997.
- **GAY FUENTES, CELESTE,** *"La gestión autonómica de la televisión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **GAY FUENTES, CELESTE,** *"La modificación de la ley de Televisión sin Fronteras"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.
- **GAY FUENTES, CELESTE,** *"Los instrumentos europeos de fomento al sector audiovisual. En particular los programas Media I y Media II" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **GIBBONS, THOMAS,** *"The United Kingdom transposition of european regulation concerning advertising an sponsorship: the ITC codes and rules" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **GIBBONS, THOMAS,** *"La televisión pública en el Reino Unido" en la Televisión pública en la Unión Europea,* McGraw Hill, Madrid, 1996.
- **GÓMEZ DEL PRADO, JOSÉ L.,** *1948-1998: Cincuenta años desde la Declaración Universal de Derechos Humanos a las oepraciones en el terreno de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Boletín ICAM, nº 9, 1998.
- **GÓMEZ PUENTE, MARCOS,** *"Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la televisión"*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 84, pp. 629-651, 1994.
- **GÓMEZ REINO Y CARNOTA, ENRIQUE,** *"Las libertades públicas en la Constitución" en Lecturas sobre la Constitución Española, Vol. I*, UNED, Madrid, 1978.
- **GÓMEZ- REINO Y CARNOTA, ENRIQUE,** *Prólogo a Legislación Básica de Derecho de la Información*, Tecnos, Madrid, 1994.
- **GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, ENRIQUE,** *"Alcance y límites de derecho de rectificación" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **GONZÁLEZ ENCINAR, JOSÉ JUAN,** *"El derecho de la televisión" en El régimen jurídico de la televisión*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1995.
- **GONZÁLEZ ENCINAR, JOSÉ JUAN,** *"La televisión pública en España" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- **GONZÁLEZ QUINZÁ, ARTURO,** *"El servicio universal: el gran reto del nuevo derecho de las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunciaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997.
- **GONZÁLEZ REIGOSA, CARLOS,** *"Los males del periodismo español" en Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- **GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, PEDRO,** *"Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)"*, Actualidad Informática Aranzadi, julio,, 1998.
- **HERDEGEN, MATTHIAS,** *"The Länder's broadcasting compentences an the european legal order: study of the german constitucional court judgment of march 22nd, 1995 and the reform of the basic law" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

- **HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO,** *"Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral"*, Cuadernos de Derecho Judicial, 35, 1993.
- **HEUBLEIN, RALF,** *"The future of cable television in Germany" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **HINS, WOUTER,** *"Funtions and competences of teh Commissariaat voor de Media in the Netherlands" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG**; **SCHULZ, WOFGANG,** *"La televisión pública en Alemania" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996
- **HOLOUBEK, MICHAEL,** *"Organizational structures in audiovisual media regulation" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia
- **HOLOUBEK, MICHAEL**, *"La televisión pública en Austria" en La televisiones pública en la Unión Europea*, McGraw, Madrid, 1996 austriaca de la UE, Viena, 1998.
- **HORDIES, JEAN-PAUL, MAQUA, AGNÈS,** *"L'exception culturelle: aspects de droit européen et de droit national de quelques états membres" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **HUGENHOLTZ, P.BERNT,** *"Copyright and multimedia. Licensing in the digital era" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **JIMENA QUESADA, LUIS,** *"La campaña electoral y el derecho de antena en las radios municipales"*, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 4, Valencia, 1993.
- **JIMENA QUESADA, LUIS,** *"La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el video comunitario"*, Revista General de Derecho, 601-602, pp. 10873-10932, 1994.
- **JIMENA QUESADA, LUIS,** *"Los monopolios radiotelevisivos y la libertad de comunicación audiovisual en el marco europeo"*, Revista General de Derecho, 627, pp.13122-13138, 1996.
- **JIMÉNEZ, ROGER,** *"Media accontability in Spain: the Spanish press ombudsman" en Organising Media Accontability: experiences in Europe*, European Juornalism Centre, Maastricht, 1997.
- **KEANE, JOHN,** *"La Democracia y los medios de comunicación"*, Revista Internacional de Ciencias Sociales, nº 129, 1991.
- **KLEINSTEUBER, HANS J.,** *"Què és una 'Anstalt'?. La televisió pública a Alemanya"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.
- **KNAUER, LEON T.,** *"El entorno mundial de las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **KÖNIG, CHRISTIAN, RÖDER, ERNST,** *"Converging Communications, Diverging Regulators?"*, International Journal Communications Law and Policy, 1, 1998.
- **KREILE, JOHHANNES,** *"The political impact of the european program quotas -an analysis of at. 4 and 5 of the Directive 89/552//EEC-" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **KUHN, RAYMOND,** *"Television regulation en Britain" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **LAGUNA DE PAZ JOSÉ CARLOS,** *"Televisión privada: gestión indirecta de un servicio público" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997.
- **LANGE, BERND-PETER,** *"The adoption of transparency measures in relation to the ownership of media enterprises" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **LAPORTA, FRANCISCO J.,** *"El derecho a informar y sus enemigos" en Ética de la comunicación audiovisual*, Tecnos, Madrid, 1999.
- **LE DUC, DON R.,** *"Liberté d'expression et radiodiffusion: les dangers d'une analyse par analogie"*, UER Revue (Programmes, Adminstration, Droit) V. XXX, enero 1979.
- **LEMA DEVESA, CARLOS,** *"Análisis de la Ley General de Publicidad"*, Campaña, nº 336, Madrid, 1988.
- **LÓPEZ BLANCO, CARLOS,** *"El régimen jurídico de la telefonía en España" en Derecho de las Telecomunicaciones (I)*, Boletín ICAM, nº 6, 1997.
- **LÓPEZ GARRIDO, DIEGO**, *Nota Introductoria* al repertorio *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 25 años de jurisprudencia (1959-1983)*, BJC, Cortes Generales, Madrid, 1983.

- **LÓPEZ LOZANO, MIGUEL ÁNGEL,** *"La liberalización de las infraestructuras" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **LÓPEZ LOZANO, MIGUEL ÁNGEL,** *"El régimen jurídico de las inversiones extranjers en las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministeriode Fomento, Madrid, 1997.
- **LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO,** *"La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978"*, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 34, 1981.
- **LÓPEZ RODÓ, LAUREANO,** *"La Administración Pública y las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **MALACZUK, PETER**, *"Derecho comunitario y televisión" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- **MARTI DEL MORAL, ANTONIO,** *"De nuevo sobre la jurisprudencia del Tribunal Suupremo y del Tribunal Constitucional en torno a la televisión por cable" en Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997.
- **MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, JUAN JOSÉ,** *"La intimidad en relación con el sector de las telecomunicaciones" en Derecho de las Telecomunicaciones (II)*, Boletín ICAM, nº 7, 1997.
- **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO,** *"El paradójico protagonismo de la Administración Pública para la efectividad de algunos derechos fundamentales"*, Revista Aragonesa de Administración Pública, 4,pp. 11-32, 1994.
- **MARTÍNEZ ALBERTOS, JOSÉ LUIS,** *"La objetividad del mensaje periodístico: criterios para su entendimiento y valoración"*, Mensaje y Medios, nº 5, 1978.
- **MARTÍNEZ ALBERTOS, JOSÉ LUIS,** *"La tesis del perro guardián: revisión de una teoría clásica"*, Estudios sobre el mensaje periodístico, nº 1, pp. 13-25, 1994.
- **MASOUYÉ, CLAUDE,** *"Les problemes juridiques posé par la distribution des signaux porteurs de programmes transmis par satellite"*, UER Revue (Programmes, Adminstration, Droit v. XXIX, nº 4, 1978.
- **MASSAGUER FUENTES, JOSÉ,** *"Los derechos de la propiedad intelectual en Internet" en La propiedad intelectual en los medios de comunicación social*, Monográfico de Comunicación y Estudios, nº 7, Valencia, 1997.
- **MAXWELL LEWIS, CAMERON,** *"Problem of supranational cover television broadcasting" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **MEDINA ORS, GUILLERMO,** *"Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Estados Unidos" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **MERINO, CARLOS,** *"La nueva regulación del cable en España" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **MEROLA, MASSIMO,** *"Televisión pública y privada en Italia: financiación y normas comunitarias" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **MESTRE DELGADO, JUAN FRANCISCO,** *"Redes de telecomunicaciones y protección de datos" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **MOJTO, JAN,** *"Expectations of Broadcasting Operators regrading the work of the Regulatings Authorities of the future" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, ComisiónEuropea-Presidencia austriaca UE, Viena, 1998.
- **MOMIGLIANO, CARLO,** *"The need for different regulations and limits for different forms of advertising: the telepromotion case" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **MONDOU, CHRISTOPHE,** *"La structure du secteur de la radiodifusion télévisuelle en France" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS; OLARTE ENCABO, SOFÍA,** *"Los derechos de información en el marco del sistema de derechos constitucionales"*, Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, 33, Sevilla, 1994.
- **MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ,** *"Titularidad privada de los servicios de interés general" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **MORAGAS SPLA, MIGUEL,** *"Satélites en la comunicación social"*, TELOS, Nº 2.
- **MORANGE, JEAN** *"La televisión pública en Francia" en La televisión pública en Europa*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- **MUNRO, COLIN,** *"La libertad de prensa en Inglaterra: como la bestia fue domada"*, Revista de Adminstración Pública, nº 131, mayo-agosto, 1993.

- **MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO,** *"La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas" en El régimen jurídico de la televisión y sus problemas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- **NIEWIARRA, MANFRED,** *"A european regulation on media concentration is neccesary?" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **NIHOUL, PIERRE,** *"L'audiovisuel en Belgique: quelles competences pour quelles entités?" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **NÚÑEZ ENCABO MANUEL,** *"El necesario autocontrol de los Códigos Deontológicos"*, FAPE, abri-mayo, 1998.
- **ORTEGA, LUIS,** *"El derecho del audiovisual y los consumidores"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.
- **ORTIZ BRÚ, CARLOS Mª ,** *"De la Ley de Ordenación a la Ley General de Telecomunicaciones. Las Telecomunicaciones en España: presente y futuro" en Derecho de las Telecomunicaciones (I)*, Boletín ICAM, nº 6,, 1997.
- **OTTO, IGNACIO DE,** *"La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución" en Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- **PACE, ALESSANDRO,** *"El sistema televisivo italiano" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **PACE, ALESSANDRO**, *"La televisión pública en Italia" en La televisión pública en la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996
- **PAPPAS, SPYRIDON A.,** *"The European Commission's thinking on audiovisual regulatory authorities" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austrica UE, Viena, 1998.
- **PÉREZ GARCÍA, JOSÉ,** *"Comentarios al Real Decreto-Ley de Infraestructuras comunes de telecomunicaciones en edificios"*, Otrosí, nº 141, ICAM, septiembre, 19980.
- **PÉREZ GÓMEZ, JOSÉ MARÍA,** *"La televisión por cable en la doctrina constitucional"*, La Ley-Actualidad, 1, 1995.
- **PFISTER, FRANÇOIS,** *"La réglementation des activités de radio et télévisuuelles au Grand-Duché de Luxembourg" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **PINTO, ROGER,** *"La liberté de information et d'opinion en Droit International"*, Economica, Paris, 1984.
- **PINTO, ROGER (CORD.),** *Colloque de Strasbourg: la Circulation des Informations et le Droit International*, Pedone, Paris, 1978.
- **PORTER, VINCENT,** *"Public and private broadcasting in the United Kingdom. An example for the rest of Europe?" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **QUADRA-SALCEDO, TOMÁS,** *"Los programadores independientes y el estatuto de la empresa audiovisual" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **QUINTANA, YOLANDA,** *Sociedad, consumidores y medios de comunicación*, Confederación Española de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, Madrid, 1996.
- **RAINER, ARNOLD,** *"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre los servicios de difusión" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997.
- **RAMOS SIMÓN, LUIS FERNANDO,** *"Notas sobre las nuevas tecnologías de la información y sus relaciones con el derecho a la Comunicación"*, Informática y Derecho, 0.
- **REDLEY, MICHAEL,** *"New challenges to audiovisual regulatory authorities" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austriaca UE, Viena, 1998.
- **RICHERI, GIUSEPPE,** *"La RAI: situació actual i perspectives"*, Quaderns del CAC, Barcelona, junio, 1999.
- **RICHERI, GIUSEPPE,** *"Los satélites en Europa: canales abundantes, programas escasos"*, TELOS, nº 2. pp. 62-60.
- **RODRIGUEZ BEREIJO, ÁLVARO,** *"Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo"*, La Ley-Actualidad, 2, 1996.
- **RODRÍGUEZ BEREIJO, ÁLVARO,** *"La libertad de información en la jurisprudencia constitucional"*, Claves de Razón Práctica, nº 72, 1997.
- **RODRÍGUEZ ILLERA, REINALDO,** *"La liberalización de las telecomunicaciones en la Unión Europea" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.

- **RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME,** *"Comunicación, información y derechos fundamentales"*, Poder Judicial, nº 41-42, pp. 297-332, 0.
- **ROGER RULL, MARIONA,** *"Desarrollo de las telecomunicaciones por cable en España" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **RUBIDO DE LA TORRE, JOSÉ LUIS,** *"Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor"*, Revista General de Derecho, 627, pp. 12949-12963, 1996.
- **RUIZ ROBLEDO, AGUSTÍN,** *"La Constitución cultural española"*, La Ley-Actualidad, nº 4751, 10 de marzo, 1999.
- **SAAVEDRA, MODESTO,** *"La ética televisiva y los derechos del público"*, Claves de Razón Práctica, pp. 42-49, 1994.
- **SÁINZ MORENO, FERNANDO,** *"La regulación legal de la televisión privada en la jurisprudencia constitucional"*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 2, 1981.
- **SALVADOR CODERCH, PABLO; LLOVERAS I FERRER, MARC-ROGER; SEUBA I TORREBLANCA, JOAN CARLES,** *"Del servicio público al servicio a la comunidad"*, Revista de Administración Pública, nº 136, 1996.
- **SAN PÍO ALADRÉN, JOSÉ LUIS DE,** *"La televisión digital desde el punto de vista jurídico" en Derecho de las Telecomunicaciones (I)*, Boletín ICAM, nº 6, 1997.
- **SÁNCHEZ BLANCO, MIGUEL,** *"La regulación del uso del espectro radioeléctrico" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997.
- **SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL,** *"250 años desde el 'El espíritu de las leyes', del Barón de Montesquieu"*, Suplemento al nº 193 de Otrosí, ICAM, 1998.
- **SÁNCHEZ DE LA TORRE, ÁNGEL,** *"Los derechos del hombre y el orden jurídico"*, Boletín ICAM, nº 9, 1998.
- **SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS,** *"Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior"*, Revista General del Derecho, 596, pp. 5033-5050, 1994.
- **SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS,** *"El control parlamentario de las radiotelevisiones públicas en España"* en *Las radiotelevisiones en el espacio europeo*, Valencia, 1990.
- **SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS,** *"El Gobierno y la Televisión Española" en Gobierno y Administración II*, Madrid, 1988.
- **SANMARTÍN, JOSÉ; GRISOLÍA, JAMES S.; GRISOLÍA, SANTIAGO (EDS.),** *Violencia, televisión y cine*, Ariel, Barcelona, 1998.
- **SANZ CAJA, VALENTÍN,** *"Pasado, presente y futuro de las telecomunicaciones por cable en España" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.
- **SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO**, *"Televisión por cable y control de las omisiones del legislador. En torno a la STC 31/1994"*, Revista Española de Derecho Constitucional, 41, 1999.
- **SCHARF, ALBERT,** *"What TV and radio operators expect from future audiovisual regulatory authorities - from the viewpoint of public networks" en Audiovisual media and authorities: tasks and challenges for regulators in an evolving media landscape in Europe*, Comisión Europea-Presidencia austriaca UE, Viena, 1998.
- **SCHILLER, HERBERT,** *"Vers un nouveau siècle d'imperialisme américain"*, Le Monde Diplomatique, agosto, 1998.
- **SCHWARZ, MATTHIAS,** *"The television sector in Germany" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **SEMPERE RODRÍGUEZ, CÉSAR,** *Comentario al art. 16 CE en Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo II*, Cortes Generales, Madrid, 1995.
- **SERRANO SÁEZ, JESÚS MARÍA,** *"La libertad de expresión y libertad de información"*, Cuadernos de derecho Judicial, 33, 1993.
- **SERRANO VÉLEZ, M,** *"La televisión y la protección de los derechos del menor"*, Ciencia Policial, nº 34, 1996.
- **SKOURIS, WASSILIOS,** *"Advertising regulations depending on the different mass media: a critical study of the different treatment of commercial communication throught press and broadacasting" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **SOBRAO MARTÍNEZ, FRANCISCO,** *"El derecho de rectificación", Persona y Derecho, Vol. V*, Pamplona, 1978.
- **SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ,** *"La libertad de expresión como derecho de la sociedad democrática: la imagen constitucional del periodista"*, Sistema, 118-119, pp. 259-271, 1994.
- **SORIANO, JOSÉ EUGENIO,** *"La Comisión del mercado de las telecomunicaciones" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, 1997.

- **SPRUNG, OLIVIER,** *"La reglamentation applicable aux chaînes de télévision publiques: la situation française" en Derecho del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **TARLE, ANTOINE DE**, *"Tempeté sur les médias"*, Communication et langages, nº 108, 2º trimestre 1996, pp. 4-10
- **THEOPHILE, DIDIER,** *"L'application de la Directive 'Télévision Sans Frontiers' en France dans le domaine de la publicité télévisée" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **TIZZANO, ANTONIO,** *"Les pouvoirs du 'Garante Televisivo' en Italie" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **TOMÁS MALLÉN, BEATRIZ,** *"La justificación de los derechos humanos", en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993.
- **TORRES DEL MORAL, ANTONIO,** *"La libertad de comunicación pública" en Derecho de las Telecomunicaciones*, La Ley Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997.
- **TORRES-DULCE LIFANTE, EDUARDO,** *"La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, Cuadernos de Derecho Judicial, 33, 1993.
- **TOSATO, GIANI LUIGI,** *"The problems of implementing the broadcasting directive 552/89/EEC in italian legal order" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **UNGERER, HERBERT,** *"EU Competition Law in Telecommunications, Media and Information Technology Sectors", Fordham Corporate Law Institute: 22nd Annual Conference od Antitrust Law and Policy*, Fordham University School of Law, Nueva York, 1995.
- **URIOS MOLINER, SANTIAGO,** *"Garantías de los derechos humanos. La protección internacional de los derechos humanos", en Manual de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 1993.
- **VALDÉS ALONSO, ALBERTO,** *"Los derechos de autor de los profesionales de los medios audiovisuales" en La propiedad intelectual en los medios de comunicación social*, Monográfico de Comunicación y Estudios, nº 7, Valencia, 1997.
- **VARELA, SANTIAGO,** *"La Constitución española en el marco del Derecho Constitucional Comparado" en Lecturas sobre la Constitución*, UNED, 2º edición, Madrid, 1979.
- **VILLÁN DURÁN, CARLOS,** *"Las medidas de intervención adoptadas por el Consejo de Seguridad en materia de derechos humanos"*, Boletín ICAM, nº 9, 1998.
- **VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO,** *"Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993"*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 41, 1994.
- **WADE, SOUNÉ,** *"Les instruments d'autoréglementation en matière de protection des mineurs en Italie" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **WAELBROECK, MICHEL,** *"Community competition policy in the audiovisual sector" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- **WATSON, ANDREW,** *"Mutual recognition of satellite broadcasting licences in Europe" en Derecho Europeo del Audiovisual*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

3. Documentos

- *"A survey of telecommunications"*, The Economist, 13/9/97, 1997.
- *"Communiquer sans fil"*, Especial Le Monde, 20/11/97, 1997.
- *"Los Estatutos de Redacción"*, V Seminario profesional de Comunicación Social, COSO 95, Valencia, 1995.
- *Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo sobre la armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, COM(97) 628 final, Bruselas, 1997.
- *Report of the Commitee on the future of Broadcasting (Informe Annan)*, HMSO, Londres, 1977.
- *The future funding of the BBC. Report of the Independent Review Panel. Chairman Gavyn Davies*, Department for Culture, Media and Sports, Londres, julio,, 1999.
- **ABC,** *Libro de Estilo*, Ariel, Barcelona, 1993.
- **BBC,** *Producers' Guidelines*, Londres, 1996.
- **BBC,** *Royal Charter and Agreement*, Londres, 1996.

- **COMISIÓN EUROPEA,** *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committe: study on parental control of the television broadcasting*, COM (99) 371 final, Bruselas, 1999.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Comunicación de la Comisión Europea sobre el Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, COM(96) 586 final, Bruselas, 1996.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo (Informe Bagemann)*, COM (94) 347 final, Bruselas, 1994.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Green Paper on Radio Spectrum Policy in the context of European Community policies such as telecommunications, broadcasting, transport, and R&D*, COM (1998) 596 final,Bruselas, 1998.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Green Paper on the protection of minors and human dignity*, COM (96) 483 final, Bruselas, 1996.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Hacia la Sociedad de la Información en Europa: plan de acción*, COM (94) 347 final, Bruselas, 1994.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *II Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de la Directiva 89/552/CEE "Televisión sin Fronteras"*, COM (97) 523 final,Bruselas, 1997.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *III Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de los arts. 4 y 5 de la Directiva 89/552/CEE en el período 95-96, incluida una evaluación general del período 91-96*, COM (98), 199 final, Bruselas, 1998.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento y al Consejo Social sobre los progresos del plan de acción para la introducción de los servicios de televisión avanzada en Europa*, COM (98) 441 final, Bruselas, 1998.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *L'ere numérique et la politique audiovisuelle européenne (Rapport du Groupe de Réflexion á Haut Niveau sur la politique audiovisuelle) (Informe de Alto Nivel o Informe Oreja)*, Bruselas, 1998.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Libro Verde "Televisión Sin Fronteras"*, COM (84) 300 final, Bruxelles, 1984.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información*, COM (97) 623, versión 3, Bruselas, 1997.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información*, COM (95) 382 final, Bruselas, 1995.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Pluralismo y Concentración de los Medios de Comunicación en el Mercado Interior.*, COM (92) 480 final, Bruselas, 1992.
- **COMISIÓN EUROPEA,** *Public sector information: a key resource for Europe. Green Paper on public sector information in the information society*, COM (1998) 585, Bruselas, 1998.
- **COMISIÓN EUROPEA- UNIVERSIDAD DE OXFORD,** *Parental control of the television broadcasting. Final Report*, COM (99) 371 final, Bruselas, 1999.
- **COMISIÓN EUROPEA-DIRECCIÓN GENERAL X,** *Commission Report on the results obtained under the Media II Programme (1996-2000) from 1.1.96-30.6.98*, COM (99) 91final, Bruselas, 1999.
- **CONFERACIÓN ESPAÑOLA DE AMAS DE CASA, CONSUMIDORES Y USAUARIOS,** *Televisión y derechos de los usuarios. Contenidos infantiles. Publicidad*, Madrid, 1998.
- **CHARON, JEAN MARIE,** *Reflexions et propositions sur la deontologie de l'information (Rapport a Madame la Ministre de la Culture et de la Communication)*, La Documentation Francaise, Paris, julio, 1999.
- **EL MUNDO,** *Libro de Estilo*, Unidad Editorial, Madrid, 1996.
- **EL PAÍS,** *Libro de Estilo*, Madrid, 1996.
- **EUROPEAN FEDERATION OF JOURNALIST,** *Journalism and Authors' Rights: Setting Standards For Media*
- *Freedom in the Information Society Policy. Statement From the Journalists'Unions of Europa*, Bruselas, 1996.
- **FEDERACIÓN DE COMUNICACIÓN Y TRANSPORTE DE CC.OO,** *El lenguaje solidario en los medios de comunicación*, Madrid, 1998.
- **GRUPO DE ANÁLISIS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN,** *España en la Sociedad de la Información*, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Madrid, 1996.
- **GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA,** *Diez propuestas para un pacto de Estado sobre el modelo audiovisual público en España*, Madrid, junio, 1998.
- **I CONVENCIÓN DE PERIODISTAS DE ESPAÑA,** *Ponencias, comunicaciones, documentación*, Cádiz, 24-26 abril, 1998.

- **INFORME LINDON,** *"Informe sobre los problemas planteados por las sociedades de redactores en Francia" en Textos y Documentos*, Servicio Informativo Documental Español, Madrid, 1971.
- **JORDAN, LEWIS,** *The New York Times Manual of Style and Usage*, Times Books, Nueva York, 1976.
- **MACBRIDE, SEAN (EDITOR),** *Un solo mundo, voces múltiples: comunicación e información en nuestro tiempo*, Unesco, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.
- **MENDIETA, SALVADOR,** *Manual de Estilo de los Servicios Informativos de TVE*, Labor, Madrid, 1993.
- **MINISTERIO DE EDUCACIÓN,** *Convenio sobre principios para la autorregulación de las cadenas de televisión en relación con determinados contenidos de su programación referidos a la protección de la infancia y la juventud*, Ministerio de Educación y Ciencia, Consejerías de Educación, Cadenas de Televisión, 26/4/93, 1993.
- **NORCONTEL LTD.,** *Economic Implications of New Communication on the Audiovisual Markets*, Comisión Europea, Bruselas, 1997.
- **PARLAMENTO EUROPEO,** *Informe Barzanti*, PE DOC A 2-153/1989, 1989.
- **PÉREZ CALDERÓN MIGUEL,** *Libro de Estilo de los Servicios Informativos de TVE*, RTVE, Madrid, 1985.
- **ROBINSON, MARY**, *Mensaje al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, separata al Boletín ICAM, nº 9, julio 1998.
- **RTVE,** *Consejo de Administración: Normas básicas de admisión de publidad en RTVE*, Madrid, 1983.
- **RTVE,** *Consejo de Administración: Principios básicos de programación*, Madrid, 1981.
- **RTVE,** *Informe sobre la función de servicio público y el sistema de financiación en un nuevo modelo de Radiotelevisión Española*, Madrid, 18 de junio, 1998.
- **SCAM. SNJ (ET ALT.),** *La presse sur Internet. Les droits d'auteur des journalistes*, París, 1998.
- **SENADO,** *Informe de la Comisión Especial del Senado sobre los contenidos televisivos*, BOCG, Senado, nº 262, 11 de abril de 1995, 1995.
- **SENADO**, *Informe de la Comisión Especial del Senado sobre redes informáticas,* B0CG, Senado, Serie I, nº 812, 27 de diciembre de 1999.
- **TELEMADRID,** *Libro de Estilo. Volumen I*, Ediciones Telemadrid, Madrid, 1993.
- **TELEVISIÓ DE CATALUNYA,** *Criteris lingüistics sobre traducció i doblatge*, Eds. 62, Barcelona, 1997.
- **UNIÓN EUROPEA DE RADIODIFUSIÓN,** *Les radiodiffuseurs dans la societé de línformation: défis et obstacles*, Ginebra, 1998.
- **UNIÓN EUROPEA DE RADIODIFUSIÓN,** *The impact of digital television on the supply of programmes*, European Broadcasting Union, Ginebra, 1998.
- **WASHINGTON POST,** *The Washington Post Desbook on Style*, Washington, 1978.

4. Direcciones en Internet

4.1. Unión Europea

- **Política Audiovisual UE-Dirección General X.-** http://europa.eu.int/pol/av/.
- **EUDOR** (Documentos UE).- http://www.eudor.com:8454/EUDOR/PROC/.
- **Derecho de la Unión Europea** (Legislación, jurisprudencia).- http://europa.eu.int/eur-lex/.

4.2. Administraciones y Autoridades Reguladoras

- **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones** (CMT, España).- http://www.cmt.es/cmt/.
- **Ministerio de Fomento, Secretaría General de Comunicaciones** (España).- http://www.mfom.es/comunicaciones/.
- **Consell de l'Audiovisual de Catalunya** (España).- http://www.gencat.es/cac/.

- **Conseill Supériéur de l'Audiovisuel** (Francia).- http://www.csa.fr/.
- **Ministère de la Communauté française, Service général de l'Audiovisuel et des Multimédias** (Bélgica).- http://www.cfwb.be/av/Pg002.htm.
- **Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten** (Agrupación de las Autoridades Audiovisuales regionales, Alemania).- http://www.alm.de/.
- **Federal Communications Commission** (FCC, Estados Unidos).- http://www.fcc.gov/.
- **National Telecommunications and Information Administration** (NTIA, EE.UU).- http://www.ntia.doc.gov/.
- **Comisión Nacional de Televisión** (Colombia).- http://www.cntv.org.co/.
- **Broadcasting Standards Commission** (Reino Unido).- http://www.bsc.org.uk/.
- **Independent Television Commission** (Reino Unido).- http://www.itc.org.uk/.
- **Radio Authority** (Reino Unido).- http://www.radioauthority.org.uk/.
- **Office of Telecommunications** (OFTEL ,Telcomunicaciones, Reino Unido).- http://www.oftel.gov.uk/.
- **The Independent Radio and Television Commission** (Irlanda).- http://www.irtc.ie/.
- **Commissariaat voor de Media** (Holanda).- http://www.cvdm.nl/.
- **Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-tèlèvision** (AIEP, Suiza).- http://www.ubi.admin.ch/f/index.htm.
- **Office Federal de la Communication** (OFCOM, Suiza).- http://www.bakom.ch/.
- **Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni** (Italia).- http://www.agcom.it/.
- **Instituto das Comunicações de Portugal** (ICP, regulador de las telecomunicaciones, Portugal).- http://www.icp.pt/.
- **Alta Autoridade para a Comunicação Social** (AACS).- http://www.aacs.pt/.

4.3. Organizaciones profesionales y empresariales

- **Federación Internacional de Periodistas**.- http://www.ifj.org/.
- **Broadcast Net** (Industria Audiovisual, EE.UU).- http://broadcast.net/.
- **Unión Europea de Radiodifusión** (Ginebra).- http://www.ebu.ch/.
- **Federal Communications Bar Association** (Juristas especializados en Derecho de las Comunicaciones, EE.UU)
- **Asociación Española de Derecho de las Telecomunicaciones** (ADETI, España).- http://www.adeti.es/.

4.4. Sociedad de la información y convergencia

- **Red Sindical sobre Educación y Sociedad de la Información**.- http://www.ifj.org/musenet/index.html.
- **EC Information Society Project Office** (ISPO, Unión Europea) http://www.ispo.cec.be/.
- **Information Society Directorate-General** (Telecommunications, Markets, Technologies, Innovation and Explotation of Research).- http://europa.eu.int/comm/dg13/index.htm.
- **Legal Issues Convergence between Telecom, Media and IT**.- http://www2.echo.lu/legal/en/converge/.
- **Internet, information society, information content Legal and regulatory aspects, market and technology. QuickLinks**.- http://www.qlinks.net/.

4.5. Publicaciones electrónicas

- **La Ley-Actualidad** (España).- http://www.laley-actualidad.es/.
- **Internacional Constitucional Law** (ICL, Würburg).- http://www.uni-wuerzburg.de/law/index.html.
- **Online Journalism Review** (Estados Unidos).- http://ojr.usc.edu/.
- **Federal Communications Law and Policy** (FCLJ, EE.UU).- http://www.law.indiana.edu/fclj/fclj.html.
- **Digital Television and the Law - Index** (Resumen artículos jurídicos sobre Tv. digital en EE.UU) http://www.digitaltelevision.com/law.shtml.

- **Online Weekly Television Broadcast** (EE.UU, revista general sobre televisión) http://www.tvbroadcast.com/.
- **Columbia Journalism Review** http://www.cjr.org/.
- **International Journal of Communications Law and Policy** (IJCLP, EE.UU).- http://www.digital-law.net/IJCLP/index.html.
- **TvBroadcast Europe** (EE.UU).- http://www.tvbeurope.com/index2.html.
- **The Internet Law Journal - e - commerce** (EE.UU).- http://www.cyberlawjournal.com/.
- **FindLaw Legal News** (Estados Unidos).- http://legalnews.findlaw.com/.

4.6. Centros de investigación

- **European Institute for the Media** (EIM, Düsseldorf).- http://www.eim.org/.
- **Institute of European Media Law** (Saarbrüken).- http://www.emr-sb.de/.
- **European Journalism Centre** (EJC, Maastricht).- http://www.ejc.nl/.
- **Programme in Comparative Media Law and Policy** (OXFORD University).- http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/index.html.

4.7. Legislación, jurisprudencia y organismos nacionales

- **Boletín Oficial del Estado** (España).- http://www.boe.es/.
- **German Case Law** (Glaw, Alemania, sentencias Tribunal Constitucional).- http://www.uni-wuerzburg.de/glaw/.
- **Legal Information Institute - Supreme Court Collection** (EE.UU).- http://supct.law.cornell.edu/supct/.
- **NOS** (Holanda).- http://www.omroep.nl/nos/rtv/voorlichting/hsumm/welcome.html.
- **Tribunal Constitucional** (España).- http://www.tribunalconstitucional.es
- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (Estrasburgo).- http://www.dhcour.coe.fr/